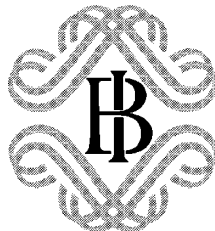


BANCA D'ITALIA

Quaderni di ricerca giuridica
della Consulenza legale

Il credito al consumo

di Giuseppe Carrero



Numero 48 - Ottobre 1998

All'analisi economica e tecnica, sulla quale si basa l'azione che la Banca d'Italia svolge come banca centrale e organo di vigilanza, si accompagna, con crescente impegno, quella giuridica dei fenomeni creditizi e monetari e, più in generale, dei profili istituzionali dell'attività economica.

All'interno dell'Istituto è attribuito alla Consulenza Legale, accanto alle funzioni contenziosa e consultiva, il compito di svolgere indagini e ricerche in materia giuridico-bancaria.

I "Quaderni di ricerca giuridica" intendono essere, nell'ambito della Banca d'Italia e del sistema bancario, strumento di diffusione di lavori prodotti prevalentemente da appartenenti alla Consulenza Legale e originati da ricerche di specifico interesse per l'Istituto.

I "Quaderni" riflettono esclusivamente le opinioni dei singoli autori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

Comitato di coordinamento:

VINCENZO CATAPANO, SERGIO LUCIANI, PAOLO ZAMBONI GARAVELLI, LUCIO CERENZA.

Il credito al consumo

di Giuseppe Carriero

Numero 48 - Ottobre 1998

Studio destinato al *Trattato di diritto privato* a cura di M. BESSONE

INDICE

CAPITOLO I

Il credito al consumo nell'Unione Europea: definizione e principali modelli giuridici	9
---	---

CAPITOLO II

Ambito di operatività della disciplina sul credito al consumo	25
---	----

CAPITOLO III

Le tecniche di tutela del consumatore	41
---	----

CAPITOLO I

IL CREDITO AL CONSUMO NELL'UNIONE EUROPEA: DEFINIZIONE E PRINCIPALI MODELLI GIURIDICI

SOMMARIO: **1.** Derivazione e finalità della disciplina italiana sul credito al consumo. - **2.** (segue) Dal rapporto di coppia alla impostazione trilaterale: il problema dell'allocazione del rischio. - **3.** Profili comparatistici (cenni). - **4.** La legislazione francese sul credito al consumo. - **5.** La disciplina del Regno Unito. - **6.** L'esperienza tedesca.

1. Derivazione e finalità della disciplina italiana sul credito al consumo

La disciplina del credito al consumo si realizza, in Italia, con gli artt. 18 - 24 della legge del 19 febbraio 1992, n. 142 contenente “disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee”, meglio nota come legge comunitaria per il 1991. La fonte è dunque costituita da disposizioni sovranazionali, contenute nella direttiva n. 87/102 del 22 dicembre 1986 come modificata dalla direttiva n. 90/88, cui la legge italiana fornisce attuazione.

Ciò rileva tanto sotto il versante ermeneutico, essendo affatto evidente l’impatto dei principi ispiratori delle direttive nell’interpretazione delle norme di diritto interno, quanto sotto quello culturale, costituendo la legislazione dell’Unione europea una delle principali concause nella recente evoluzione delle forme di tutela approntate dall’ordinamento interno a favore della parte più debole del rapporto contrattuale.

Gli obiettivi intermedi della rimozione delle divergenze tra le legislazioni dei paesi dell’Unione in tema di tutela del consumatore e di armonizzazione minimale sono invero strumentali alla realizzazione ed al funzionamento del mercato unico, e cioè alla stessa assenza della Comunità, ed al sotteso ambizioso programma di favorire, per questa via, un accrescimento “in egual misura” dei benefici per i “consumatori, i creditori, i produttori, i commercianti all’ingrosso ed al dettaglio di beni e per i fornitori di servizi” (1). Motore di questo “diritto dello spazio economico europeo” (2) è la libera competizione economica, idonea a favorire - nelle contrattazioni di massa - libertà di scelta al consumatore avvertito e crescita del sistema economico. Perché la libertà del consumatore possa assumere connotazioni di effettività, occorre tuttavia attuare concrete politiche di protezione informativa e di riequilibrio del rapporto valide nell’intero territorio dell’Unione, *ergo* procedere all’armonizzazione delle legislazioni anche sotto il versante del diritto dei contratti, nella consapevolezza che in ciò si gioca la credibilità della costruzione europea vista dai cittadini - consumatori. Se così è, i principi ispiratori risultano dunque, da un lato, la concorrenza e, dall’altro, la uniforme e comparabile tutela del consumatore. Ciò è di tutto rilievo anche nell’interpretazione del diritto interno, poichè “dichiarare comunitario un principio, pur proveniente da un diritto di uno Stato, comporta, per la primazia dell’ordinamento comunitario, un rango diverso nella gerarchia delle fonti” (3).

(1) Così il quinto “considerando” della direttiva n. 87/102 CEE del 22 dicembre 1986.

(2) L’espressione, che riprendo da PREDIERI A., *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, in *Il dir. dell’Unione Europea*, 1996, p. 31, è evidentemente usata nel testo in senso atecnico.

(3) PREDIERI A., op. cit., p. 35. Sui rapporti tra diritto della concorrenza e tutela del consumatore v., da ultimo, ALPA G., *Concorrenza tra imprese e tecniche negoziali*, in AA.VV., *Per un diritto della concorrenza*, Banca d’Italia, *Quaderni di ricerca giuridica*, Roma, 1996, p. 261 ss., ove pure ampi riferimenti al noto “libro verde” della Commissione CEE sui servizi finanziari. Esprimo il convincimento che, in materia di servizi bancari e finanziari, il salto di qualità in punto di tutela del cliente sia dovuto alla introduzione di una maggiore concorrenza tra gli operatori nel mio *Banca d’Italia e controllo delle clausole abusive*, ne ALPA G. (cur.), *Investimento finanziario e contratti dei consumatori. Il controllo delle clausole abusive*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 63 ss.. Indagini del Centro studi della Confcommercio, riportate dalla stampa quotidiana, segnalerebbero che, nel settore bancario, “la transizione da oligopolio protetto, all’insegna del dirigismo del potere centrale, a un regime di mercato all’insegna della competitività ed efficienza, si sta rivelando molto più arduo del previsto” in tema di qualità e costo dei servizi alla clientela, laddove oggi “la capacità di soddisfare le esigenze del consumatore.....diviene condizione di sopravvivenza prima ancora che fattore di competitività”. Così FABRIS G., *Servizi bancari scadenti gestiti da manager miopi*, ne *Il Sole 24 ore* del 3 giugno 1997, p. 33. Non è al riguardo inutile sottolineare come “le linee lungo le quali si è modificato l’ordinamento in materia creditizia e finanziaria riflett(a)no l’attenzione del legislatore e delle Autorità di vigilanza ai valori del mercato e della competizione” nella consapevolezza che “la fiducia dei clienti costituisce il bene immateriale più prezioso per l’impresa bancaria; essa è il presupposto per rafforzare e rendere più durature le relazioni di clientela, per consentirne l’ampliamento, al di là della mera erogazione di finanziamenti, fino a coprire l’intero spettro delle esigenze finanziarie di un’impresa”. In questi termini DESARIO V., *Solidarietà ed etica nella finanza: rapporto tra sistema finanziario e Terzo settore*, in Banca d’Italia, *Documenti*, Roma, n. 558/1997.

