

## IL NUOVO CONTRATTO DI CREDITO AI CONSUMATORI: PROFILI RIMEDIALI

*Federica Forcellini\**

SOMMARIO: - 1. Il credito al consumo: riferimenti normativi - 2. L'ambito di applicazione soggettivo: tra contratto asimmetrico e terzo contratto - 2.1 (Segue) I limiti oggettivi - 3. Il nuovo volto del contratto di credito ai consumatori - 3.1 (Segue) Il collegamento negoziale - 4. Obblighi di informazione e rimedi - 5. Alla ricerca dell'efficienza - 6. Conclusioni

1.- Il contratto di credito al consumo (oggi contratto di credito ai consumatori) è quello strumento giuridico, di matrice squisitamente comunitaria, che rende accessibile al consumatore l'acquisto di determinati beni e servizi, pur in mancanza della disponibilità finanziaria a pagarne il prezzo.

I meccanismi giuridici attraverso i quali ciò è reso possibile sono due: un sistema di dilazione di pagamento concordata direttamente tra consumatore-acquirente e venditore ovvero un finanziamento o altra forma di facilitazione finanziaria, concessa al consumatore da una banca o da un intermediario finanziario iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 tub. Di regola il prestito è collegato all'acquisto di uno specifico bene o servizio da parte del consumatore, che viene indicato nel contratto, ma può anche essere utilizzato per soddisfare generiche esigenze di liquidità.

Il quadro normativo di riferimento, lungi dal poter vantare un'impostazione logico-sistematica lineare, si presenta frammentato e scomposto. Ferma la primazia logica del d.lgs. n. 385 del 1993, recante il testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia, riferimenti normativi di non trascurabile importanza si rinvencono anche nel codice civile, nel d.lgs. 206 del 2005 o codice del consumo, nonché nelle fonti normative secondarie emanate da organi amministrativi dotati di poteri normativi<sup>1</sup>.

\* Dottoressa in Giurisprudenza presso l'Università Roma Tre.

<sup>1</sup> Si vedano, in particolare, la disciplina sulla Trasparenza di cui alla delibera CICR (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio) del 04.03.2003 ed il provvedimento della Banca d'Italia del 29.07.2009, nonché il d.m. 8 luglio 1992, che, in attesa delle norme attuative del d.lgs. n. 141 del 2010, conservano intatta la loro efficacia. In conformità al dettato legislativo di recentissimo conio, infatti, alle regole già esistenti se ne affiancheranno altre in materia di trasparenza pubblicitaria, obblighi di informazione pre-contrattuale, contenuto minimo del contratto, merito creditizio e calcolo del tasso annuo

Tale disorganicità è il frutto di una stagione giuridica particolarmente produttiva e caotica, che ha interessato l'ordinamento comunitario prima e nazionale poi. Sotto la spinta del legislatore europeo, infatti, si sono accavallate negli anni diverse riforme prive di qualsivoglia indicazione utile a regolare la convivenza tra fonti diverse e sovrapponibili, in un contesto peraltro votato all'armonizzazione massima<sup>2</sup>.

Di recente, la materia è stata oggetto di una ulteriore rivisitazione. Il d.lgs. n. 141 del 2010, emanato in (parziale) attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori<sup>3</sup>, pur introducendo nello scenario giuridico preesistente alcune interessanti novità, ha soffocato le speranze di quanti avevano visto, nella neonata normativa comunitaria, «un segmento disciplinare di tutela del consumatore-risparmiatore di assoluto rilievo»<sup>4</sup>.

All'alba della direttiva 2008/48/CE, l'entusiasmo del mondo giuridico sulle sorti del credito al consumo erano grandi. Si supposeva che la nuova disciplina avrebbe, da un lato, attualizzato un istituto non più coerente con l'assenza di assetti fiduciari solidi, dall'altro, risposto a una serie di problematiche emerse nel corso degli anni: dall'esatta individuazione dell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione alla lacunosa questione del sovraindebitamento e della responsabilità dei finanziatori, dai rapporti tra le diverse fonti normative alle sorti dei contratti di credito collegati.

D'altronde, già con l'emanazione della legge delega si prospettava l'i-

---

effettivo globale, la cui emanazione compete al CICR di concerto con la Banca d'Italia. Al Ministero dell'economia e delle finanze è riservata, invece, la disciplina del c.d. microcredito.

<sup>2</sup> Cfr. G. Carriero, *Credito al consumo e inadempimento del fornitore*, in [www.consigionazionaleforense.it](http://www.consigionazionaleforense.it). L'A. rileva che nell'odierna disciplina la funzionalizzazione dell'autonomia privata e la sua strumentalità al circuito dell'economia dei consumi, traspaiòno in maniera ancora più evidente rispetto al passato dalla scelta del legislatore comunitario di imporre la massima armonizzazione delle discipline nazionali attraverso la rigida prescrittività, imperatività, cogenza delle disposizioni contemplate dalla direttiva o, almeno, della gran parte di esse. L'intervento dei legislatori nazionali, di conseguenza, è circoscritto ad aspetti ritenuti non essenziali.

<sup>3</sup> La direttiva del 2008 abroga la previgente dir. 87/102/CEE e successive modificazioni e integrazioni, a suo tempo recepita in Italia dapprima con gli artt. 18 – 24 della l. n. 142 del 1992 (legge comunitaria per il 1991) e, poi, con gli artt. 121 – 126 del testo unico bancario, in combinato disposto con gli artt. 40 – 43 cod. cons.

<sup>4</sup> Così G. Carriero, *Brevi note sulla delega per l'attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*, in *Contratti*, 2009, 1146.

potesi che tale aspettativa fosse destinata a rivelarsi una chimera. L'elaborato parlamentare è stato da subito giustamente criticato nella sua ampiezza, nella vacuità dei criteri direttivi fissati e nella scelta (quella sì cristallina) di mantenere il vigente assetto «dualistico», modificando il testo unico bancario piuttosto che transitare le statuizioni comunitarie nel codice del consumo<sup>5</sup>.

Prima dell'entrata in vigore della riforma, infatti, la disciplina del contratto di credito al consumo usufruiva dell'ospitalità di due diverse fonti. Nell'elaborare quello che, per il neonato consumatore, doveva essere il referente giuridico primario, il legislatore ha inspiegabilmente optato per una scomposizione della materia: testo unico bancario (II e III Capo del Titolo VI), da un lato, e codice del consumo (artt. 40 – 43), dall'altro, frustrando le ambizioni di quanti vedevano nel d.lgs. n. 206 del 2005 un «contenitore» di regole soggettivamente vincolate, potenzialmente idoneo a rendersi autosufficiente.

Tale impostazione è oggi mutata, anche se solo formalmente. Con il d.lgs. n. 141 del 2010, sono stati abrogati gli artt. 40-42 cod. cons., mentre l'art. 43 (norma di rinvio) ha subito una leggera quanto necessaria riformulazione. Di talché l'incongruenza rimane: pur avendo la disciplina del credito al consumo guadagnato in compattezza, tra l'altro emancipandosi da quella prevista in generale per le operazioni e i servizi bancari e finanziari<sup>6</sup>, quella del consumatore continua a viaggiare su più binari.

2.- Dalle poche righe che precedono, emerge come il contratto di credito al consumo sia «tagliato» a misura di un soggetto specifico: il consumatore, ossia «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente

---

<sup>5</sup> Cfr. Carriero, *Brevi note sulla delega per l'attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*, cit., 1147 s., che ribadisce la sua adesione alla scelta compiuta dal legislatore in punto di collocazione della disciplina e G. De Cristofaro, *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, in *Contratti*, 2009, 1154 s., che sottolinea l'incompatibilità di tale collocazione con l'idea stessa di un «codice» del consumo.

<sup>6</sup> Prima della riforma, infatti, il Capo I del Titolo VI del testo unico in materia bancaria e creditizia si applicava alle operazioni di credito al consumo «per tutti gli aspetti non diversamente disciplinati». Oggi, l'art. 115, co. 3, tub (nuova formulazione) prevede che non si applicano ai contratti di credito al consumo le disposizioni del Capo I «a meno che siano espressamente richiamate». È evidente il rovesciamento della prospettiva e le sue implicazioni.

svolta»<sup>7</sup>. Antagonista contrattuale del consumatore è sempre un soggetto professionalmente qualificato o più di uno, a seconda della configurazione tipologica che, in concreto, assume l'operazione finanziaria. Siamo dunque a pieno titolo nell'ambito dei contratti c.d. B2C (*business to consumer*), ossia dei contratti *par excellence* affetti da asimmetria contrattuale.

Si è osservato che, se la logica propria della nuova disciplina risultasse quella di promuovere e rinvigorire la domanda di credito al consumo<sup>8</sup> e di ricostruire la cornice giuridica sottesa ad assetti fiduciari ormai incrinatisi<sup>9</sup>, la qualità del contraente debole (consumatore o non) non dovrebbe avere rilevanza scriminante ai fini dell'applicabilità o meno della relativa disciplina.

Così, stante la pur mutata dicitura dell'istituto, ci si domanda se l'idea primigenia del legislatore fosse quella di estendere gli strumenti di protezione del consumatore ad altre tipologie di finanziamento diverse dal credito al consumo, ove la «parte debole» non necessariamente rientra nella figura del consumatore<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. art. 121, co. 1, lett. b), tub, come modificato dall'art. 1, d.lgs. n. 141 del 2010.

<sup>8</sup> Osserva Carriero, *Credito al consumo e inadempimento del fornitore*, cit., che nel testo della direttiva in commento la tutela del consumatore, almeno nella sua accezione di tutela di status (sul piano soggettivo) che sottende interventi tesi a migliorare la qualità del contratto (su quello oggettivo), rimane sullo sfondo mentre è la facilitazione e l'incentivo alla conclusione di contratti *cross border* di credito al consumo a rappresentare la più credibile (e dichiarata) causa prossima del nuovo intervento del legislatore di Bruxelles. Ciò è facilmente comprensibile laddove si pensi che «lo scenario economico che ha caratterizzato i lavori di revisione della pregressa disciplina era rappresentativo di una consistente e duratura crescita dei volumi di attività del credito al consumo all'interno dell'Unione in termini tanto assoluti quanto percentuali. Tra il 1990 e il 2000 all'interno dell'area UE si registrava un incremento del tasso di crescita del credito al consumo di circa il 6,64 per cento. Tale andamento si consolidava negli anni successivi. Emblematicamente in Italia corrispondeva, quanto a volume complessivo dei finanziamenti, al 2,8% del PIL del 2004: valore in sé elevato ancorché notevolmente inferiore a quello di altri paesi dell'area dell'euro (nella media pari al 6,8%). Nel corso del 2005 – 2006 la tendenza alla crescita veniva confermata. Nel 2007 il credito al consumo erogato da banche e da società finanziarie vigilate, sebbene in rallentamento rispetto al 2006, aumentava ancora in misura considerevole». Cfr. anche A. R. Guerrieri – M. Lorizio – A. Stramaglia, *Le determinanti economiche del credito al consumo in Italia*, in AA.VV., *Credito al consumo e sovrindebitamento del consumatore*, a cura di M. Lobocono - M. Lorizio, Torino, 2007.

<sup>9</sup> Cfr. Carriero, *Brevi note sulla delega per l'attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*, cit., 1146.

<sup>10</sup> Cfr. art. 33, co. 1, lett. a) e lett. f), l. n. 88 del 2009.

Il tema non è nuovo: da tempo il mondo dottrinario si interroga sull'opportunità di estendere le norme relative alla tutela del consumatore ad altre figure contrattuali parimenti vulnerabili<sup>11</sup>. D'altronde, fin dai suoi albori, il concetto giuridico di consumatore è stato definito «residuale, mutevole, relazionale», difficilmente assimilabile a un vero e proprio *status* contrapposto a quello dell'imprenditore<sup>12</sup>.

Quest'intuizione trova oggi numerose conferme. Dall'analisi della più recente evoluzione del diritto contrattuale europeo emerge come il legislatore comunitario mostri una particolare sensibilità al bisogno di tutela degli operatori di mercato interessati da una situazione di sostanziale debolezza contrattuale, a prescindere dalla loro qualificazione soggettiva<sup>13</sup>.

Prendendo le mosse dal c.d. *B2B contracts acquis*, si rende necessario operare una preliminare distinzione tra le varie direttive che si sono succedute negli anni, non sempre animate dalle medesime *rationes*. A tal proposito, un'autorevole dottrina<sup>14</sup> ha prospettato la *summa divisio* tra una prima famiglia di direttive rivolte ai soli contratti B2B<sup>15</sup> e una seconda famiglia, nell'ambito della quale l'attenzione del legislatore comunitario è concentrata su rapporti giuridici sostanzialmente neutri<sup>16</sup>.