Qui, tuttavia, si manifestano problemi di notevole momento, essendo evidente quello che autorevolissima dottrina definisce come il “divario tra spazio economico e spazio giuridico” (4). Se, invero, il mercato è, specie con l’avvento della telematica, illimitato e sovranazionale, il diritto è, per contro, limitato e territoriale. Nè l’asimmetria può trovare composizione per il tramite della ricordata genesi comunitaria della(e) legislazione(i) sul credito al consumo.

A ciò osta invero, da un lato, la fisiologica incompiutezza della disciplina comunitaria, che costituisce momento intermedio in vista dell’obiettivo del recepimento nazionale in cui le principali opzioni vengono sciolte, dall’altro la stessa divaricazione tra le legislazioni degli Stati.

Tale *caveat* non esclude che possa, anzi debba per quanto possibile farsi riferimento alle direttive comunitarie onde ivi rinvenire i principi basilari della tutela del contraente debole nei rapporti di credito al consumo in sede di esegesi della legge di recepimento. Questa metodologia di analisi caratterizza le pagine che seguono.

2. (segue) Dal rapporto di coppia alla impostazione trilaterale: il problema dell’allocazione del rischio

In via generalissima, può affermarsi essere il credito al consumo, sotto il versante economico, un importante canale di finanziamento attraverso cui la domanda di beni, segnatamente di beni cosiddetti “durevoli” (mezzi di trasporto, apparecchi radio televisivi ed elettrodomestici in genere, strumenti musicali etc.), può essere soddisfatta oltre il limite del reddito del richiedente mediante un differimento temporale dei pagamenti. La definizione sottende il carattere storicamente contemporaneo del fenomeno, proprio di società finanziariamente mature, visto che “nella *cash and carry society*, mancando quasi completamente la produzione industriale di massa di beni di consumo durevoli, e quindi essendo in gran parte inesistente la proprietà individuale di essi, il finanziamento dei beni era limitato ad alcuni settori ristretti e ben precisi, il che lo rendeva insignificante sia dal punto di vista economico che da quello sociale” (5).

Con l’avvento, a partire dagli inizi di questo secolo, di una produzione su larga scala dei beni di consumo, con conseguente loro commercializzazione e distribuzione di massa, le problematiche della espansione della domanda dei beni in parola e della stessa esistenza della struttura industriale di produzione vengono invece a coincidere, atteso che questa, per potersi giustificare ed espandere, postula il crescente assorbimento da parte del mercato dei beni di consumo prodotti (6).

Strumento giuridico originariamente volto a regolare rapporti della specie era, non poteva che essere, la vendita a rate, la nota vendita con riserva di proprietà, che tra le parti

(4) IRTIN., *Il diritto della transizione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 20 (ora anche in ID., *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 105), il quale soggiunge che “oggi, irrealizzabili imperialismo e autarchia, il diritto si costruisce entro le **tensioni di una polarità**: la limitata territorialità delle norme; l’illimitata universalità delle relazioni economiche. Né un sicuro temperamento proviene dai trattati europei, che, edificando **un’unità di mercato priva o debole di fondazioni politiche**, rischiano invece di esasperare la tensione tra ambito giuridico ed ambito economico”.

(5) Così PIEPOLI G., *Il credito al consumo*, Napoli, Jovene, 1976, p. 12.

(6) Stimolante si rivela in proposito una rilettura del classico *La società opulenta*, di GALBRAITH J.K., Torino, 1972 o, per lo meno, del capitolo “Esattore di cambiali” ivi contenuto (p. 20 ss.), in cui vengono posti in evidenza gli effetti (ed i pericoli) di una crescita indiscriminata dei consumi, pur nella consapevolezza che “tali atteggiamenti traggono alimento da una insostenibile teoria della domanda, e trovano sostegno in un sistema di interessi acquisiti che unisce insieme liberali e conservatori nel culto della produzione”.

“realizzava... le finalità inerenti a questo meccanismo di finanziamento, operando la necessaria separazione del godimento immediato e della utilizzazione del bene dalla titolarità su di esso, a garanzia del credito fornito per il suo acquisto” (7). Svolgendosi il negozio tra due parti, l’allocazione del rischio ed i profili di imputazione della responsabilità seguivano i consueti canoni formalizzati dalle relative norme civilistiche a disciplina di operazioni economicamente e giuridicamente corrispondenti.

Differenze, ove esistenti, riguardavano semmai la divaricazione delle tutele offerte dagli ordinamenti considerati in punto di protezione della controparte del fornitore. Esse tuttavia riflettevano non già differenze strutturali di questo contratto rispetto ad altri tipi negoziali, sibbene diversi approcci culturali e, conseguentemente, diverse tecniche giuridiche in punto di disciplina del rapporto.

Lo scenario è destinato a mutare allorché, a seguito della crescita dei consumi per effetto di una più elevata propensione all’indebitamento, il fenomeno inizia ad assumere dimensioni sempre più vaste, tali “da segnare un autentico salto di qualità nella vita commerciale, divenendo le prassi creditizie - da meri rapporti personali a struttura bilaterale - veri e propri strumenti di assorbimento della domanda attraverso la esautorazione dei tradizionali mezzi di pagamento” (8). E muta, conseguentemente, anche la struttura del rapporto, in quanto il credito, lungi dal continuare ad essere concesso direttamente dal venditore, ormai incapace di fornire autonomamente i crescenti volumi di finanziamento richiesti dalle circostanze, viene ora fornito da un terzo specializzato (banche, istituti finanziari), il cui intervento, teso a realizzare un maggior volume di operazioni di prestito ad elevato rendimento “risponde pertanto ad una duplice importante funzione: da un lato procurare al consumatore il finanziamento a lui indispensabile per l’acquisto dei beni o dei servizi; dall’altro, fornire al circuito della distribuzione i capitali ad esso necessari, garantendo al tempo stesso agli esercizi un incremento delle vendite e del volume di affari” (9). Ciò contribuisce, peraltro, a razionalizzare il fenomeno ed a far ulteriormente crescere verso l’alto la curva della domanda dei beni, stante tanto la disponibilità da parte dei finanziatori istituzionali di una capillare rete distributiva che consente di raggiungere un alto numero di