Mentre nel primo filone l'asimmetria contrattuale riflette la diversa posizione delle parti a livello economico e, di conseguenza, l'interesse

<sup>11</sup> Cfr. V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Riv. Dir. priv.*, 2001, 769 s.; ID, *Il contratto del duemila*, 2° ed., Torino, 2005, 23 s.; ID, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, n. 3, 19 s.

<sup>12</sup> Così G. Alpa, *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, estratto dal *Digesto*, IV ed., 1989, 16.

<sup>13</sup> Il pensiero corre in primo luogo allo *Small Business Act*, elaborato dalla Commissione europea nel 2008, in cui è dato rilevare l'attenzione con cui l'Europa guarda ai bisogni delle piccole e medie imprese, perseguendo una politica di sostegno che va al di là di un mero tentativo correttivo rivolto alla realizzazione dell'efficienza del mercato. Come è noto, tale documento è privo di portata precettiva, esprimendo piuttosto un'aspettativa politico-normativa rivolta al futuro.

<sup>14</sup> Cfr. Roppo, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento*, cit., 6 s.

<sup>15</sup> Nella prima categoria rientrano senz'altro la direttiva relativa agli agenti di commercio e quella disciplinante i ritardi nei pagamenti delle transazioni internazionali.

<sup>16</sup> Nella seconda categoria vanno invece ricomprese: la direttiva generale sui servizi, quella regolatrice delle assicurazioni vita e non-vita, la direttiva sui servizi della società di informazione (*e-commerce*), la disciplina relativa ai servizi finanziari (Mifid) e la direttiva sui servizi di pagamento.

protetto è quello della parte che fornisce il servizio dietro compenso, nel secondo filone il contraente debole s'identifica con l'*outsider*, ossia il cliente che, trovandosi sul lato della domanda, dispone di un *range* di informazioni più ristretto rispetto a quello dell'*insider*, spesso inadeguato ad assicurare una scelta libera e consapevole. È in questi termini che parte della dottrina parla di un'avvenuta traslazione dalla *consumer protection* alla *customer protection*.

Ma vi è di più. Tralasciando il diritto europeo positivo per analizzare il c.d. diritto «comune» europeo, ci si avvede di come il contratto del consumatore perda, in quest'ambito, quella posizione di centralità indiscutibilmente occupata a livello di *ius positum*. Nei PDEC, infatti, la figura del consumatore neanche è prevista<sup>17</sup>. Nel *Draft Common Frame of Reference*, invece, il consumatore è identificato con quella persona fisica che agisce «*primarily*» per scopi estranei alla propria attività professionale. Quanto al contratto B2C, se ne trova una traccia importante soltanto nella parte concernente la vendita. Per il resto, la disciplina relativa viene relegata a regolamentazione speciale.

Perciò, accanto a discipline espressamente orientate alla tutela della parte debole nei contratti B2B, ne convivono altre che, pur se dirette a regolare rapporti contrattuali in cui almeno uno dei soggetti coinvolti rivesta il ruolo di professionista, non si lasciano ricondurre a modelli estremi. È la c.d. «terra di mezzo» tra quelle situazioni in cui gli antagonisti contrattuali si fronteggiano ad armi pari ed il vasto continente del contratto dei consumatori<sup>18</sup>.

La razionalità limitata di cui soffrono i contraenti affetti da asimmetria informativa, pur se non rientranti nella categoria dei consumatori, reclama interventi che ne vendichino le ragioni. Tutto sta a stabilire se la mano del legislatore debba spingersi sino ad elaborare *ex novo* un paradigma contrattuale diverso da quello consumeristico<sup>19</sup> o, al contrario, possa «li-

<sup>17</sup> Pur essendovi numerose regole chiaramente ricavate dalla direttiva sulle clausole abusive, la condizione di applicabilità delle medesime non è certo che il contraente sia identificabile come «consumatore», bensì che il rapporto non sia stato negoziato individualmente. È lampante la riconducibilità di una simile disciplina al concetto di contratto asimmetrico: le parti contraenti sono interessate da una diversa posizione di potere essendo, l'una, predisponente del regolamento pattizio e, l'altra, mera aderente.

<sup>18</sup> Cfr. E. Minervini, *Il «terzo contratto»*, in *Contratti*, 2009, V, 493 s.

<sup>19</sup> Così A. Gianola, *Autonomia privata e «terzo contratto»*, in AA.VV., *Autonomia privata individuale e collettiva*, P. Rescigno (a cura di), Napoli, 2006, 131 s.; F. Bocchini - E. 226

mitarsi» ad estendere la portata soggettiva delle soluzioni già adottate con riferimento ai consumatori<sup>20</sup>.

È questa situazione che ha dato la stura alla considerazione che dal contratto del consumatore si sia ormai entrati nell'epoca del contratto asimmetrico o terzo contratto.

D'altronde, non può prescindere dal sottolineare come i limiti alla privata autonomia e le forme di intervento sul regolamento contrattuale imposte dal diritto privato europeo, lungi dall'incarnare un ideale di giustizia propriamente intesa<sup>21</sup>, perseguono l'obiettivo della coincidenza tra «mercato reale» e «mercato ideale»<sup>22</sup>.

In un panorama tanto variegato, le cui potenzialità di sviluppo sono ad oggi imprevedibili, sembra giustificabile la preoccupazione di quanti vedono nell'approccio dottrinario del c.d. terzo contratto un rischio di eccessiva deframmentazione del sistema. Parallelamente, però, la teorica del contratto asimmetrico rischia di rivelarsi una fuga in avanti. Resta inteso che, per poter seriamente prospettare un'armonizzazione delle diverse discipline di matrice comunitaria in materia di rapporti contrattuali affetti da asimmetria di potere contrattuale è necessario indagare con maggiore precisione e puntualità i diversi interventi del legislatore comunitario che si sono succeduti negli anni e che, probabilmente, una tale ricostruzione sarebbe possibile solo qualora l'interprete adottasse un approccio sistematico improntato alla più generale astrattezza ed elasticità.

L'innegabile vitalità creativa del mondo dottrinario, d'altronde, nulla può contro le scelte compiute dalla classe giurisdicente. Meglio sarebbe, allora, abbandonare il debole stratagemma della tutela consumeristica per tornare a *policy* interventiste capaci di instaurare un ordine socio-econo-

Quadri, *Diritto privato*, 3° ed., Torino, 2008, 624.

<sup>20</sup> Così Roppo, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento*, cit.; ID, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. Dir. priv.*, 2007, 695 s.

<sup>21</sup> Cfr. S. Mazzamuto, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contr. e Imp.*, 2005, 530 s. L'A. mette in evidenza che anche per norme apparentemente ispirate alla giustizia sociale, come il divieto di commercio per gli organi e di discriminazione. In questi casi, infatti, l'intenzione del legislatore è quella di impedire che il mercato invada territori legati alla persona di cui è esclusa la rilevanza giuridico-economica.

<sup>22</sup> Cfr. S. Mazzamuto, *Il contratto europeo al tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 9; M. Barcellona, *Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 630.

mico più avanzato<sup>23</sup>.

2.1- Da un punto di vista oggettivo, esulano dall'ambito di applicazione del credito al consumo una serie di contratti, analiticamente previsti dall'art. 122 tub<sup>24</sup>. Le fattispecie escluse, se a prima vista, appaiono varie ed eterogenee, a una più attenta analisi rivelano tutta l'efficienza della scelta operata dal legislatore.

La disciplina del credito al consumo, infatti, risponde alla specifica esigenza di riequilibrare l'asimmetria di potere contrattuale che, in qualche modo, è connaturata a tutti i rapporti B2C. Nelle ipotesi previste dall'articolo in esame tale esigenza di tutela del consumatore si attenua ora perché il rischio di indebitamento eccessivo del consumatore è minore (come nel caso dei finanziamenti di un importo compreso entro una fascia determinata), ora perché meno marcato appare il *deficit* informativo del contraente «debole», ora perché a presidio della razionalità dell'operazione si ergono altri fattori (è il caso dei finanziamenti concessi in base a un accordo raggiunto dinanzi ad una autorità prevista dalla legge).

Una dottrina ha messo in evidenza come, più che delineare uno schema contrattuale unitario, la figura giuridica in parola, così come dipinta dall'art. 121 tub, sembra consacrare una vera e propria causa di credito al consumo, «lasciando, pertanto, ampi margini alla possibilità di tradurre tale funzione economico-individuale in forme contrattuali assai diverse tra loro»<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Cfr. S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, Relazione al convegno su «Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani», 25-26 marzo 2011, Università degli studi di Perugia. Per un approfondimento sulle varie fasi che hanno caratterizzato l'evoluzione del capitalismo cfr. L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo. Regole giuridiche e paradigmi di mercato*, Napoli, 2010, *passim*.

<sup>24</sup> Si passa dai finanziamenti di importo non compreso tra i 200 ed i 75.000 euro ai contratti di somministrazione, appalto e locazione, dal credito gratuito ai finanziamenti rimborsabili in tre mesi, dai finanziamenti destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un bene immobile a quelli finalizzati ad effettuare un'operazione inerente a strumenti finanziari, dai finanziamenti concessi in base ad un accordo raggiunto davanti ad un autorità legalmente prevista a quelli assistiti da una particolare garanzia, dalle iniziative di microcredito o altre iniziative espressamente previste dalla legge al credito sotto forma di sconfinamento del conto corrente salvo, in quest'ultima ipotesi, quanto previsto dall'art. 125 *octies* d.lgs. 141/2010.

<sup>25</sup> Così S. Mazzamuto, *Il credito al consumo*, in *Manuale di diritto privato europeo* C. Castronovo - S. Mazzamuto (a cura di), Milano, 2007, 959. Ma cfr. anche G. Carriero, 228

Invertendo i termini dell'analisi oggettiva sin'ora svolta, emerge come nella nozione di credito al consumo rientrino una molteplicità di figure contrattuali, tra cui la «nostrana» vendita a rate con riserva di proprietà, il *leasing* traslativo al consumo, i mutui di scopo, i prestiti personali, le aperture di credito rotativo, le operazioni di cessione del quinto, nonché altri contratti della prassi bancaria.

3.- Tra le principali novità che caratterizzano il nuovo regime normativo dei contratti di credito ai consumatori va sicuramente annoverato l'art. 123 tub, che detta regole relative ai messaggi pubblicitari autonome rispetto a quelle previste, più in generale, dall'art. 116 dello stesso testo<sup>26</sup>. Così gli annunci pubblicitari relativi a operazioni di credito al consumo indicano in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata con l'impiego di un esempio rappresentativo: il tasso d'interesse, l'importo totale del credito, il taeg (tasso annuo effettivo globale), eventuali servizi accessori necessari per ottenere il credito qualora i costi di tali servizi non siano inclusi nel taeg, la durata del contratto, l'importo totale dovuto nonché quello delle singole rate.

Illustre assente tra le informazioni di base elencate nell'articolo è il tasso debitore, previsto invece espressamente dalla direttiva comunitaria. Tale «svista» assume connotati sinistri laddove si pensi che il tasso annuo effettivo globale (o costo totale del credito), per ovvie ragioni, non includa né le penali da inadempimento né gli interessi di mora, essendo tali «costi» meramente eventuali e subordinati a un comportamento posto in essere dallo stesso consumatore. Resta sempre aperta la possibilità che il tasso debitore, uscito dalla porta, rientri dalla finestra sotto la scorta delle deliberazioni della Banca d'Italia e del CICR<sup>27</sup>.

---

*Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, 2° ed., Torino, 2007, 79 s. L'A. da ultimo citato osserva come le caratteristiche minime essenziali del credito al consumo siano tre: la forma del credito (finanziamento o dilazione di pagamento), la qualifica soggettiva di consumatore del contraente-acquirente e, inevitabilmente, l'estraneità dello scopo da questi perseguito all'attività professionale eventualmente svolta.

<sup>26</sup> Come esplicitamente previsto dal comma due dell'articolo in esame, spetterà alla Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, precisare le caratteristiche delle informazioni da includere negli annunci pubblicitari e le modalità della loro divulgazione.