(7) Ancora PIEPOLI, G., *Il credito al consumo*, cit., p. 15. Sulla disciplina speciale delle vendite a rate v. CARBONETTI, F., *La réglementation italienne des ventes a crédit*, in *Rev. int. de droit comparée*, 1973, II, p. 661 ss.; RASI, P., *Alcune osservazioni sul nuovo ordinamento delle vendite a credito*, in *Dir. econ.*, 1964, p. 528 ss.; COTTINO, G., *La vendita rateale e il suo finanziamento da parte di terzi*, in *Impresa, amb. e pubbl. amm.*, 1974, I, p. 336 ss.; in precedenza ASCARELLI T., *Aspetti giuridici della vendita a rate*, in *Riv. dott. comm.*, 1955, p. 774 lucidamente sottolineava la possibile emersione di un problema oggi, in realtà, esistente: quello delle delimitazioni della disciplina con riferimento alla destinazione d’uso del bene, avvertendo che “mentre è facile l’identificazione della vendita a rate nei riguardi dell’esistenza di un pagamento a rate (e con immediato trasferimento del possesso della cosa venduta), è invece impossibile identificare il presupposto di una qualunque disciplina legislativa nella destinazione dei beni venduti al consumo dello stesso acquirente; questa destinazione soggettiva sfugge invero alla disciplina giuridica. Si pensi alla macchina da cucire comprata dalla giovane che in casa lavora da sarta per terzi, ma anche all’autoveicolo comprato da chi con lo stesso attende alla direzione della propria impresa o anche all’esercizio di un’attività professionale”.

(8) Così SINESIO D., *Il credito al consumo*, in *Moneta e credito*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 330. Della letteratura economica sul credito al consumo ci si limita a richiamare FABRIZI P.L., *Le caratteristiche strutturali del credito al consumo*, in *Risparmio*, 1974, p. 1577 ss.; id., *Il credito al consumo*, Milano, 1975; CESARINI, F., *Finanziamento del consumo, dell’investimento e dell’innovazione*, in *Riv. bancaria*, 1984, p. 23; MENGHINI, F., *Il credito al consumo: alcune riflessioni*, in *Risparmio*, 1988, p. 977 ss.; MARCHIORI F., *Sviluppo e nuove forme di finanziamento bancario. Credito al consumo e credito personale*, in *Bollettino delle Ass. tecn. delle banche pop. italiane*, 1969, p. 6 ss.; DELL’AMORE D., *Il credito al consumo*, Milano, 1964; CARRETTA, A., *Il ruolo del credito al consumo in banca: servizio bancario o società specializzata*, in *Risparmio*, 1990, p. 171 ss.; FILOTTO, U. - GIANNASCA, C., *Credito al consumo: qualità del credito e gestione del rischio*, in *Banche e banchieri*, 1996, p. 241 ss..

(9) PIEPOLI, G., *Il credito al consumo*, cit., p. 27.

clienti finali, quanto l'esistenza (per gli operatori bancari) di un costo della raccolta particolarmente basso, che consente di offrire alle famiglie finanziamenti a tassi inferiori rispetto a quelli praticabili in una normale vendita a rate finanziata direttamente dal commerciante. Ove a tutto ciò si sommino i vantaggi rivenienti dalla concorrenza tra i finanziatori, non potrà che derivarne una ulteriore riduzione per il consumatore del costo complessivo dell'operazione, con conseguente ulteriore possibilità di crescita della domanda.

La scomposizione dei rapporti giuridici a fronte della persistente unitarietà dell'operazione economica è la logica conseguenza derivante, sul piano formale, dalla intromissione di un terzo soggetto. È stato infatti opportunamente osservato che "qualunque sia il legame tra il finanziatore e il fornitore dei beni di consumo, nella prassi contrattuale accade normalmente che: il primo si riserva la facoltà di decidere se accordare o no il prestito soltanto all'esito di un'indagine sulle condizioni economiche del richiedente; la somma eventualmente erogata viene corrisposta direttamente al fornitore; il finanziatore si caute-la contro il rischio dell'insolvenza mediante una garanzia reale (di norma l'ipoteca sulle autovetture ed altri beni mobili iscritti in pubblici registri); il rimborso è previsto a rate mensili costanti comprendenti la quota di capitale e gli interessi ad un tasso annuo normalmente soggetto a variazione in corso di rapporto" (10).

Conseguenza: la inopponibilità al finanziatore delle eccezioni inerenti al contratto di compravendita e l'aggiramento della normativa sulla vendita con riserva di proprietà, det-

(10) Così MACARIO F., *Note introduttive al Commentario alle Norme di attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1994, p. 748. Sul credito al consumo si richiamano, nella letteratura italiana ante legge attuativa delle direttive comunitarie, LA ROCCA G., *Credito al consumo e sistema dei finanziamenti*, in *Pol. dir.*, 1980, p. 429 ss.; MAIMERI F., *Prime riflessioni sulla proposta di direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca impr. società*, 1985, p. 437 ss.; ALPA G., *Credito al consumo e tutela del debitore nell'esperienza francese (appunti sulla legge 10 gennaio 1978, n. 78 - 22)*, in *Foro it.*, 1978, V, c. 172 ss.; MORERA U., *Protezione del consumatore e vendita rateale: un progetto CEE volto alla disciplina del credito al consumo*, in *Tremisse*, 1977, p. 43 ss.; CARVALE F., voce *Credito al consumo*, in *Enc. della banca e della borsa*, V, Milano, 1971, p. 696 ss.; AA.VV., *La disciplina comunitaria del credito al consumo* (CAPRIGLIONE F. cur.), in Banca d'Italia, Quaderni di ricerca, Roma, 1987; CARRIERO G., *Direttiva comunitaria sul credito al consumo e inadempimento dell'obbligazione contrattuale*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 289 ss.; UBERTAZZI L.C., *Credito bancario al consumo e direttiva CEE: prime riflessioni*, in *Giur. comm.*, 1987, I, p. 321 ss.; FERRANDO G., *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 591 ss.; TIDU A., *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, p. 727 ss.; AA.VV., *Codice commentato della banca*, (CAPRIGLIONE F. - MEZZACAPO V. cur.), Milano, 1990; CAPPONI B., *Verso una nuova prospettiva di disciplina del credito al consumo*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 15 ss.. Dopo la legge v., in ordine agli ormai risolti problemi di coordinamento della primigenia legge di attuazione con la coeva disciplina in materia di trasparenza bancaria DI GIULIO M., *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e credito al consumo. Un curioso incidente di percorso*, in *Impresa*, 1992, p. 1596 ss.; DOLMETTA A.A., *Due quesiti sull'individuazione della disciplina regolatrice delle operazioni di credito al consumo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1993, I, p. 156 ss.. Sulla disciplina interna v. invece DE NOVA G., *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie sul credito al consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 905 ss.; CARRIERO G., *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Foro it.*, 1992, V, c. 354 ss.; AA.VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia* (CAPRIGLIONE F. cur.), Padova, Cedam, 1994, nel commento agli artt. 121 - 128 del d. lgs. n. 385/1993; AA.VV., *Commentario breve al cod. civ. - Leggi complementari* (ALPA G. - ZATTI P. cur.), Padova, Cedam, 1995, nel commento alle richiamate norme; AA.VV., *La nuova legge bancaria* (FERRO LUZZI P. - CASTALDI G. cur.), Milano, Giuffrè, 1996, nel ridetto commento; ALPA G., *L'attuazione della direttiva sul credito al consumo*, in *Contratto e impresa*, 1994, p. 6 ss.; RODDI G., *Credito al consumo: collegamento negoziale tra vendita e sovvenzione*, in *Soc. e dir.*, 1994, p. 708 ss.; VEZZANI F., *La disciplina comunitaria sul credito al consumo e la legge italiana. Analogie e divergenze*, in *Risparmio*, 1994, I, p. 405 ss.; GAGGERO, P., *Diritto comunitario e disposizioni interne in materia di credito al consumo*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 622 ss. e, soprattutto, la monografia di GORGONI M., *Il credito al consumo*, Milano, Giuffrè, 1994.