<sup>27</sup> Attualmente è previsto che tutte le informazioni relative a tassi, spese, oneri e rischi dell'operazione siano contenute in quei «fogli illustrativi», datati e tempestivamente aggiornati, che il finanziatore o l'intermediario del credito sono tenuti a mettere a disposi-

A seguire, gli articoli 124 e 124 *bis* descrivono gli obblighi precontrattuali gravanti sul finanziatore o sull'intermediario del credito, che consistono, rispettivamente, in doveri di informazione attiva e passiva. I primi, strumentali al formarsi di una «decisione informata e consapevole» del consumatore «prima che egli sia vincolato da un contratto», si sostanziano nell'obbligo del finanziatore o dell'intermediario del credito di fornire tutte le informazioni necessarie per confrontare le diverse offerte presenti sul mercato. L'art. 124 *bis*, invece, rubricato «verifica del merito creditizio», impone al finanziatore (ma non all'intermediario) di raccogliere adeguate informazioni al fine di evitare che il consumatore, una volta vincolato dal contratto di credito, si indebiti in misura eccessiva<sup>28</sup>. È questo il primo esplicito riferimento alla figura del sovraindebitamento nell'ambito del credito al consumo, la cui importanza merita di essere esaltata se è vero che obiettivo del legislatore è la conformazione del mercato a un modello ideale.

Nonostante il credito al consumo presenti innumerevoli vantaggi per tutti i protagonisti della vicenda<sup>29</sup>, nell'esclusiva ottica del consumatore tale operazione è, almeno in parte, dannosa laddove trasforma il consumatore-pagatore in consumatore-acquirente a credito ovvero debitore<sup>30</sup>. Così, anche se il contratto di credito non può considerarsi come «l'origine di tutti i mali»<sup>31</sup>, è certo che tra le principali cause di indebitamento del consumatore spicca per importanza e per anzianità il costante ricorso a forme di finanziamento<sup>32</sup>.

---

zione del cliente. Cfr. la delibera CICR (Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio) del 04.03.2003 ed il provvedimento della Banca d'Italia del 29.07.2009.

<sup>28</sup> Anche questa norma, peraltro, necessita di un ulteriore intervento dispositivo da parte della Banca d'Italia e del CICR.

<sup>29</sup> Laddove assicura: al venditore l'immediato pagamento del prezzo, al consumatore l'immediato godimento del bene, al finanziatore il conseguimento (differito) di profitti.

<sup>30</sup> Cfr. G. Alpa, voce *Credito al consumo*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, vol. V, Torino, 1989, 23.

<sup>31</sup> Cfr. A. Cicia, *Il sovraindebitamento del consumatore*, Relazione al seminario di Leonessa, anno 2005, Scuola dottorale internazionale di diritto ed economia «Tullio Ascarelli», in [host.uniroma3.it](http://host.uniroma3.it).

<sup>32</sup> Cfr. R. Brogi, *Bilancio ed indebitamento delle famiglie italiane*, in *Analisi giuridica dell'economia*, vol. II, 2004, 270 s. L'A. ritiene comunque che alcuni comportamenti posti in essere abitualmente dagli istituti di credito siano estremamente dannosi alla «salubrità» economica del consumatore. Ci si riferisce in particolare all'utilizzazione di tecniche di rifinanziamento al fine di estinguere i debiti precedentemente assunti, cui il debitore è co-

Tale osservazione è vera oggi come ieri<sup>33</sup> ed è doveroso ritenere che con l'introduzione nel testo unico in commento dell'art. 124 *bis* si sia voluto in qualche modo porre un freno ad un fenomeno la cui degenerazione implica, di per sé, il fallimento del mercato.

Segue, nell'art. 125 *bis*, un ritratto approssimativo del contratto di credito, le cui caratteristiche essenziali, sotto pena di nullità, sono così riassumibili: forma scritta, tipo di contratto, parti, importo totale del finanziamento e condizioni di prelievo e rimborso.

Il comma nono dello stesso articolo definisce il particolare regime restitutorio che scatta in ipotesi di nullità integrale del contratto: il consumatore dovrà restituire non più delle somme (capitali) utilizzate beneficiando di un sistema di pagamento a rate<sup>34</sup>. Viceversa, determina nullità parziale del contratto, con sostituzione automatica di clausole, la mancata indicazione del tasso annuo effettivo globale<sup>35</sup> o del termine di durata del contratto.

Quanto alla fase esecutiva, l'art. 125 *ter* prevede, anche con riferimento ai contratti di credito al consumo, la possibilità per il consumatore di

---

stretto a sottoporsi se vuole evitare procedure esecutive ovvero l'iscrizione nelle «liste nere» dei cattivi pagatori.

<sup>33</sup> Cfr. per una ricostruzione storica R. M. Gelpi – F. J. Labruyère, *Storia del credito al consumo. La dottrina e la pratica*, Bologna, 1994, *passim*.

<sup>34</sup> In questo caso, oltre al capitale, nessun interesse è dovuto dal consumatore e la periodicità delle rate è la stessa di quella prevista nel contratto o, in mancanza, pari a trenta-sei rate mensili.

<sup>35</sup> Il credito al consumo nella sua veste di finanziamento, lungi dall'essere gratuito, ha un costo, espresso in termini di tasso annuo effettivo globale (o taeg), che viene ratealmente corrisposto dal consumatore assieme ad una quota del capitale. È bene precisare che qualora il credito al consumo sia concesso sotto forma di dilazione di pagamento nessun interesse può essere richiesto dal venditore, poiché ciò si tradurrebbe in un'indebita speculazione da parte di un soggetto non abilitato a concedere prestiti. Ciò trova espressa conferma nell'art. 122, co. 5, tub, come modificato dal d.lgs. n. 141 del 2010. La dimensione propria del taeg è puramente virtuale: più che per calcolare i ratei di restituzione della somma concessa a prestito, la sua utilità sta nel rendere al consumatore immediatamente percepibile la convenienza o meno dell'operazione, in modo da poter effettuare una valutazione comparativa delle varie offerte presenti sul mercato. Anche a seguito delle recenti riforme legislative, il taeg non vanta vocazioni esaustive, esulando dal suo raggio di copertura sia le penali che il consumatore è tenuto a pagare in ipotesi di mancata esecuzione di un obbligo contrattuale, ivi compresi gli interessi di mora, sia le spese diverse dal prezzo di acquisto che competono al consumatore in relazione alla vicenda traslativa del bene per cui è concesso il credito. Cfr. Mazzamuto, *Il credito al consumo*, cit., 969 s.

«pentirsi» e recedere dal contratto<sup>36</sup> entro il termine di quattordici giorni decorrenti o dalla conclusione del contratto, o dalla data in cui il consumatore «disinformato» ottiene per iscritto le informazioni che, a norma dell'art. 125 *bis*, co. 1, tub, gli sono dovute<sup>37</sup>.

È opportuno sottolineare che il «pentimento» presuppone una valutazione «eminentemente soggettiva del consumatore» operata in rettifica di quella già compiuta e che lo ha indotto a contrarre circa la corrispondenza dell'affare al suo interesse<sup>38</sup>.

All'atto pratico, la normativa introdotta dal legislatore comunitario fa

---

<sup>36</sup> Come è noto, tradizionalmente il recesso è il negozio unilaterale con cui la parte di un contratto ne dispone unilateralmente lo scioglimento. Nonostante l'apparenza, il recesso non si identifica con un meccanismo eccezionale, essendo piuttosto assimilabile ad uno strumento fisiologico di sistemazione degli interessi legali. Il legislatore nazionale, infatti, da un lato lo prevede in relazione ad una serie di contratti tipici in cui sono oggettivamente ravvisabili particolari necessità di una o entrambe le parti contrattuali, dall'altro, per quanto attiene alla disciplina del contratto in genere, è rimessa all'autonomia dei privati la concreta determinazione di presupposti, modalità e conseguenze del suo esercizio.

La natura del recesso, quindi, è quella di un diritto potestativo attribuito alla parte dalla legge (recesso legale) o direttamente dal contratto (recesso convenzionale). Il suo esercizio può essere libero o vincolato a un determinato presupposto (ad es. giusta causa) e può avere un effetto immediato (recesso ad nutum) oppure richiedere un certo lasso temporale di preavviso. A logiche diverse rispondono, invece, i c.d. recessi di autotutela: la legge attribuisce a un soggetto la facoltà di recedere dal contratto in conseguenza di eventi sopravvenuti che ne modificano il contenuto in modo significativo. La liberazione dal vincolo consegue a una scelta della parte contraente i cui interessi risultano minacciati. Tale scelta, però, non è rimessa a una pura valutazione della parte contraente: il recesso di autotutela è, infatti, esercitabile solo qualora ricorrano determinati presupposti in presenza dei quali si ammanta dell'aura della «giustificabilità». Condizioni legittimanti sono: l'indebitamento della controparte, in particolare quando sia stata data caparra confirmatoria, o, più in generale, la «giusta causa» o ancora il verificarsi di fatti sopravvenuti che mettono la parte di fronte ad un vincolo diverso da quello originariamente pattuito. Questo tipo di recesso trova tipicamente applicazione nei contratti di durata a tempo determinato. Si pensi all'appalto: la necessità di introdurre notevoli variazioni al progetto attribuisce il diritto di recesso sia all'appaltatore sia al committente. Un modello ancora diverso è quello del recesso di pentimento: il legislatore, ritenendo opportuno consentire alla parte di cambiare idea rispetto al contratto già concluso liberandosi dal vincolo, ha previsto diverse ipotesi di recesso svincolato da qualsivoglia presupposto giustificativo. Il corpo codicistico nazionale ce ne offre alcuni esempi: il diritto di recesso del committente nell'appalto, del mandante e del mandatario nel mandato, del cliente nel contratto d'opera e nel contratto con il professionista intellettuale. Ma la casistica più rilevante è quella che si trova nelle legislazioni speciali in materia di protezione dei consumatori. Solo in quest'ambito è previsto, infatti, che la parte beneficiaria del diritto di recesso possa legittimamente esercitarlo senza essere tenuta a indennizzare o risarcire la controparte. È palese l'enorme divarica-

232

si che l'impegno contrattuale del consumatore assuma un'effettiva vincolatività solo qualora sia riscontrabile un'intenzione in tal senso conforme dello stesso soggetto contraente, deducibile anche implicitamente da comportamenti omissivi manifestamente dettati da trascuratezza o indifferenza in ordine alla gestione dei propri interessi.

Un simile ampliamento dello *spatium deliberandi* del consumatore, implica un ripensamento della tradizionale concezione del momento costitutivo del vincolo contrattuale. Il recesso europeo, infatti, oltre ad avere natura legale e unilaterale, è legato a eventi che, da un lato, si ricollegano alla fase antecedente alla stipulazione dell'accordo negoziale (riguardando i doveri di informazione del contraente professionale) e, dall'altro lato, si verificano dopo il perfezionamento della fattispecie. A ben vedere, dunque, l'istituto delineato dal legislatore comunitario presenta spiccate affinità funzionali con il ritiro dell'accettazione. Resta da stabilire come possa conciliarsi tale istituto con il principio *pacta sunt servanda* e con le regole comuni in materia di trasferimento della proprietà e passaggio del rischio<sup>39</sup>.

Al contrario di ciò che *prima facie* appare, lo *ius poenitendi* svolge un importante funzione di prevenzione e gestione dei conflitti tra operatori del mercato. Non siamo dunque in presenza di un rimedio a tutela di interessi individuali, ma di uno strumento (astrattamente) capace di garantire l'efficienza degli scambi. In altri termini: il consumatore, conscio della facoltà attribuitagli dalla legge, sarà meno restio ad avventurarsi nell'insidioso terreno del mercato finanziario. Qualora l'operazione economica gli risultasse «sgradita», potrebbe facilmente liberarsi dal vincolo contrattuale, soddisfacendo altrove il proprio interesse inappagato.

Si tratta di uno strumento giuridico che risponde a più esigenze: quella

---

zione della ratio sottesa a questa particolare disciplina, di matrice comunitaria, rispetto a quella normalmente rinvenibile nelle regole più propriamente di diritto interno.

<sup>37</sup> Ovvero quelle stabilite dalla Banca d'Italia in conformità con le deliberazioni del CICR.

<sup>38</sup> Cfr. Grisi, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, cit., 582.

<sup>39</sup> Cfr. A. C. Nazzaro, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, 220 s.; R. Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa. dir. priv.*, 2000, 97 s.; R. Sacco, *La conclusione dell'accordo*, in *I contratti in generale*, E. Gabrielli (a cura di), I ed., Torino, 1999, 140 s.; Grisi, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, cit., 586 s.

di mettere il consumatore in condizione di poter reagire alla velocità degli scambi e alla predisposizione unilaterale del contratto, quella di premiare i professionisti più meritevoli<sup>40</sup> evitando fenomeni di *market failures*, quella infine di incentivare l'economia.

A tutela delle ragioni del professionista sta il limite generale dell'abuso del diritto ovvero del dovere di buona fede e correttezza *in executivis*. La Corte di Cassazione, con la ben nota sentenza n. 20106 del 2009, ha stabilito che, in conformità con il dovere di solidarietà sociale imposto dall'art. 2 della Costituzione, l'obbligo di buona fede oggettiva e di correttezza deve essere inteso come un autonomo dovere giuridico, vincolando le parti contraenti ad agire in modo da preservare quanto più possibile gli interessi reciproci, a prescindere da quanto previsto dal contratto o dalla legge<sup>41</sup>.

Pur se formalmente legittimo, dunque, l'esercizio del diritto di recesso ben può integrare un'ipotesi di abuso qualora sia ravvisabile una manifesta sproporzione tra il beneficio ottenuto e il sacrificio cui è soggetta la controparte e il soggetto disponga di modalità alternative per il perseguimento dei propri interessi. In quest'ottica, l'abuso del diritto costituisce nient'altro che un limite esterno all'agire dei privati volto a garantire una correlazione tra potere e scopo. Il fine da perseguire è quello di evitare che il diritto soggettivo sconfini in arbitrio.

A differenza delle altre discipline consumeristiche, però, l'esercizio dello *ius poenitendi* nel credito al consumo ha un costo per il consumatore che si traduce negli interessi «naturalmente» maturati sulla somma capitale e nelle somme non ripetibili eventualmente corrisposte dal finanziatore alla pubblica amministrazione.

<sup>40</sup> Attraverso il meccanismo del recesso risulterebbero premiati gli operatori di mercato più «diligenti» in termini di qualità dei prodotti offerti ma anche di rapporto con la clientela declinato, in special modo, in efficienti servizi pre o post vendita.

<sup>41</sup> La suprema Corte, pur nella consapevolezza della preoccupazione di molti circa la tendenza espansiva della discrezionalità della classe giudicante, ha ritenuto suo preciso compito sindacare, non le scelte operate dai soggetti privati nell'esercizio di un'attività imprenditoriale di per sé considerata, ma i singoli atti di autonomia imprescindibilmente connessi con gli interessi contrastanti delle diverse parti contraenti, operando un riequilibrio delle degenerazioni in chiave patologica del rapporto negoziale. Ciò sulla considerazione del fatto che l'esercizio del potere contrattuale deve essere posto nel rispetto di determinati canoni generali – quali buona fede oggettiva, lealtà dei comportamenti e correttezza – alla luce dei quali spetta al giudice interpretare le manifestazioni della privata autonomia, ivi compreso l'esercizio del recesso.

È bene precisare che, se a norma della direttiva comunitaria gli interessi dovuti si calcolano in base al tasso debitore (opportunitamente pubblicizzato), il dettato dell'art. 125 *ter* tub è più oscuro, rimettendosi a quanto previsto nel regolamento contrattuale. Ecco, allora, che la rilevanza dell'informazione pubblicitaria su questa particolare voce di spesa, comunque la si chiami, non può ragionevolmente discutersi e che maggiormente garantista sarebbe parso il prevederla nel testo unico in commento.

Salva la mancanza della gratuità, il recesso conserva i tratti distintivi propri del pentimento consumeristico, ossia l'arbitrarietà e (nonostante l'assenza di una espressa previsione in tal senso) l'irrinunciabilità. Sotto quest'ultimo profilo appare decisivo il fatto che la direttiva comunitaria, peraltro improntata al regime della c.d. armonizzazione massima, imponga espressamente agli Stati membri di provvedere, in fase di attuazione, affinché i consumatori «non possano rinunciare» ai diritti loro attribuiti. Lo sforzo del legislatore nazionale si è esaurito nel prevedere che le disposizioni del Titolo VI del tub possano essere pattiziamente derogate solo in senso più favorevole al cliente. Pur essendo tale statuizione assistita da un rimedio efficace (la nullità di protezione, ora rilevabile anche d'ufficio dal giudice e operante sempre «a vantaggio del cliente»), la sua formulazione volutamente vaga mal si presta a scongiurare il rischio di aggiramenti e prassi scorrette<sup>42</sup>.

Cosa diversa dal recesso è, invece, il rimborso anticipato: ai sensi dell'art. 125 *sexies* tub, il consumatore ha la facoltà di rimborsare anticipatamente, in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore, beneficiando di una riduzione del taeg pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto, previa corresponsione al finanziatore di un eventuale indennizzo, equo e oggettivamente giustificato, che non può superare l'1% dell'importo rimborsato (se la vita residua del contratto è superiore ad un anno) ovvero lo 0,5 % (negli altri casi)<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Osserva De Cristofaro, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, cit., 1051, che più significativa sarebbe stata un'espressione analoga a quella contenuta nell'art. 143, co. 1°, cod. cons., a norma del quale, lapidariamente, i diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili ed è nulla ogni patteggiamento in contrasto con le disposizioni del codice.

<sup>43</sup> Il terzo comma esclude l'indennizzo nei casi in cui: il rimborso anticipato è effettuato in esecuzione di un contratto di assicurazione destinato a garantire il credito; il rimborso anticipato riguarda un contratto di apertura di credito; il rimborso anticipato ha luogo

La percentuale corrisposta, lungi dal potersi assimilare a una penale, assicura al creditore una tutela di tipo compensativo in omaggio al generalissimo principio di equità, che vuole tenere indenne ogni soggetto leso da un'attività lecita altrui secondo la tecnica del bilanciamento di interessi.

La facoltà di rimborso anticipato o *prepayment* introduce nella fattispecie del credito al consumo un termine dell'adempimento (rateizzato) nel solo interesse del debitore. Il *favor* legislativo per il debitore è tanto più evidente laddove si pensi che, in caso di rimborso parziale, nulla osta a che il consumatore si avvalga più volte dello stesso meccanismo. È questa un'ipotesi in cui l'eterointegrazione contrattuale investe non già il contenuto minimo dell'atto ma i suoi elementi accidentali, da sempre riservati alla privata autonomia.

Merita un accenno, infine, il novellato art. 118 tub, valevole in generale per le operazioni ed i servizi bancari e finanziari ed espressamente richiamato dall'art. 125 *bis*, co. 2, del testo unico in esame, che introduce per tutti i contatti «di durata» il c.d. *ius variandi* della banca o dell'intermediario finanziario. Salva sempre la necessità di una specifica accettazione scritta del cliente, le sembianze dell'istituto cambiano a seconda della tipologia contrattuale in cui è destinato ad operare: nei contratti a tempo indeterminato o meglio senza determinazione di tempo, il potere di modificare unilateralmente il contratto non incontra limiti oggettivi<sup>44</sup>; negli altri contratti di durata, invece, tale potere può essere convenzionalmente pattuito solo con riferimento alle clausole non inerenti i tassi di interesse. In entrambi i casi, presupposto indefettibile dello *ius variandi*, sotto pena di inefficacia della clausola più sfavorevole al cliente, è un «giustificato motivo»<sup>45</sup>. La proposta di modifica del contratto è necessa-

---

go in un periodo in cui non si applica un tasso di interesse espresso da una percentuale specifica fissa predeterminata nel contratto; l'importo rimborsato anticipatamente corrisponde all'intero debito residuo ed è pari o inferiore a 10.000 euro.

<sup>44</sup> In questo caso la modifica può investire anche le clausole che impongono oneri economici al cliente: tassi di interesse, prezzi e ulteriori condizioni previste dal contratto. Nella relazione illustrativa del decreto si legge che, in ogni caso, con la locuzione «ulteriori condizioni» si è voluto precisare che l'esercizio dello *ius variandi* non può mai tradursi nell'introduzione *ex novo* di clausole originariamente non previste nel regolamento contrattuale. Cfr. De Cristoforo, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, cit., 1046.

<sup>45</sup> Il che, in un certo senso, non fa che riprodurre quanto già previsto con riferimento

riamente scritta e si intende accettata qualora il cliente non receda, senza spese, entro la data prevista per la sua applicazione e comunque non prima di due mesi dalla ricezione.

3.1- Anche a seguito delle modifiche apportate in sede di recepimento della dir. 2008/48/CE, la disciplina del credito al consumo sconta una certa insicurezza sul versante del collegamento negoziale che pure ne è uno snodo di importanza fondamentale.

A seconda della veste contrattuale di volta in volta assunta, il credito al consumo, pur nella sostanziale unitarietà dell'operazione economica alla quale è funzionalmente votato, tende a frazionare e scomporre la realtà contrattuale ad esso sottostante.

Mentre la dilazione di pagamento implica l'instaurarsi di una relazione contrattuale «essenziale», essendo due i soggetti coinvolti, con il perfezionarsi del contratto di credito al consumo nella sua veste di facilitazione finanziaria all'acquisto, di fatto, sorgono tanti rapporti giuridici quanti sono i protagonisti della vicenda: consumatore, venditore, finanziatore, e (eventualmente) intermediario finanziario<sup>46</sup>.

Le implicazioni di questa particolare attitudine del contratto di credito al consumo sono molteplici. In primo luogo, tutte le volte in cui il consumatore abbia richiesto un finanziamento allo scopo di procurarsi la disponibilità finanziaria necessaria per pagare il corrispettivo di un bene o servizio, emerge con palmare evidenza il collegamento negoziale tra i due

---

alle clausole considerate vessatorie (e quindi nulle) fino a prova contraria. Cfr. art. 33, co. 2, lett. m), cod. cons.

<sup>46</sup> In quest'ottica, il requisito della plurilateralità, soggettiva e oggettiva, assieme all'immediato trasferimento della proprietà del bene, c.d. oggetto mediato del credito, segnano la linea di demarcazione tra l'istituto in parola e la più classica dilazione di pagamento o vendita a rate con riserva di proprietà. L'istituto della vendita con riservato dominio, infatti, presenta tratti per certi versi simili a quelli del credito al consumo sotto forma di facilitazione finanziaria. In entrambi i casi emerge con particolare nettezza lo scopo giuridicamente protetto del compratore ad assicurarsi l'immediato godimento del bene. Tuttavia, mentre nella vendita con riserva di proprietà tale interesse è controbilanciato, sul piano obbligatorio, sia dalla subordinazione dell'effetto traslativo all'adempimento della controprestazione dovuta, sia dalla vistosa deroga al principio *res perit domino*, attraverso la concessione di credito il consumatore può ottenere un immediato trasferimento della proprietà del bene, sopportando nient'altro che i naturali rischi connessi allo status di proprietario. Cfr. M. Lipari, *Vendita con riserva di proprietà*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1993, 526 s.

contratti (di finanziamento e di compravendita). Tuttavia, dal punto di vista rimediabile, tale collegamento produce effetti «benefici» per il consumatore solo in determinate ipotesi, rigidamente delimitate dalla legislazione vigente.

Stando al combinato disposto degli artt. 121, lett. d), e 125 *quinquies* tub, si ha collegamento negoziale rilevante solo quando finalità *esclusiva* del finanziamento è la fornitura di un bene *specifico*. Pertanto, restano esclusi dalla relativa disciplina sia i contratti di credito in cui detta finalità è concorrente con una o più altre, sia quelli strumentali alla fornitura di beni o servizi non suscettibili di essere considerati specifici<sup>47</sup>. È bene sottolineare che la specificità investe la finalizzazione del finanziamento all'acquisto del bene o della tipologia di bene prescelta dal consumatore e non riguarda invece il carattere del bene medesimo, che ben potrebbe essere anche di genere (come di regola accade).

È poi alternativamente necessario che il finanziatore si sia avvalso, per promuovere o concludere il contratto di credito, della cooperazione del professionista che ha stipulato con il consumatore il contratto di fornitura<sup>48</sup>, ovvero che il contratto di credito espliciti il suo oggetto mediato.

Ricca di significato appare la mutata disciplina laddove, nel disegnare i connotati tipici del «contratto collegato», abbandona il riferimento all'accordo di esclusiva tra finanziatore e venditore per privilegiare la percepibilità esterna del collegamento stesso. Di talché, a risultarne favorito,

---

<sup>47</sup> Cfr. De Cristoforo, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, cit., *passim*. L'A. mette in rilievo la sfuggevolezza dell'aggettivo scelto per delimitare l'ambito oggettivo di applicabilità della disciplina relativa ai crediti collegati. E ancora: secondo l'A. va decisamente respinta la tesi per cui, attraverso l'espressione «beni o servizi specifici», il legislatore abbia voluto escludere la rilevanza del collegamento in presenza di contratti di compravendita di cose generiche. Anche tale tipologia contrattuale, infatti, è astrattamente compatibile con lo schema dei contratti collegati, purché il *genus* di appartenenza della cosa sia individuato in modo inequivoco. La logica conclusione è che, probabilmente, si sia voluta negare l'applicabilità delle regole speciali sul collegamento nella sola ipotesi di finanziamento finalizzato all'acquisto di due o più beni di identità e tipologia differente.