tata, come si è visto, per contratti destinati a realizzare, sul piano della causa, la stessa funzione economico - sociale che qui viene in considerazione. Ben prima della disciplina comunitaria altri ordinamenti hanno reagito al nuovo assetto fenomenico tramite l'adeguamento delle tecniche giuridiche di difesa del sovvenuto - acquirente nel rapporto trilatero. Molteplici fattori, storici, culturali, di diritto della concorrenza concorrono, sul piano eziologico, a spiegare il ritardo se non addirittura l'indifferenza del legislatore domestico riguardo alla rinnovata allocazione del rischio, a fronte della cui inerzia le soluzioni del codice civile in tema di vendita con patto di riservato dominio appaiono un modello di avanzata tutela del contraente debole, avuti presenti i tempi. Eccessiva, nell'economia di questa trattazione, ne risulterebbe l'analisi circostanziata.

Non può peraltro omettersi di considerare come, a fronte di altri più avanzati mercati, quello interno del credito al consumo, che pure ha presentato tassi di crescita molto elevati sino al 1990, risulti ancora poco sviluppato. Ed invero, "il totale dello *stock* del credito, in rapporto al totale dei finanziamenti interni al settore non statale, non ha mai superato il 4,3 per cento" (11), evidenziando una analisi comparata della situazione nei paesi del G7 che il limitato sviluppo del mercato del credito al consumo costituisce una peculiarità dell'Italia, in quanto negli altri principali paesi industrializzati tale mercato assume dimensioni decisamente maggiori (12). In particolare, "il rapporto percentuale fra il credito al consumo e i consumi privati delle famiglie è, per l'Italia, pari al 4%, mentre varia per gli altri paesi dall'8% della Francia al 23% degli Stati Uniti, sebbene l'incidenza del consumo di beni durevoli rispetto al totale dei consumi privati sia per l'Italia una delle più elevate" (13). La letteratura economica riconduce tale discrasia alle imperfezioni del mercato in parola, testimoniate anche dagli ampi scarti esistenti tra i tassi applicati dalle società di credito al consumo, al lordo delle commissioni, ed i tassi medi degli impieghi bancari, che scoraggiano le famiglie dal ricorrere a questa forma di indebitamento, incentivando di converso il risparmio per poter finanziare l'acquisto di beni durevoli.

Se così è, se una delle possibili concause del ridotto sviluppo di questo mercato risiede nei ritardi del sistema finanziario domestico a cogliere le opportunità economiche ad esso sottese, trova plausibile spiegazione anche l'indifferenza del legislatore a ridisegnarne i contorni in punto di rapporti giuridici. Sul piano più generale risulta confermata l'impressione che motore immobile del recente mutamento di tendenza da parte del legislatore interno, ma anche delle autorità di settore e degli stessi operatori in sede di autodisciplina, sia il passaggio dal regime pubblicistico dell'attività bancaria al mercato.

Nel primo invero non esiste un problema di trasparenza o di intellegibilità del regolamento contrattuale e di riequilibrio del rapporto perchè, in concreto, non esiste un proble-

(11) Così RISSOLO L. - TRESOLDI C., *Consumo, risparmio e mercato del credito al consumo in Italia*, in *Bancaria*, 1995, p. 17.

(12) L'indagine cui si fa riferimento nel testo è quella compiuta da ANDO A. - GUISSO L. - VISCO I. (cur.), *Saving and the accumulation of wealth*, Cambridge University Press, 1994. I dati sono confermati dalla Relazione della Banca d'Italia relativa all'anno 1996 e dalle stesse Considerazioni finali del Governatore ove, a p. 20 si sottolinea come "gli acquisti di beni di consumo durevoli, dopo la forte caduta del 1993, hanno registrato solo un modesto recupero". Nel 1997 il credito al consumo ha invece "segnato una forte crescita", alimentata peraltro "dall'incremento delle vendite di autoveicoli", atteso che "circa i due terzi del credito concesso dalle società finanziarie è destinato al finanziamento dell'acquisto di autoveicoli" (*Relazione della Banca d'Italia* relativa all'anno 1997, *Bozze di stampa*, Roma, 1998, p. 243). Ciò non deve stupire, vista l'incidenza degli incentivi fiscali per rinnovare il parco degli autoveicoli, che "hanno contribuito all'aumento del consumo delle famiglie, pari nell'anno al 2,4 per cento" ed, in particolare, agli acquisti degli autoveicoli, "aumentati del 32 per cento" (Banca d'Italia, *Considerazioni finali* relative all'anno 1997, *Bozze di stampa*, Roma, 1998, p. 12 - 13).

(13) RISSOLO L. - TRESOLDI C., op. cit., p. 17.

ma di acquisizione o perdita di fasce di clientela, essendo l'efficienza bancaria variabile indipendente. Il territorio in cui la banca opera è predefinito, predefinite le altre banche, predefinita (o predefinibile) la clientela, costretta al più drastico *take it or leave it* con riferimento al tipo contrattuale propositole. Non così, invece, allorquando, anche e soprattutto grazie al passaporto europeo concesso alle banche per il libero insediamento e per la libera prestazione di servizi nei paesi dell'Unione, tra cui espressamente il credito al consumo (cfr. art. 1, lett. f, n. 2, d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385), l'impresa italiana sia costretta a confrontarsi con le tecniche economiche più evolute e dunque a valutare le proprie scelte operative sotto il versante del gradimento da parte della clientela, ormai libera di scegliere.

3. Profili comparatistici (cenni)

Appare, a questo punto, opportuno fornire, con la sintesi del caso, una descrizione delle caratteristiche salienti della disciplina sul credito al consumo in essere nei principali paesi europei onde poi analizzare nello specifico la legge italiana, anche in chiave comparativa. L'attenzione verrà a concentrarsi sui sistemi francese, tedesco ed anglosassone.

4. La legislazione francese sul credito al consumo

Ben prima dell'impatto del diritto comunitario, la Francia ha modo di sperimentare tecniche legislative di protezione del consumatore particolarmente efficaci tanto con riferimento al diritto dei contratti in generale, quanto ai contratti di credito in particolare.

Sotto quest'ultimo profilo, già la legge n. 66 - 1010 del 28 dicembre 1966 relativa all'usura, ai prestiti monetari ed a talune operazioni di promozione e di divulgazione, contempla una specifica norma che estende l'applicazione ai "crediti concessi in occasione di vendite a rate" della disposizione anti - usura, assimilando tali crediti ai prestiti convenzionali, e dunque considerandoli come usurari "nelle stesse condizioni dei prestiti monetari aventi medesimo oggetto" (art. 1, co. 2); vale a dire quando "effettuati ad un tasso effettivo globale che supera, nel momento in cui è concesso, di più di un quarto il tasso effettivo medio praticato nel corso del trimestre precedente dalle banche e dagli istituti finanziari (iscritti nell'apposito albo) per operazioni della stessa natura comportanti rischi analoghi" (art. 1, co. 1).

È tuttavia con la c.d. *Loi Scrivenier* n. 78 - 22 del 10 gennaio 1978, relativa "*à l'information et à la protection des consommateurs dans la domaine de certaines opérations de crédit*", che il salto di qualità in punto di protezione dell'utente di servizi finanziari finalizzati al consumo diviene evidente ed effettivo. La legge opera fondamentalmente su due versanti: quello di richiedere un'ampia diffusione delle informazioni relative all'operazione di credito onde rendere il consumatore consapevole dell'impegno, assicurandogli anche un periodo di riflessione di sette giorni successivi all'accettazione dell'offerta preliminare, durante il quale può *revenir sur son engagement*; quello di dettare disposizioni relative allo stesso contenuto del contratto, in un'ottica rovesciata rispetto al tradizionale assetto degli interessi del *code civil*, nel quale viene tutelato, nell'ambito del rapporto di

credito, più il creditore che il debitore, cioè “chi ha compiuto il sacrificio di una somma di denaro, piuttosto che chi ne ha goduto il bene” (14).

La legge si applica ad ogni operazione di credito, a titolo oneroso o gratuito (art. 2), salve le eccezioni (fondamentalmente riconducibili alla durata temporale dell'operazione, allo scopo non di consumo del finanziamento, al credito immobiliare) indicate nell'art. 3. Soggettivamente prescinde dalla definizione di “consumatore”, privilegiando il lessico dei contratti di credito, con conseguente presenza di un mutuante e di un mutuatario (art. 1).

Sul piano dell'assoggettamento agli obblighi di trasparenza ivi contemplati, il legislatore transalpino opportunamente muove dalla natura di contratto di massa del negozio sotteso alla fattispecie in rassegna (15) che sconta, dal lato dell'impresa, la imprescindibile tecnica commerciale dell'offerta al pubblico del prodotto o del servizio che si intende immettere sul mercato. Come è stato detto, “è sempre l'impresa che, tramite la sua pubblicità, impone all'attenzione del pubblico certi elementi del contratto” (16).

Da ciò la rilevanza, ai fini indicati, di “ogni forma di promozione, fatta, ammessa o ricevuta in Francia che... conduca ad uno dei prestiti, dei contratti o delle operazioni di credito” innanzi descritte. Questa dovrà invero “precisare l'identità del mutuante, la natura, l'oggetto e la durata dell'operazione proposta, così come il costo totale ed eventualmente il tasso effettivo globale del credito nonché le percezioni forfettarie per spese di *dosier* e scadenza” (art. 4).

In termini di collegamento negoziale, l'art. 9 ne sancisce la ricorrenza allorché “l'offerta preliminare cita il bene o la prestazione di servizi che vengono finanziati”, determinando ciò la conseguenza che le obbligazioni del mutuatario decorrono solo dal momento della consegna del bene o della fornitura della prestazione. Nel caso di contratto di vendita o di prestazione di servizi ad esecuzione differita, tali obblighi decorrono dal momento della consegna del bene o della acquisizione del servizio e si estinguono con la loro interruzione. Non viene prevista una responsabilità solidale del finanziatore con il fornitore nei casi in cui questi si renda inadempiente, prevedendosi, per converso, che, in caso di contestazione sulla esecuzione del contratto principale, “*le Tribunal pourra, jusqu'a la solution du litige, suspendre l'execution du contrat de credit*”. Viene così a realizzarsi una forma di collegamento “meno intensa” di quella propugnata dalla dottrina, evidenziandosi “un rapporto di interdipendenza temporale tra le due operazioni, che non diventa però un rapporto di natura funzionale perché il credito permane anche nell'ipotesi

(14) ALPA G. – BESSONE M., *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 1362. Sulla legislazione francese v. anche COSSU A., *Credito al consumo: appunti in margine ad una recente legge francese*, in *Riv. soc.*, 1979, p. 375 e ANDERLONI L., *La tutela del consumatore di servizi finanziari in Francia*, in AA.VV., *La tutela del consumatore dei servizi finanziari*, (RUOZI R. cur.), Milano, Egea, 1990, p. 61 ss.; CASO R., *I meccanismi triangolari del leasing alla francese: riflessi della risoluzione della vendita sul contratto di *crédit bail**, in *Foro It.*, 1993, I, c. 2331 ss.

(15) Sulla nozione di “contratto di massa” e sulla relativa evoluzione nella storia del diritto tedesco v. l'interessante recente contributo di SOMMA A., *L'impiego della espressione contratto di massa nell'esperienza giuridica tedesca con particolare riferimento alla dottrina ed alla giurisprudenza meno recenti*, in *Giur. comm.* 1997, I, p. 147 ss.. Diversità fenomeniche e strutturali dei contratti di massa o seriali rispetto alla tradizionale negoziazione “dialogica” del codice civile sono, da ultimo, descritte con la consueta efficacia da IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 1 ss.

(16) GAMBARO A., *Le clausole vessatorie tra impresa e consumatore. Un viaggio nella western legal tradition*, in AA.VV., *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto* (MARINI A. – STOLFI C. cur.), Napoli, ESI, 1992, p. 46.

in cui il fornitore si renda inadempiente nel consegnare al consumatore un prodotto affetto da vizi, o nel prestare al consumatore un servizio diverso da quello richiesto” (17).