<sup>48</sup> A norma dell'abrogato art. 42 cod. cons., sussistendo tra il finanziatore e il venditore o fornitore un accordo di esclusiva, l'inadempimento del fornitore legittimava il consumatore ad agire nei confronti del finanziatore o dell'intermediario nei limiti del credito concesso, indipendentemente dalla «rilevanza» dell'inadempimento. Tale responsabilità si estendeva, allora come ora, anche al terzo cui il finanziatore avesse ceduto i diritti derivanti dal contratto di credito.

anche in punto di prova, è senz'altro il consumatore<sup>49</sup>, il cui livello di avvedutezza (presumibilmente) si attenua qualora «sollecitato» al credito dallo stesso venditore. Stante l'identica *ratio*, irragionevole appare l'esclusione del collegamento in tutte quelle ipotesi in cui la fornitura di una determinata *res* non è finalità esclusiva del contratto di credito: il finanziatore, in quanto professionista (per di più) tenuto a verificare il merito creditizio, non può certo paragonarsi, quanto ad avvedutezza, ad una «persona fisica agente per scopi estranei alla propria attività professionale».

Ad ogni modo, qualora ricorrano le circostanze sopra descritte, il consumatore gode di una tutela specifica: previa messa in mora del fornitore del bene o servizio, il recesso dal contratto di vendita o fornitura, basato su una normativa comunitaria, implica, automaticamente, il venir meno della vincolatività del contratto di credito. Ciò significa che, in caso di vendite a distanza o di contratti conclusi fuori dai locali commerciali l'esercizio del recesso, in conformità al dettato degli artt. 64 e ss. cod. cons., legittima il consumatore a risolvere il contratto di credito.

A norma dell'art. 125 *quinquies* tub, qualora il venditore o fornitore si renda inadempiente *in misura rilevante*<sup>50</sup>, il consumatore, dopo aver inutilmente effettuato la costituzione in mora dello stesso fornitore, ha diritto alla risoluzione del contratto di credito<sup>51</sup>.

In ogni caso, la risoluzione comporta l'obbligo per il finanziatore (o del terzo cui sia stato ceduto il credito) di rimborsare al consumatore le rate già pagate e ogni altro onere eventualmente applicato. Il finanziatore (o il cessionario del credito)<sup>52</sup> potrà poi rivalersi nei confronti del fornito-

<sup>49</sup> Nel vigore della disciplina previgente, la prova del collegamento negoziale sembrava producibile solo in caso di «finanziarie di marca» (come Sava Leasing e Fiat Auto). Cfr. F. Macario, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita*, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3104.

<sup>50</sup> Testualmente: se con riferimento al contratto di fornitura di beni o servizi ricorrono le condizioni di cui all'articolo 1455 del codice civile.

<sup>51</sup> Parzialmente diversa la disciplina dettata per il leasing. A norma dell'art. 125 *quinquies*, co. 3, tub, il consumatore, dopo aver inutilmente effettuato la costituzione in mora del fornitore dei beni o dei servizi, può chiedere al finanziatore di agire per la risoluzione del contratto. La richiesta al fornitore determina la sospensione del pagamento dei canoni. La risoluzione del contratto di fornitura determina la risoluzione di diritto, senza penalità e oneri, del contratto di locazione finanziaria.

<sup>52</sup> I diritti previsti dall'articolo in esame, infatti, possono essere fatti valere anche nei

re del bene o servizio<sup>53</sup>.

Al di fuori di queste ipotesi particolari, gli unici strumenti di tutela che il testo unico bancario mette a disposizione del consumatore sono il diritto di recesso, nei limiti già visti, e il rimborso anticipato, salva sempre la nullità totale o parziale di cui all'art. 125 *bis*.

4.- Dall'analisi sin ora svolta, emerge con nitore la carenza del dettato normativo in punto di rimedi. Tale recidiva ritrosia del nostro legislatore si traduce, in questo come in altri ambiti, in un vero e proprio *ambaradam*<sup>54</sup>: paradossalmente, infatti, se alcune patologie del rapporto contrattuale sembrano assistite da una pluralità di rimedi altre, di non secondaria importanza, non ne vantano alcuno.

Così, qualora la Banca d'Italia, nell'esercizio delle proprie facoltà, riscontri una «rilevante» irregolarità in un determinato messaggio pubblicitario relativo al credito al consumo, potrà irrogare le sanzioni amministrative previste dall'art. 144 tub. Tale situazione, solo potenzialmente lesiva per il consumatore, non è (probabilmente a ragione) assistita da alcun rimedio civilistico.

Al contrario, quando la condotta illecita del professionista consiste nell'inserire clausole contrattuali nulle ovvero nell'ostacolare il recesso del consumatore, accanto alle sanzioni amministrative convivono rimedi civilistici: dalla sostituzione automatica di clausole al regime restitutorio di cui all'art. 125 *bis*, co. 9, tub, fino alla proroga del termine per l'esercizio del recesso. A tale ultimo proposito è da rilevare che la tutela del consumatore, cui finanche il principio *pacta sunt servanda* deve inchinarsi, sconta una vistosa contraddizione implicita che, di fatto, ne frustra la *ratio*. Il consumatore, infatti, pur potendo recedere *sine die*, è comunque tenuto al pagamento degli interessi, la cui maturazione mai si interrompe: dal perfezionamento del contratto di credito fino all'esercizio del diritto di recesso.

---

confronti del terzo al quale il finanziatore abbia ceduto i diritti derivanti dal contratto di concessione del credito.

<sup>53</sup> Così il nuovo articolo 67, comma sesto, del codice del consumo.

<sup>54</sup> L'efficace espressione è di V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradam dei rimedi contrattuali)*, Relazione al Convegno su «Mercato finanziario e tutela del risparmio», Gardone Riviera, 10 e 11 giugno 2005.

Se, invece, l'irregolarità riguarda un'informazione precontrattuale resa in adempimento degli art. 124 e 124 *bis* tub, nel silenzio del legislatore, i rimedi prospettabili sono molti. Perlopiù pacifica, è la possibilità, per il consumatore di accedere alla tutela risarcitoria per violazione della buona fede *in contrahendo*.<sup>55</sup> 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<sup>56</sup>.

Pur se con nuove vesti, si ripropone anche nell'ambito del credito al consumo il ricco ed interessante dibattito sulla sorte dei contratti a valle di pratiche commerciali scorrette<sup>57</sup>, che negli ultimi anni ha coinvolto, a vario titolo, dottrina e giurisprudenza.

Come è noto, in sede di recepimento della dir. 2005/29/CE, il legislatore nazionale è stato piuttosto avaro di indicazioni utili a fini rimediali<sup>58</sup>. Fatta eccezione per l'innovativa introduzione del meccanismo inibitorio e di quello conciliativo e cautelare, a tutela del consumatore leso, singolarmente considerato, si ergono le sole regole «generali» già previste dal codice civile, in primo luogo quelle relative a formazione, validità ed efficacia del negozio<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> Ma cfr. R. Natoli, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in S. Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, *passim*. L'A. osserva che, tradizionalmente, la buona fede precontrattuale si atteggia come un impegno o obbligo di solidarietà che impegna ciascuna parte a preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali ma entro il limite dell'apprezzabile sacrificio. Diversa è la prospettiva dei doveri di *disclosure* introdotti, nel nostro ordinamento, dal legislatore comunitario poiché non contengono nessun riferimento all'apprezzabile sacrificio. Cfr. anche M. Bianca, *Il contratto*, 2° ed., Milano, 2000, 162 s.

<sup>56</sup> Sul punto si rimanda a quanto già argomentato in relazione alle pratiche commerciali scorrette.

<sup>57</sup> Il terzo comma dell'articolo 28 del d.lgs. n. 141 del 2010, nel dettare il criterio direttivo utile a coordinare la disciplina del credito al consumo con quella delle pratiche commerciali scorrette, si limita a fare salva l'applicabilità della dir. 2005/29/CE e le relative competenze dell'AGCM. Restano, però, del tutto oscure le regole di convivenza tra tale autorità e la Banca d'Italia.

<sup>58</sup> Cfr. G. De Cristoforo, *La difficile attuazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti fra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr. e Imp./Europa*, 2007, 14 s.

<sup>59</sup> Cfr. C. Granelli, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, n. 10, 777 s. L'A. evidenzia come, pur nell'ambito di un'impostazione orientata alla massima armonizzazione, la direttiva lasciava ampi margini ai legislatori na-

Sulla scorta di una sì scarna indicazione le vie percorribili sono molte: nullità, annullabilità, risoluzione, risarcimento, recesso ed altro ancora. In primo luogo, occorre rispondere a un'annosa quanto mai attuale querelle: può la violazione di una regola di condotta tradursi in una causa di invalidità dell'atto?

Mentre la giurisprudenza sul punto esprime un pressoché unanime parere negativo<sup>60</sup>, la dottrina si divide tra quanti, rispettosi della tradizionale dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento, preferiscono guardare ad altri rimedi<sup>61</sup>, e quanti, invece, non rinunciano all'idea che un consenso «disinformato» implichi, di per sé, la non vincolatività del contratto<sup>62</sup>.

La tesi negativa prende le mosse dall'incompatibilità tra un sistema di invalidità negoziali necessariamente formale e prestabilito e regole di comportamento per loro stessa natura elastiche, poiché desunte dal principio generale di buona fede il cui contenuto non è né determinato né deter-

---

zionali sul piano rimediabile, demandando agli Stati membri il compito di determinare le sanzioni da irrogare (nel rispetto dei canoni dell'effettività, proporzione e dissuasione), e di assicurare che esistano mezzi adeguati ed efficaci per combattere le pratiche commerciali scorrette. Le «sanzioni» e i «mezzi» introdotti in sede di recepimento risultano, però, strumentali non già alla tutela del singolo consumatore ma del consumatore come agente della razionalità del mercato. Ci si riferisce, da un lato, ai procedimenti conciliativi e cautelari di cui all'art. 140 cod. cons., la cui legittimazione attiva si ritiene spetti alle sole associazioni di consumatori nonché agli organismi indicati dall'art. 139 cod. cons., dall'altro lato, al procedimento davanti all'AGCM descritto dall'art. 27 cod. cons. Per quanto riguarda la tutela del consumatore, singolarmente considerato, il novellato art. 19, co. 2, lett. a), cod. cons., si limita invece a prevedere che la disciplina relativa alle pratiche commerciali scorrette «non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale».

<sup>60</sup> Cfr., con riguardo alla vicenda dell'intermediazione finanziaria, Cass. s. u., 19-12-, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, 784 s.

<sup>61</sup> Cfr. *ex plurimis*, G. D'Amico, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 101 s.; ID, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, n. 1, 2002, 40 s.; G. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1981, 171 s.; L. Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, I, 1 s.

<sup>62</sup> Cfr. A. Gentili, *Inadempimento dell'intermediario e vizi genetici del contratto*, in *Riv. Dir. priv.*, 2009, n. 3, 34 s.; ID., *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, n. 3, 25 s. Con sfumature diverse C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, n. 6, 412 s. Granelli, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, cit., 780 s.

minabile. In tale ottica, mentre solo le regole di validità possono stabilire le condizioni alle quali l'atto deve corrispondere per essere vincolante, quelle di comportamento (o di buona fede) sono dirette ad assicurare la correttezza e la moralità delle contrattazioni e quindi conducono, qualora violate, a mere conseguenze risarcitorie<sup>63</sup>.

Ne consegue che se rispetto alle regole di validità, operanti su un piano riservato alla valutazione esclusiva dell'ordinamento, si rende necessaria una costruzione di carattere logico-formale<sup>64</sup>, tale esigenza viene meno con riferimento alle regole di condotta, la cui concreta determinazione è demandata al potere giudiziale. Ecco allora che l'invalidità dell'atto non può discendere da un comportamento qualificabile come «scorretto» alla luce dei mutevoli criteri valutativi extralegali cui rimanda la regola di buona fede<sup>65</sup>.