Trattasi, in realtà, di un apparato normativo che risente di quegli elementi di pragmatismo che hanno indotto il legislatore francese a tener conto della necessità di prevedere appositi meccanismi volti a recuperare una certa qual tutela della posizione del consumatore nell’ambito di una vicenda nella quale viene tuttavia ribadita la separazione funzionale tra contratto di vendita e contratto di finanziamento, con conseguente riaffermazione di autonomi profili di imputabilità relativamente all’inadempimento del primo o del secondo contratto. Non però fino al punto che dalla autonomia dello strumentario giuridico adoperato possa derivare una frantumazione dell’operazione economica complessiva, tale da privare il consumatore di ogni tutela giuridica. Tangibile testimonianza di ciò è invero offerta da quelle norme che, da un lato, prevedono che il giudice possa annullare o risolvere il contratto di finanziamento quando il contratto di vendita sia stato risolto o annullato e, dall’altro, dispongono che nel caso di risoluzione giudiziale del contratto di vendita per colpa del venditore, il finanziatore possa richiedere la condanna di questi alla restituzione della somma presa a mutuo dal consumatore e ad esso trasferita, con eventuale condanna al risarcimento dei danni sofferti tanto dal finanziatore quanto dal consumatore.

Queste disposizioni, insieme alle altre che compongono la *Loi Scrivenier*, sono confluite nel Libro III del recente *Code de la consommation* di cui alla l. n. 93 - 949 del 26 luglio 1993, intitolato all’indebitamento (*endettement*). Del “codice”, che rappresenta un avanzato modello di raccolta unitaria e razionale delle diverse disposizioni a tutela del consumatore, idoneo a realizzare l’importante obiettivo della conoscibilità delle leggi oltre che un paradigmatico esempio della diversità regolamentare del contratto di massa rispetto all’isolato atto di autonomia, fanno parte altri quattro Libri, dedicati alla Informazione dei consumatori ed alla formazione del contratto (il Primo), alla Garanzia ed alla sicurezza dei prodotti e dei servizi (il Secondo), alle Associazioni dei consumatori (il quarto), alle Istituzioni (il quinto) (18).

5. La disciplina del Regno Unito

La peculiarità dell’apparato protettivo inglese rispetto ad omologhe esperienze continentali a tutela del consumatore è rappresentata, più ancora che dal noto *Consumer Credit Act* del 1974, dal più generale *Fair Trading Act* dell’anno precedente che, come è stato osservato, “non si è posto assolutamente l’obiettivo di favorire o di tutelare in modo particolare il lato della domanda o dell’offerta nell’ambito delle forze di mercato, quanto piuttosto quello di stabilire le condizioni di pari potere contrattuale in un mercato competitivo, in modo tale da garantire un’allocazione dei beni e delle risorse prossima al punto di ottimo” (19). Lungi cioè dal trattare il problema della tutela della parte più debole nella negoziazione di massa come problema di mero diritto dei contratti, da risolvere con tecniche giuridiche capaci di rivalutare il momento consensualistico, il negoziare i contenuti dell’accordo, il mercanteggiare, la *policy* legislativa del Regno Unito si muove, fin da su-

(17) ALPA G., *Credito al consumo e tutela del debitore* etc., cit., p. 179.

(18) E v. MACARIO F., *Note introduttive* etc., cit., p. 755.

(19) In questi termini CARLUCCIO E., *La tutela del consumatore dei servizi finanziari in Gran Bretagna*, in *La tutela del consumatore*, cit., p. 204. Sull’esperienza inglese v. anche ZICCARDI F., *Il Consumer Credit Act inglese: prime impressioni*, in *Giur.*, it., 1978, IV, c. 20 ss.

bito, nella consapevolezza della strettissima interrelazione esistente tra protezione del consumatore e disciplina della concorrenza; tra libertà individuale, come potere di scelta di beni e servizi offerti da una pluralità di imprese, e leggi regolatrici del mercato.

Da ciò l'affiancarsi della regolamentazione amministrativa alla disciplina privatistica e la conseguente istituzione dell' *Office of Fair Trading* con compiti di controllo sui monopoli; sulle fusioni e sulle incorporazioni societarie; sulle tecniche contrattuali idonee a creare restrizioni della concorrenza; sulle operazioni finanziarie e sulla commercializzazione dei prodotti finanziari; sulle operazioni di credito al consumo (20). L'irrisolta aspirazione al coordinamento delle norme e, soprattutto, delle competenze domestiche in tema di disciplina delle clausole abusive, della trasparenza bancaria, del credito al consumo, delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria, della tutela della concorrenza e di altre disposizioni a tutela del consumatore sopravvenute nel corso degli ultimi anni viene, in Inghilterra, realizzata fin nel momento genetico di quella legislazione a riprova della forte consapevolezza del sotteso modello culturale unitario.

Così come in Francia, la legislazione del Regno Unito dedica notevole attenzione all'attività sollecitatoria, prevedendo la Parte IV della legge sul credito al consumo una rigorosa disciplina regolamentare delle comunicazioni pubblicitarie effettuate da chi pone in essere operazioni di credito, la cui violazione è sanzionata penalmente (sect. 43 - 47); è poi presente un generale divieto di propaganda al di fuori della sede di commercio dell'offerente (sect. 48 - 49), tale che "fenomeni da noi correnti ..., come le offerte nei mezzanini della metropolitana, porterebbero, secondo l'Act, gli intraprendenti giovanotti davanti al magistrato penale" (21); è, infine, assolutamente vietato l'inoltro a minori di stampati sollecitatori di operazioni di credito al consumo.

Cosa sia credito al consumo è precisato nella sect. 8. (2) dell'Act.. "Un contratto di credito al consumatore (*consumer credit agreement*) è un contratto di credito personale attraverso il quale il creditore procura al debitore un credito non superiore alle 5.000 sterline". Mancando ogni riferimento alla nozione di consumatore, la delimitazione della fattispecie diviene meramente quantitativa, eliminando alla radice ogni problema in ordine tanto alla qualità del debitore, quanto alla destinazione d'uso del credito. È ben possibile che questa tecnica legislativa "porti a proteggere un consumatore forte contro un venditore creditore debole... come già del resto avviene per le norme sui contratti d'adesione; ma a fronte di questo impalpabile inconveniente, si aiuta la standardizzazione delle operazioni regolate... con semplificazioni per lo stesso creditore, e si evitano sia discriminazioni fra situazioni simili ..., sia e soprattutto equilibrismi avvocateschi in ordine all'effettiva destinazione dei beni: i mobili erano per la casa (consumo) o per l'ufficio (non consumo)?" (22). Uniche esenzioni sono poi quelle relative ad operazioni di modestissimo importo, ad operazioni concentrate in sole tre rate e, più in generale, ad operazioni di credito fondiario ["questa legge non regola un contratto di credito al consumatore quando

(20) L'*Office of Fair Trading* è organizzato in tre diverse divisioni: la prima competente in materia di *Consumers Affairs*, la seconda in materia di *Monopolies and Mergers* e l'ultima sulle *Restrictive Trade Practices*. Nello specifico, "i compiti dell'*Office of fair trading* potevano individuarsi in diverse forme di controllo: sui monopoli; sulle fusioni societarie; sulle tecniche contrattuali idonee a creare restrizioni anticoncorrenziali; sulle operazioni finanziarie e sulla commercializzazione dei prodotti finanziari nei confronti dei consumatori (più propriamente *consumers affairs*); infine, sulle vere e proprie operazioni di *consumer credit* ricadenti sotto il vigilante controllo dell'*Office of Fair trading* in base all'immediatamente successivo *Consumer Credit Act*". Così MACARIO F., op. cit., p. 758.

(21) ZICCARDI F., *Il Consumer etc.*, cit., c. 28.

(22) Ancora ZICCARDI, op. cit., c. 25.

il creditore è un'amministrazione locale, un istituto di credito fondiario, un ente specificato o di un genere specificato, in un decreto emanato dal Ministro di Stato...”, sect. 16. (1)].

Forma del contratto e diritto di recesso del consumatore costituiscono le principali tecniche adoperate dal legislatore a tutela della parte più debole.

Quanto al primo aspetto, la sect. 60. (1) assegna al *Secretary of State* il compito di “stabilire normative secondo la forma ed il contenuto dei documenti che includono contratti regolamentati”. È stato sostenuto il carattere “non poi molto commendevole” di siffatta opzione orientata sul controllo amministrativo, in relazione alla possibile proliferazione di regolamenti, che implica “l’insorgere di costi aggiuntivi” (23); ciò, segnatamente in relazione all’assenza di una disposizione primaria sulla forma scritta, non pare invero revocabile in dubbio a fronte della richiamata delimitazione della fattispecie operativa che, per evidenti ragioni, non può non trovare applicazione che nei soli confronti del consumatore, essendo sideralmente distante dalla sfera contrattualistica dell’impresa il limite di 5.000 sterline. Salva questa riserva di controllo amministrativo, deriva direttamente da legge l’obbligo di rendere il debitore edotto dei “diritti e doveri a lui conferiti o imposti dal contratto”; dell’“ammontare e rate del costo totale del credito”; della “tutela e dei provvedimenti che la legge mette a sua disposizione”; di “qualunque altra cosa riguardante il contratto che, secondo il *Secretary of State*, sia per lui desiderabile sapere”.

Entro i cinque giorni successivi al ricevimento di copia del contratto o, comunque, entro il quattordicesimo giorno dalla sottoscrizione del contratto, è conferita al debitore la facoltà di notificare a controparte un avviso che, in forma scritta, “segnali l’intenzione... di ritirarsi dal contratto” [sect. 69. (1)], con l’effetto di “cancellare il contratto ed ogni operazione collegata” e conferire al consumatore un diritto di ritenzione sui beni oggetto dell’operazione, fino al totale recupero di quanto pagato. Ciò, come detto, anche in ipotesi di rapporto trilaterale, visto che “nel caso di un contratto debitore - creditore - fornitore... qualunque somma pagata a nome del debitore dal creditore al fornitore deve diventare risaldabile al debitore” [sect. 70. (1 - c)]. Ed invero, diversamente dalla evoluzione domestica del credito al consumo che trae dalla scomposizione del rapporto economicamente unitario ragione per l’aggiramento della elementare disciplina civilistica, l’ordinamento del Regno Unito considera risultato affatto naturale quello della operatività di una medesima disciplina tanto nel rapporto di coppia, quanto in quelli eventualmente collegati (c.d. *linked transactions*). Testimonianza diretta è fornita anche dalla protezione del consumatore per i vizi della cosa, visto che la soluzione consiste nel rendere il creditore, ove non corrispondente al venditore, corresponsabile solidale di questi nei confronti del consumatore. Del pari, “se un debitore soggetto ad un contratto debitore - creditore - fornitore... ha, in relazione ad una transazione finanziata dal contratto, qualunque reclamo da fare al fornitore riguardo ad un fraintendimento o inadempienza contrattuale, dovrà avere un reclamo simile anche nei confronti del creditore, il quale, con il fornitore, dovrà di conseguenza risponderne in solido al debitore” [sect. 75. (1)].

6. L’esperienza tedesca

Come e forse più di Francia ed Inghilterra, l’esperienza tedesca fa registrare una risalente ed intensa protezione della parte debole del rapporto contrattuale nelle operazioni

(23) ZICCARDI, cit., rispettivamente, c. 28 e c. 26.

di credito al consumo. Ed invero, dall'*Abzahlungsgesetz* del 1894 sulle vendite rateali, al controllo sulle condizioni generali di contratto, disciplinate dall'apposita legge del 1976 (24), alla portata espansiva del par. 242 BGB sul principio di buona fede assicurata dalla giurisprudenza di merito e dallo stesso *Bundesgerichtshof*, fino alla recente legge del 17 dicembre 1990 (*Verbrauchercreditgesetz*) attuativa delle direttive comunitarie sulla materia che ci occupa, lo specifico rilievo assicurato ai contratti dei consumatori è, in Germania, tale da sottrarre, da un lato, questa categoria negoziale alla regola di neutralità dell'atto di autonomia e, dall'altro, da evidenziare una spiccata propensione di quel legislatore e di quei giudici a concepire questo comparto come caratterizzato da proprie regole di ordine pubblico economico a tutela di interessi collettivi. Eloquentissima testimonianza di ciò è offerta dal rilievo che, contestualmente al formale aggiramento delle norme sulle vendite a rate che nel resto d'Europa si consumava grazie all'intervento del finanziatore, la giurisprudenza tedesca estendeva la tutela del consumatore assicurata da quelle norme alle operazioni di credito trilaterali, "accumulando una considerevole casistica in tema di vendite finanziate dal terzo ed esprimendo, nelle sentenze in materia, analisi talvolta anche piuttosto sofisticate sulla funzione economica svolta dalla nuova forma di finanziamento" (25).

La recente legge sul credito al consumo non rappresenta dunque, sul piano culturale, un elemento di novità di quell'ordinamento; ed anzi la letteratura specialistica avverte che rimane da valutare "se, ai fini di una tutela effettiva del consumatore, la nuova legge costituisca un autentico progresso, oppure per alcuni aspetti un arretramento rispetto al precedente assetto legislativo ed alla consolidata giurisprudenza in materia" (26).