La tesi positiva denuncia, invece, l'ipocrisia di una ricostruzione apparentemente ignara del fatto che una «contaminazione tra generi» esiste già ed è magistralmente rappresentata dal rimedio dell'annullamento. Non si può, infatti, negare che l'induzione in errore della controparte ovvero l'estorsione del consenso con violenza o dolo rappresentino violazioni di una regola di comportamento, né che l'angusto recinto dei tradizionali vizi del consenso ha da sempre sollecitato l'interprete a fornire in-

<sup>63</sup> Cfr. spec. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, cit., 43. L'A. ritiene che questa innata «vaghezza» del principio di buona fede derivi dai criteri valutativi extralegali cui il principio stesso rinvia. Diversa l'opinione di M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, *passim*. Nell'ottica dell'a. da ultimo citato, la buona fede «non è destinata ad introdurre istanze etiche o solidaristiche destinate a sovrapporsi ai valori dell'ordinamento ma è intesa a preservare le ragioni del sistema giuridico, traendo da esso stesso le direttive di composizione dei conflitti che è chiamata a dirimere. (...) Siffatta comprensione dei principali concetti-valvola implica, già, il superamento della loro tradizionale spiegazione giusnaturalistica e, insieme, la loro fuoriuscita dalla rigida, e perciò scientificamente improduttiva, categoria neopositivistica dei c.d. criteri-non-regole e della mera discrezionalità».

<sup>64</sup> Cfr. V. Pietrobon, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 156 s.

<sup>65</sup> Cfr. A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999, 397 s. Sull'interpretazione degli enunciati normativi come strategia di natura auto poetica consistente non già nell'importazione dall'esterno di criteri di soluzione di complessità preesistenti o nuove ma nell'espansione della stessa regolazione normativa guidata dal medesimo sistema giuridico cfr. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., *passim*.

interpretazioni estremamente late delle figure tipizzate dal legislatore<sup>66</sup>.

L'ideologica dicotomia tra regole di condotta e regole di validità, in questa prospettiva, ha un senso solo se confinata entro l'ambito del teorico, poiché funzionale all'analisi del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti, ma non può mai assurgere a regola di giudizio<sup>67</sup>.

D'altronde, non si può negare che, con particolare riferimento ai doveri di *disclosure* di matrice comunitaria, la rilevanza della impermeabilità tra regole di comportamento e regole di validità perde inevitabilmente di pregio. In presenza di obblighi di condotta sufficientemente dettagliati, l'eventuale applicazione di un rimedio invalidatorio non arreca *vulnus* alcuno al principio della certezza del diritto poiché la condizione minima di ricevibilità giuridica dell'atto negoziale può ben pregiarsi del requisito della predeterminazione legislativa<sup>68</sup>.

Con tali premesse, resta solo da stabilire se in caso di violazione degli obblighi precontrattuali di informazione il contratto di credito al consumo sia virtualmente nullo ovvero annullabile per vizio del consenso.

Il rimedio dell'annullabilità parrebbe ipotizzabile solo a patto di ritenere la convenienza dell'operazione oggetto del negozio, di modo che l'errore del consumatore sia qualificabile come «essenziale» e «riconoscibile dall'altro contraente». Questa suggestiva ricostruzione, senz'altro calzante rispetto ad altre fattispecie contrattuali<sup>69</sup>, stride con le caratteristiche proprie del credito al consumo inteso come operazione economica complessa in cui finanche il credito stesso è oggetto mediato dell'atto.

Un discorso a parte merita il contratto concluso tra consumatore e intermediario del credito. In questo caso, vista la natura e la finalità del negozio, ben può dirsi che la convenienza del finanziamento sia «una qualità che secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze

<sup>66</sup> Cfr. G. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 17 s.

<sup>67</sup> Cfr. A. Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2010, n. 4, 397 s.; ID., *Inadempimento dell'intermediario*, cit., 36 s.; L. Di Nella, *Le pratiche commerciali «aggressive»*, in *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, G. De Cristofaro (a cura di), Torino, 2008, 374 s.

<sup>68</sup> Cfr. Natoli, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, cit., 4.

<sup>69</sup> Cfr. Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, cit., 399 s.

deve ritenersi determinante del consenso»<sup>70</sup> e che la violazione degli obblighi di informazione (attiva) incida direttamente sulla validità dell'atto<sup>71</sup>.

Tornando al contratto concluso tra consumatore e finanziatore, in caso di violazione del *duty to disclose* maggiori margini di operatività per un esito invalidante sembrano profilarsi quando a scendere in campo è il rimedio della nullità.

Una premessa è d'obbligo: non di nullità strutturale si tratta bensì di quella virtuale. Ipotizzare l'applicabilità al caso in esame della nullità per mancanza del consenso significa annullare le distanze tra la categoria giuridica dell'inesistenza e quella dell'invalidità. È stato giustamente detto che «nel nostro sistema lo spazio della nullità per mancanza di accordo potrebbe essere pari a zero, stretto com'è tra l'osservazione che, essendo

<sup>70</sup> Art. 1429, n. 2, c.c.

<sup>71</sup> Com'è stato giustamente osservato, a seguito delle molteplici riforme di matrice comunitaria il già labile confine tra nullità e annullabilità sta lentamente svanendo. L'Europa, infatti, non (ri)conosce la distinzione tra queste due forme di invalidità e non si cura di rispettarne le dicotomiche identità. Così, se il legislatore del 1942, recependo le istanze della pandettistica tedesca, ha ripudiato la semplicistica concezione previgente (il codice del 1865 prevedeva la sola nullità), oggi *impuls* esterni mettono nuovamente in crisi il nostrano sistema delle invalidità negoziali. Tuttavia, il fatto che la nullità possa essere anche relativa o prescrivibile, mentre l'annullabilità possa essere assoluta e imprescrivibile non autorizza, per ciò solo, a ritenere irrimediabilmente contaminati i due rimedi. Cfr. R. Sacco, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Civ.*, XII, Torino, 1995, 294 s. Cfr. anche Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 272 s. L'A. ritiene che l'insufficienza dell'impostazione tradizionale imponga un ripensamento in termini funzionali delle soluzioni offerte dall'ordinamento in caso di patologia contrattuale. Non sarà allora difficile comprendere come la disciplina propria di ciascun rimedio (in punto di efficacia del contratto, sanabilità dell'invalidità, prescrivibilità dell'azione e legittimazione a esperirla, di portata della sentenza che la accolga e della sua opponibilità a terzi) risponda sì a tipi di problemi diversi ma in modo funzionalmente coordinato. In altri termini: l'attuale assetto binario pur non essendo necessario non è inevitabilmente arbitrario. «Su questa base, allora, si può magari pensare di abbandonare la distinzione tra nullità e annullabilità, ma solo per sostituirvi una ricostruzione della disciplina dell'invalidità articolata per tipi di problema e compresa secondo le ragioni che presiedono alle loro soluzioni differenziate e le ragioni e le condizioni che ne richiedono, o non, il loro coordinamento. Ma una tale ricostruzione non solo è in grado di dar conto, in termini non di «eccezione» ma di differenza funzionale, degli scostamenti espressamente previsti da norme speciali e dalle legislazioni di origine comunitaria. Ma soprattutto permette di apprestare parametri razionali secondo i quali procedere alla determinazione interpretativa della disciplina delle ipotesi di invalidità non espressamente previste o non analiticamente articolate».

il contratto accordo, mancando l'accordo il contratto non è nullo bensì non v'è contratto, e l'opposta osservazione che se la regola comunque si forma, ma la volontà che dovrebbe sorreggerla è viziata, allora il contratto è annullabile»<sup>72</sup>.

Sublimata la dicotomia tra regole di validità e regole di protezione, il contratto di credito al consumo concluso in spregio alle *know your merchandise* e *know your customer rules* ben potrebbe considerarsi virtualmente nullo ai sensi del controverso primo comma dell'art. 1418 del codice civile. Gli obblighi di informazione attiva e passiva che l'ordinamento pone a capo del contraente professionista ben possono essere inquadrati nell'alveo delle norme imperative. Trattasi, infatti, di regole analiticamente e puntualmente poste *ex ante* dal legislatore nonché specificate da atti normativi secondari<sup>73</sup> che, qualora assunte a requisiti di validità dell'atto, non potrebbero vulnerare la certezza del diritto.

Prendendo le mosse da questa considerazione, una dottrina si è persino spinta fino a negare che gli obblighi di informazione discendano dal generale principio di buona fede che, com'è noto, necessita del «filtro» giurisprudenziale per concretizzarsi ed entrare nel mondo del reale. Esisterebbero, dunque, assieme alle regole di condotta *ex fide bona*, regole di condotta pure e semplici non necessariamente connotate dalla vaghezza tipica delle clausole generali<sup>74</sup>.

Esiti nefasti riserva l'obiezione alla tesi su esposta in base alla quale sono norme imperative solo quelle la cui violazione è sanzionata con la

<sup>72</sup> Così Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, cit., 402. Lo stesso a. osserva però che nel sistema opera il principio per cui un consenso non consapevolmente e liberamente formato giustifica la nullità relativa del contratto. A sostegno dell'assunto stanno due casi paradigmatici: quello delle clausole vessatorie e quello del contratto concluso in condizioni di dipendenza economica. Abbracciando le ragioni di questa osservazione, però, si finisce per sovrapporre la logica della nullità testuale con quella della nullità strutturale.

<sup>73</sup> Il riferimento è agli atti emanati dalla Banca d'Italia nonché dalla Consob.

<sup>74</sup> Cfr. Natoli, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, cit., 19 s. L'A. sottolinea che «se le regole di condotta sono legalmente predeterminate, il bilanciamento tra interessi contrapposti non è rimesso al giudice ma è effettuato previamente dal legislatore o da altra autorità amministrativa. Pertanto è ben possibile che, nell'ambito della propria discrezionalità, il legislatore preveda il sacrificio dell'interesse di un soggetto a vantaggio dell'interesse di un altro. Può dunque accadere che il legislatore prescriva condotte che non potrebbero mai essere imposte alla stregua del canone di buona fede».

nullità del contratto. Sposando una simile ricostruzione si finirebbe per identificare la nullità virtuale con quella testuale, determinandone la tacita abrogazione.

Maggiormente problematica appare l'applicabilità al caso in esame della nullità speciale per violazione dell'ordine pubblico economico. Tale rimedio si potrebbe ammettere solo rinnegando la distinzione tra legge speciale e legge generale. È sì vero che tali categorie sono sconosciute al legislatore comunitario e che tutte le più recenti riforme del diritto privato europeo risultano in qualche modo ispirate alla logica della c.d. nullità di protezione<sup>75</sup>, tuttavia anche nell'età della decodificazione<sup>76</sup> il «salto» in termini sistematici è grande e si potrebbe rivelare prematuro.

È interessante notare come la questione, di estrema rilevanza sotto il profilo teorico, ha scarso interesse pratico: la nullità relativa è da sempre presente nel nostro ordinamento poiché qualsiasi rimedio contrattuale, in special modo se invalidatorio, viene azionato dalla parte lesa che, verosimilmente, non può che essere una ed una soltanto.

Ad ogni modo, pur a ritenere percorribili entrambe le vie, è quanto meno irrealistico pensare che la stessa classe giurisdicente che ancora rifiuta di avvalersi di un rimedio «comune» come quello previsto dall'art. 1418, primo comma, del codice civile, si lanci in speculazioni analogiche dal sapore decisamente pionieristico.

5.- Un'interessante prospettiva da cui indagare il problema è quella propria dell'analisi economica del diritto. Sposando tale tecnica metodologica, una parte della dottrina è giunta a teorizzare che il mercato è giusto e quindi efficiente solo se il consenso del consumatore è libero e consapevole. Tutte le regole poste a tutela della consapevolezza del consumatore, dunque, lungi dall'identificarsi con *liability rules*, giustificano,

<sup>75</sup> Cfr. L. Nivarra, *Diritto privato e capitalismo*, cit., *passim*. L'A. in questo scritto mette in luce la crisi della tradizionale concezione del giuridico in cui era immanente un'idea molto forte di ordine. Oggi, al contrario, il sistema non esiste più: «la indefinita rinegoziabilità delle condizioni d'uso di ciascun singolo «dogma» trasforma il sistema in una struttura aperta, soggetta ad una revisione permanente e connotata da un grado di cogenza sulle argomentazioni da sviluppare ai fini della giustificazione della soluzione accolta sempre più ridotto». Cfr. anche S. Rodotà, *Un codice per l'Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in P. Cappellini – B. Sordi (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, 540 s.

<sup>76</sup> L'espressione è di N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

qualora violate, la caducazione del regolamento pattizio<sup>77</sup>. Nei contratti tra professionista e consumatore, infatti, fattori quali le asimmetrie informative, le suggestioni pubblicitarie, la distanza, inducono a ritenere che gli scambi non siano, solo perché voluti, giusti.

Onde evitare di favorire le imprese meno «meritevoli», determinando fenomeni di *market failures*, si impone, quindi, di ripensare il contratto quale strumento di regolazione «dal basso» delle operazioni economiche ed il consumatore quale agente della razionalità del mercato, dotandolo di armi sufficientemente capaci di influenzarne il corretto andamento. È la logica dell'interesse individuale a servizio del soddisfacimento di quello sovra-individuale abbracciata, in tempi non più recenti, dalla *policy* del legislatore comunitario<sup>78</sup>.

Ciò posto, resta da stabilire se, in base alla *ratio* sottesa alla disciplina del credito al consumo, il rimedio maggiormente efficiente per rispondere alla violazione di un obbligo precontrattuale sia di tipo invalidatorio o risarcitorio.

Una parte della dottrina, che pure sposa il metodo dell'analisi economica del diritto, ritiene che, nel silenzio del legislatore, non vi sia alcuno spazio per i rimedi invalidatori<sup>79</sup>. Tale impostazione appare, però, radical-

---

<sup>77</sup> Cfr. Gentili, *Inadempimento dell'intermediario*, cit., 12; M. Egidi, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in R. Viale (a cura di), *Le nuove economie: dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti della teoria neoclassica*, Milano, 2005, 33 s.

<sup>78</sup> Cfr. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, cit., 5 s. L'A. riporta, a titolo esemplificativo, la disciplina relativa alla vendita dei beni di consumo. La gerarchia rimediata prevista dall'articolo 3 della direttiva 99/44 testimonia con palmare evidenza la funzione del rimedio nell'ottica del legislatore comunitario, che «non si esaurisce nel soddisfacimento del bisogno di tutela ma mira al perseguimento di una precisa idea di mercato in cui si incontrano gli interessi antitetici dell'impresa e del consumo». In altri termini: «il rimedio contrattuale mira a supplire ad una sorta di abdicazione parziale del legislatore alla propria funzione regolatrice di determinati settori di mercato, con ciò ispirandosi all'idea, rivelatasi (...) fortemente utopica, dell'autoregolazione del mercato». Con particolare riguardo alla disciplina delle clausole vessatorie cfr. anche C. Castronovo, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 5 s.

<sup>79</sup> Cfr. G. Carriero, *Autonomia privata e disciplina del mercato. Il credito al consumo*, 2° ed., Torino, 2007, 79 s.; AA.VV., *Credito responsabile: dal credito all'impresa al credito al consumo*, in *Le Società*, 2007. L'A. ritiene, infatti, che le norme di trasparenza siano ispirate al canone della correttezza e che, pertanto, pur avendo di mira l'autoresponsabilizzazione del consumatore, ben possano convivere con la libertà economica dell'impresa. Le norme di protezione, invece, si traducono in veri e propri limiti alla privata autonoma

mente viziata dalla scelta di fondo di smembrare l'unitaria disciplina del credito al consumo in norme di protezione (del consumatore), poste a pena di invalidità dell'atto, e norme di trasparenza (dello scambio), la cui violazione ha sì un costo per il finanziatore (il risarcimento del danno) ma non inficia la validità dell'operazione. Si finisce così per ipotizzare l'esistenza di due distinte *rationes* legislative (la tutela del contraente debole, da un lato, la tutela del mercato, dall'altro) e di due diversi livelli rimediali, ridisegnando, nella sostanza, l'operato del legislatore comunitario: non più riforme ispirate ad una precisa *policy* di mercato ma interventi correttivi con finalità sociale, non necessariamente efficienti dal punto di vista dello stesso consumatore.

La soluzione cui approda questa tesi non appare, ai più, convincente<sup>80</sup>, sebbene essa abbia il merito di sottolineare un aspetto che merita di essere approfondito: se è vero che nella ricerca di una risposta rimediale soddisfacente per la violazione degli obblighi precontrattuali le ragioni dell'efficienza non possono essere sacrificate a quelle della dogmatica, è altresì vero che l'applicazione di un rimedio invalidatorio non sempre risponde all'interesse del consumatore che è pur sempre quello di acquistare un bene pagandone il prezzo a rate con un sovrappiù predeterminato.

Deve pertanto trovare accoglimento quella corrente dottrina che diversifica i rimedi a seconda delle circostanze di fatto che incidono sulla «salubrità» del rapporto negoziale.

Così, nel caso in cui il finanziatore (o l'intermediario del credito) non adempia l'obbligo precontrattuale di informazione attiva<sup>81</sup>, manipolando

---

mia la cui violazione sfocia nell'etero determinazione del contenuto del contratto.

<sup>80</sup> Cfr. Mazzamuto, *Il credito al consumo*, cit., 968. L'A. evidenzia come una simile ricostruzione, non solo tradisca una certa insofferenza agli interventi di conformazione del contratto imposti dal diritto europeo, ma si spinga fino a tradire il senso proprio dell'analisi economica del diritto: tale metodo d'indagine può risultare valido quando serva a selezionare tra i possibili significati della norma quello che assicura una maggiore efficienza, ma non può tradursi in una arbitraria distinzione tra norme.

<sup>81</sup> È da notare come, in base al disposto dell'art. 124, co. 2 e 3, tub, tali obblighi si considerano assolti attraverso la consegna, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, del modulo contenente le «Informazioni europee di base sul credito ai consumatori». Il finanziatore o l'intermediario forniscono qualsiasi informazione aggiuntiva in un documento distinto, che può essere allegato al modulo. Se il contratto di credito è stato concluso usando un mezzo di comunicazione a distanza che non consente di fornire le informazioni in parola, il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore il modulo immediatamente dopo la conclusione del contratto di credito. Tali statuizioni rive-

la consapevolezza del consumatore in merito alla convenienza dell'offerta, non necessariamente il consumatore avrà interesse ad azionare un'ipotesica invalidità contrattuale. Il pregiudizio subito, infatti, ben può essere compensato attraverso il rimedio del risarcimento per violazione del principio di buona fede *in contrahendo* o, secondo una diversa impostazione, dell'obbligo legale precontrattuale di consulenza<sup>82</sup>. Resterebbero così salvi entrambi i contratti (quello di credito e quello di vendita o fornitura) e il «costo» del danno verrebbe riallocato, ponendolo a carico del soggetto che, a seguito del giudizio di responsabilità, ne risultasse debitore<sup>83</sup>. In alternativa, accogliendo la tesi per cui in capo al finanziatore e all'eventuale intermediario del credito è configurabile un obbligo generalizzato di consulenza, al creditore ben potrebbe aprirsi la diversa strada della risoluzione per inadempimento.

Viceversa, quando vi sia discordanza tra le informazioni fornite prima della conclusione del contratto (ivi comprese quelle pubblicitarie) e una o più clausole contrattuali, queste saranno senz'altro vulnerabili sotto il profilo dell'efficacia in quanto vessatorie<sup>84</sup>. Tale carenza è riconducibile nell'alveo del difetto di trasparenza e non necessariamente comporta la caducazione della clausola: la dichiarazione di inefficacia presuppone pur sempre un accertamento in concreto dello squilibrio che ne deriva in danno del consumatore<sup>85</sup>. Il giudizio però, nell'ambito del credito al consumo, deve essere condotto tenendo bene a mente quella irrinunciabilità dei

stano un'importanza particolare soprattutto in punto di prova.

<sup>82</sup> Una delle principali novità della riforma è indubbiamente rappresentata dall'introduzione di un obbligo generalizzato di consulenza in capo al finanziatore ed all'intermediario del credito che sono tenuti a cercare, tra i diversi contratti di credito a loro disposizione, quello maggiormente «calzante» alle esigenze del consumatore. Tale obbligo, a seconda delle circostanze del caso, può tradursi anche nello sconsigliare al consumatore di concludere qualsivoglia contratto di finanziamento e, in quest'ottica, si pone in rapporto di strumentalità logica con il diverso dovere di verificare il merito creditizio.

<sup>83</sup> A tale ultimo riguardo è da rilevare che il legislatore del 2010 ha espressamente previsto l'obbligo per tutti i soggetti di cui all'art. 115 tub di aderire ai sistemi di risoluzione stragiudiziale di cui all'art. 128 *bis* tub. In mancanza di tale adesione la Banca d'Italia è autorizzata a irrogare una sanzione amministrativa fino ad un massimo di 258.225,00 euro.

<sup>84</sup> Cfr. E. Morelato, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. e Imp.*, 2005, n. 2, 592 s.

<sup>85</sup> Cfr. A. Di Majo, *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2000, 528; G. Lener, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro. It.*, 1996, 5, c. 154.

diritti dei consumatori che la normativa comunitaria sancisce espressamente<sup>86</sup>.

Si deve ragionare diversamente nel caso in cui il finanziatore ometta di verificare il merito creditizio e tale scorrettezza si traduca in un indebitamento eccessivo del consumatore<sup>87</sup>, poiché, in questa ipotesi, vi sarebbe un margine di operatività dei rimedi invalidanti<sup>88</sup>. Qualora il costo dell'operazione superi le capacità finanziarie del consumatore e il finanziatore non abbia indagato, in fase precontrattuale, per evitare una sì pur scontata degenerazione, il rimedio più efficiente sembra quello della nullità virtuale o di protezione.

A sostegno dell'assunto stanno diverse ragioni. In primo luogo, il consumatore, senza dover rinunciare alla *res*, si libera di un peso che mai avrebbe potuto sostenere e che per di più è inevitabilmente destinato ad accrescersi con l'applicazione delle penali contrattualmente previste. Tenendo in vita il contratto di credito, infatti, si finirebbe per tollerare un arricchimento *contra ius*, poiché i profitti ricavati dal finanziatore, quantomeno nei limiti della differenza tra tasso d'interesse e tasso debitore, sarebbero prodotti dalla violazione di un obbligo esplicitamente posto dal legislatore. Ciò è ancor più vero qualora il consumatore inadempiente, al fine di sottrarsi a eventuali procedure esecutive, scelga di aderire a forme di rifinanziamento su sollecitazione dello stesso finanziatore-creditore<sup>89</sup>.

In secondo luogo, perché solo in caso di nullità il consumatore può beneficiare del particolare regime restitutorio previsto dall'art. 125 *bis*, co. 9, tub, che, di fatto, trasforma il credito al consumo in un'operazione di finanziamento gratuita, consentendo la refusione rateizzata delle sole

<sup>86</sup> Cfr. *supra*, par. 3.

<sup>87</sup> L'obbligo di verifica del merito creditizio consiste, infatti, nella verifica dell'incidenza del credito sul reddito del cliente, della stabilità professionale, dello stato di salute. In sintesi: la capacità di restituzione del consumatore, fondata su dati storici e non anche la meritevolezza dell'impiego delle somme utilizzate. Tale verifica sarà poi più o meno approfondita a seconda dell'entità del credito concesso. Cfr. L. Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 829.

<sup>88</sup> Tali rimedi, in ogni caso, mai potrebbero colpire l'eventuale contratto di intermediazione, poiché l'art. 124 *bis* tub opera con riferimento al solo finanziatore e non anche all'intermediario del credito.

<sup>89</sup> Cfr. G. Carriero, *Autonomia privata e disciplina del mercato: il credito al consumo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. XXXI, Torino, 2002, 27 s. L'A. mostra come tali pratiche siano tra le principali cause del fenomeno del sovraindebitamento.

somme (capitali) utilizzate, senza la corresponsione di quegli interessi che, nei debiti di valore, sono «naturalmente» dovuti<sup>90</sup>.

In quest'ottica, la nullità di protezione si tinge di sfumature marcatamente sanzionatorie laddove non solo impedisce speculazioni illegittime, ma priva anche il finanziatore del profitto normalmente connesso alle operazioni di credito senza peraltro intaccare l'efficacia del contratto di vendita o fornitura immune da vizi patologici. È così che un rimedio civilistico operante a esclusivo vantaggio del contraente «debole», di fatto, diventa strumento di *private enforcement*, evitando altresì che il consumatore, una volta iscritto nelle liste nere dei cattivi pagatori, abbandoni il mercato del credito.

Al contrario, nell'ipotesi in cui a risultare viziato sia il contratto di vendita o fornitura e non si possa configurare quel collegamento negoziale «a maglie strette» descritto dall'art. 121, co. 1, lett. d), tub, bisogna ritenere che l'intera operazione economica venga comunque investita dal c.d. effetto domino<sup>91</sup>.

Questa conclusione prende le mosse dalle elaborazioni dottrinarie e giurisprudenziali in punto di collegamento negoziale che, pur non ritagliate su misura del contratto di credito, ne rispettano la natura e la *ratio*. Se è vero<sup>92</sup> che a regolare eventuali conflitti tra testo unico bancario e codice civile soccorre il criterio della specialità<sup>93</sup>, è altresì vero che, ricor-

<sup>90</sup> Come testimonia anche la stessa normativa in esame che, in ipotesi di del recesso (di pentimento) del consumatore impone il pagamento degli interessi maturati fino al momento della restituzione, oltre alle somme non ripetibili eventualmente corrisposte dal finanziatore alla pubblica amministrazione.

<sup>91</sup> A nulla valga opporre la preclusione sottesa alla tecnica di armonizzazione massima imposta dal legislatore comunitario con la dir. 2008/48/CE. A norma del nono «considerando» della direttiva in esame, infatti, «gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni nazionali sulla responsabilità solidale del venditore o prestatore di servizi e del creditore».

<sup>92</sup> Il fatto che il consumatore, *species* del *genus* persona fisica, sia conteso da più fonti giuridiche implica necessariamente una sovrapposizione di discipline. Circostanza che si tinge di aberranti sfumature laddove un criterio per la risoluzione dei conflitti non esista. È questo il nostro caso. Da ciò deriva, ancora una volta, la «chiamata alle armi» degli interpreti, costretti in prima linea dal silenzio, più che eloquente, del legislatore.

<sup>93</sup> Il primato, quanto a specialità, va senz'altro riconosciuto alla disciplina consumeristica in quanto maggiormente qualificata, sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto il profilo causale. In altri termini: il contratto del consumatore, in generale e quindi anche nel caso di credito al consumo, nasce e prende corpo quando a una «persona fisica agente per scopi estranei alla propria attività professionale» si contrappone un professionista. In questo

rendone i presupposti, le soluzioni già adottate con riferimento ad istituti «di diritto comune» si prestano all'esportazione anche in ambito consumeristico.

Così come per il contratto di mutuo, anche in materia di credito ai consumatori vale la regola per cui «il collegamento tra più contratti tra loro interdipendenti per il raggiungimento di un fine ulteriore che supera i singoli effetti tipici di ciascun atto collegato, da luogo ad un unico regolamento di interessi, che assume una propria, diversa rilevanza causale in relazione alla sintesi degli interessi (cd. causa concreta) che lo stesso è concretamente diretto a realizzare»<sup>94</sup>.

Di conseguenza, salvo che il contratto di credito sia finalizzato a soddisfare generiche esigenze di liquidità, il collegamento negoziale nasce e si giustifica in virtù del fatto che il consumatore è obbligato all'utilizzazione della somma per la prevista acquisizione. Questo è vero tanto nell'ipotesi in cui la vicenda negoziale si presenti compatta in termini di tempo e modalità attuative,<sup>95</sup> quanto nell'ipotesi in cui l'unitarietà dell'operazione economica non sia di immediata evidenza da un punto di vista giuridico e formale. Pur in presenza di due distinti contratti, e nonostante la sussistenza o meno delle circostanze descritte nell'art. 121 tub, il finanziamento non può non risentire della sua precisa finalità, sì da meritare la tradizionale definizione di «mutuo di destinazione»<sup>96</sup>.

---

caso lo scopo concreto perseguito dal contraente debole assume rilievo giuridico, positivizzando la nozione di causa come funzione economico-individuale del contratto. È netto il distacco con la disciplina codicistica, meno discriminante ed ancorata al più tradizionale concetto di causa contrattuale come funzione economico-sociale dello stesso.

<sup>94</sup> Così Cass. 16-2-2010, n. 3589.

<sup>95</sup> Ci si riferisce al caso in cui il venditore o fornitore si identifica con il produttore del bene o servizio. In tal caso l'operazione di credito al consumo viene generalmente indicata sotto il nome di *leasing* o *leasing* traslativo al consumo, definito dalla giurisprudenza di legittimità come «contratto atipico avente ad oggetto il trasferimento delle disponibilità di un bene per un periodo di tempo determinato, dietro il corrispettivo di un canone periodico fissato in relazione al recupero del prezzo del bene ed al conseguimento di un utile adeguato, e tendente ad esaurire le proprie finalità produttive e finanziarie nell'ambito di quel periodo di tempo, la cui scadenza è caratterizzata dal quasi venir meno della utilità della cosa utilizzata». Così Cass., 28-10-1983, n. 6390, in *Foro it.*, 1983, I, c. 2997.

<sup>96</sup> Il fatto che il vincolo di destinazione costituisca un elemento essenziale dell'operazione di credito trova conferma nella risolvibilità del contratto di finanziamento per colpa del consumatore nel caso in cui quest'ultimo non rispetti la clausola di scopo. Tale rischio, nella disciplina vigente, è scongiurato grazie alla corresponsione della somma direttamente dal finanziatore al venditore o fornitore del bene, a titolo di pagamento del prezzo. Il

Com'è stato giustamente osservato, nulla può dissimulare in maniera convincente il fatto che i contratti (di finanziamento e di vendita o fornitura) sono conclusi e operano in funzione l'uno dell'altro, «senza dire che la ricostruzione «separatistica» evidenzia tutti i suoi limiti nel momento in cui gli effetti giuridici dell'autonomia concettuale fra i negozi si risolvono in un pregiudizio iniquo per il consumatore-utilizzatore del bene (o del servizio)»<sup>97</sup>.

Nei casi in cui, di fatto, del credito concesso beneficia primariamente il venditore del bene, l'eventuale venir meno della compravendita, non solo travolge l'efficacia del credito, ma legittima il finanziatore a richiedere la restituzione della somma concessa non già al consumatore, ma direttamente ed esclusivamente al venditore. Una volta liberatosi da entrambi i vincoli contrattuali, il consumatore inappagato tornerà a rafforzare le fila della domanda, sia per quanto attiene al mercato del credito sia in relazione all'offerta del bene o servizio.

A voler aderire alla prospettiva su esposta, la particolare disciplina di cui al novellato art. 125 *quinquies* tub si rivela una forma di tutela ulteriore rispetto a quelle previste, più in generale, dal nostro ordinamento in materia di collegamento negoziale, che non vale ad escludere ma ad arricchire l'apparato rimediabile posto a tutela del contraente debole.

Chiosando, dalla prospettiva su esposta, sembra trovare conferma quella ricostruzione che vede il contratto di vendita o fornitura come presupposto negoziale (o *Geschäftsgrundlage*) del contratto di credito<sup>98</sup>.

---

meccanismo è quello proprio della delegazione di pagamento per cui il consumatore (delegante) impartisce al finanziatore (delegato) l'ordine di pagare al fornitore (delegatario). Cfr. Macario, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita*, cit., c. 3101. In senso conforme *ex plurimis*, A. Zimatore, *Mutuo di scopo*, in *Dizionari del diritto privato*, N. Irti (a cura di), I, *Diritto civile*, Milano, 1980, 600 s.; A. Giusto, *Il mutuo di scopo*, in *I contratti in generale*, diretto da G. Alpa - M. Bessone, in *Giur. sist. civ. e comm.*, Torino, 1991, II, 1, 513 s. S. Mazzamuto, *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.

<sup>97</sup> Così Macario, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: l'opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita*, cit., c. 3100.

<sup>98</sup> Una simile teoria è stata prospettata dalla dottrina e giurisprudenza tedesche per giustificare, in caso di mancata conclusione di uno dei due contratti, l'automatico scioglimento da entrambi i vincoli negoziali. In quest'ottica, infatti, tale automatismo non rappresenta altro che l'effetto di una condizione risolutiva implicita. Cfr. P. Ulmer e M. Ha-  
254

Mentre la nullità del finanziamento non travolge automaticamente l'efficacia della vendita (o fornitura), il venir meno di quest'ultimo negozio determina il crollo dell'intera operazione economica. Decisivo in tal senso si rivela il profilo causale: il contratto di credito al consumo, a condizione che non risulti improntato al più alto grado di generalità, è fisiologicamente incapace di giustificarsi *ex se*.

6.- Tirando le fila del discorso, pare evidente che, nel variegato panorama legislativo in tema di credito al consumo, accanto ad aspetti di innegabile pregio convivano disposizioni mal pensate e mal formulate, oltreché enormi vuoti normativi.

É senz'altro da apprezzare la rinnovata attenzione per i bisogni del consumatore rintracciabile soprattutto nella disciplina comunitaria. Il riferimento è a quella «irrinunciabilità dei diritti» di cui si fa cenno nella direttiva 2008/48/CE ma che non compare nel decreto legislativo di recepimento.

Tra le «luci» della riforma va annoverato anche l'abbandono del precedente approccio formalistico in punto di collegamento negoziale, che rintracciava nell'accordo di esclusiva tra finanziatore e venditore il presupposto per l'applicazione del relativo regime.

Quanto alla predisposizione di specifici obblighi precontrattuali, soprattutto di informazione passiva, lo sforzo legislativo rischia di rivelarsi privo di rilevanza pratica posto che alla violazione del *duty to disclose* non segue alcun espresso rimedio se non le sanzioni comminabili dalla Banca d'Italia o dalla Consob.

Spetta ancora una volta alla dottrina dare voce al silenzio del legislatore, ricercando soluzioni efficienti, di rapida definizione e compatibili con il sistema.

Alla luce del diffuso disfavore per il rimedio risarcitorio, la partita si gioca sul terreno delle invalidità negoziali e in particolare della nullità. Ciò è vero con particolare riferimento al credito al consumo, fattispecie nella quale in caso di nullità del contratto si applica un regime restitutorio *ad hoc* che, di fatto, trasforma il finanziamento in una forma di facilitazione all'acquisto gratuita salvaguardando, peraltro, la «buona riuscita» dell'operazione economica.

---

bersack, *Verbraucherschutzgesetz*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 1992, 172 s.

Attestata l'opportunità del rimedio, capace di assurgere a strumento di *private enforcement*, resta solo da accertarne l'applicabilità anche in ipotesi tradizionalmente riservate ad altri tipi di tutela. Le vie percorribili sembrano essere due: la nullità virtuale per violazione di norme imperative, da un lato, la nullità di protezione per violazione dell'ordine pubblico economico, dall'altro lato.

La prima è prospettabile solo a patto di rinnegare la tradizionale dicotomia tra regole di comportamento e regole di validità ovvero di sublimarla, ritenendo i doveri di informazione di matrice comunitaria tanto dettagliati da non mettere in pericolo la certezza del diritto.

La seconda postula l'abbandono della logica legge speciale/legge generale, in una prospettiva sistematica a più ampio respiro, in grado di riportare ordine e soprattutto coerenza in una realtà in cui le fonti del diritto si moltiplicano e sovrappongono senza soluzione di continuità.

Certo è che agli operatori professionalmente qualificati operanti nel mercato finanziario spetta un compito articolato che va oltre il mero (legittimo) esercizio della libertà economica. La previsione di obblighi di informazione attiva e soprattutto passiva lo confermano. Il legislatore ambisce alla prevenzione del fenomeno del sovraindebitamento e alla promozione di assetti fiduciari solidi nell'ottica del rilancio del mercato.

È proprio tale fine che giustifica un ripensamento della tradizionale categoria giuridica dell'invalidità, finanche in spregio del principio *pacta sunt servanda*. È lo stesso fine che, d'altra parte, sorregge la struttura logica del recesso di pentimento.

Diverso è il caso in cui sia il contratto di vendita o fornitura a risultare viziato. In quest'ipotesi la patologia infetta l'intera operazione economica anche al di là dei limiti posti dal testo unico bancario, poiché con il venir meno del presupposto negoziale del finanziamento il contratto di credito rivela la sua intrinseca insufficienza causale.

Le conclusioni esposte a chiusura di questo breve scritto potrebbero forse apparire forzate perché dissonanti rispetto alla tradizione e non confortate da adeguati sostegni normativi. Peraltro, com'è stato già osservato<sup>99</sup>, posto che il rapporto tra *ius* e *civitas* si esprime in termini di subordinazione funzionale aprioristica del primo alla seconda, per disporre normativamente in ordine alle mutevoli problematiche sociali ogni sistema

<sup>99</sup> Cfr. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., 11 s.

giuridico deve porre in essere vere e proprie strategie cognitive e autoriprodursi. Se ciò non avviene a livello normativo, ben può verificarsi attraverso l'ulteriore dispositivo sistemico di autoriflessione ordinamentale: l'interpretazione. L'ostruzione di uno dei due canali attraverso cui l'ordinamento sfoga la propria intrinseca rigidità non pregiudica di perciò solo la percorribilità dell'altro. Novellazione e interpretazione sono, in questo senso, due strumenti autonomi.

Così, se è vero che «l'efficacia del diritto è sempre nella determinatezza e specificità della tutela»<sup>100</sup>, in assenza di *ius positum* rimediale, l'armamentario a disposizione degli interpreti non può non includere anche le invalidità negoziali. Resta inteso che, per non degenerare in mero arbitrio, il «nuovo» enunciato si deve porre in termini di continuità con l'identità razionale del sistema giuridico dato rispondendo, altresì, a criteri di efficienza.

---

<sup>100</sup> Così N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, 79.