La sfera soggettiva di applicabilità della legge è limitata ai contratti di credito conclusi con il consumatore. In ciò la legge tedesca si diversifica dalle similari disposizioni contenute nelle discipline francese ed inglese ove, come si è visto, l'*actio finium regundorum* è affidata al limite quantitativo, ed anche dalla legge italiana, atteso che, diversamente da questa, non ricorre una definizione di consumatore in positivo, ma il relativo concetto si ricava, per esclusione, dal tenore della norma che qualifica il contratto di credito come quello "per mezzo del quale un creditore concede, o promette di concedere, ad un consumatore un credito a titolo oneroso, in forma di mutuo, di dilazione o di una ulteriore facilitazione finanziaria" (art. 1, co. 2). E dunque, esclusa l'applicabilità ad ipotesi di credito "destinato al finanziamento" (dell'esercizio) "dell'attività commerciale o professionale" del sovvenuto (art.1, co. 1), la disciplina sul credito al consumo trova, per converso, espressa estensione a casi quali "l'avvio di una attività commerciale o di lavoro autonomo che prevede un'erogazione" non "superiore ai 100.000 marchi" (art. 3, co. 1, n. 2) esclusi dalla legislazione domestica.

Sotto il versante dell'oggetto, la legge ricomprende tra i contratti sottoposti alla particolare disciplina tutti quelli che, a fronte di una erogazione creditizia o di una prestazione di beni o servizi per un valore non inferiore a 400 marchi, prevedano il pagamento rateale del corrispettivo a carico del consumatore, con una dilazione onerosa non superiore ai tre mesi. Non sono esclusi neanche i contratti di *leasing* finanziario ed i contratti in cui il credito è assistito da garanzie immobiliari. In questi casi, tuttavia, viene meno l'applicabilità

(24) E v. BASEDOW J., *Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica Federale Tedesca*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 435 ss.; DE NOVA G., *La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto* in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 107 ss.

(25) MACARIO F., op. cit., p. 760.

(26) VASSALLO PALEOLOGO F., *La nuova legge tedesca sul credito al consumo*, in *Contratto e impresa*, 1993, p. 681.

di alcune prescrizioni della legge (massimamente per i crediti fondiari) che risulterebbero incompatibili con la dinamica dell'operazione.

Particolarmente dettagliata è la disciplina dei doveri di informazione, dovendo il contratto di credito, redatto rigorosamente in forma scritta, indicare: a) l'importo netto del credito ed eventualmente il suo ammontare massimo; b) l'importo complessivo di tutti i pagamenti parziali da corrispondere, compresi interessi ed ulteriori costi; c) tipo e modalità di rimborso del credito; d) tasso di interesse e tutti gli ulteriori costi del credito, da indicare singolarmente; e) interesse effettivo annuale e condizioni in presenza delle quali possono essere modificati i tassi di interesse e g) garanzie (art. 4, co. 1). Non meno analitiche le indicazioni prescritte in ipotesi di contratti aventi ad oggetto la fornitura di un bene definito. È stato opportunamente osservato come gli aggravii di questi oneri formali "possano tradursi in un ulteriore aumento dei costi a carico dei consumatori, senza che questi ultimi ne ricavano effettivi vantaggi" (27).

Sanzione per l'inosservanza degli oneri formali come sopra indicati è la nullità del contratto. Trattasi, evidentemente, di nullità relativa, potendo essere sollevata solo dal consumatore a fronte della soggezione ai richiamati obblighi dell'altra parte. Sono peraltro presenti nella norma dell'art. 6, che detta le conseguenze per difetti di forma, numerose ipotesi di sanatoria, segnatamente riguardo a contratti di credito al consumo che prevedono la consegna di un bene o la esecuzione di una prestazione con pagamento dilazionato del corrispettivo.

La disciplina del diritto di recesso del consumatore è contemplata nel successivo art. 7, che prevede che la dichiarazione di volontà divenga efficace "solo quando il consumatore non la revoca entro il termine di una settimana" dalla consegna del testo contrattuale contenente le informazioni circa l'esercizio di questo diritto. Il rinvio alla dichiarazione di volontà appare riferibile, in ipotesi di contratti a distanza, tanto all'accettazione quanto (ma il caso è senz'altro più raro) alla proposta. Resta da valutare se trattasi di revoca della proposta o non piuttosto di recesso vero e proprio. È già stato al riguardo fatto presente che "la lettera della legge sembrerebbe suggerire la prima ipotesi, considerando il riferimento della revoca all'efficacia della dichiarazione del consumatore... La possibilità di una esecuzione parziale del contratto prima della scadenza nei termini fissati per la revoca sembrerebbe configurare invece un caso di recesso" (28).

La norma che, in chiave di effettività, costituisce l'archetipo dello strumento giuridico davvero idoneo a cogliere i reali bisogni di tutela del consumatore all'interno del mercato dei beni considerati è tuttavia l'art. 9 della legge, intitolato ai negozi collegati. Qui si precisa che "un contratto di acquisto è da considerarsi collegato ad un contratto di credito se il credito risulta essere funzionale al finanziamento dell'acquisto ed entrambi i contratti sono perciò da considerarsi in un'ottica di *unicità economica*". Squarciato il velo dell'ap-

(27) VASSALLO PALEOLOGO, op. cit., p. 692. Vale peraltro la pena rammentare come "tre sono... i modelli di controllo cui le singole legislazioni occidentali si sono ispirate: in primo luogo un controllo amministrativo, mediante l'istituzione di organi pubblici, ai quali viene demandata la funzione di controllare le condizioni generali di contratto ed eventualmente giudicare delle possibili controversie che possono nascere tra consumatori ed istituti di credito; in secondo luogo, un controllo legislativo, che si realizza normalmente attraverso la previsione normativa di limiti imposti alle condizioni generali o per legge o per atto amministrativo; in terzo luogo, un controllo giudiziale nel quale sono le Corti ad essere investite della funzione di accertamento dell'invalidità delle singole clausole ritenute abusive o vessatorie. Nella loro formulazione pura i tre modelli però non esistono nella realtà fattuale". Così PONZANELLI G., *La tutela del consumatore di servizi finanziari in diritto comparato: un insegnamento per il caso italiano*, in *La tutela del consumatore*., cit., p. 419.

(28) VASSALLO PALEOLOGO, cit., p. 694.

parente asimmetria della forma giuridica rispetto alla sottostante unitaria funzione economico sociale dei contratti, è operazione di tutto riposo estendere la revoca (o il recesso) al negozio collegato; sostituire il creditore al venditore nelle conseguenze giuridiche del recesso, nonché nei diritti e negli obblighi del venditore derivanti dal contratto di acquisto; estendere al contratto collegato le eccezioni che il consumatore poteva opporre al venditore, comprese quelle per i vizi della cosa venduta, con conseguente diniego alla restituzione del credito in ipotesi di assenza di interventi sostitutivi o migliorativi del bene.

Resta, è vero, da valutare nello specifico quando tra i due contratti collegati sussista il rapporto idoneo a configurare l'operazione come unitaria sotto il versante economico. Ma l'ampia locuzione adoperata, la sua collocazione sistematica, la consolidata esperienza giurisprudenziale, costituiscono elementi di rilevante spessore verso una *policy* sempre più attenta a prevenire l'aggiramento della tutela legale offerta alla parte più debole del rapporto.

CAPITOLO II

AMBITO DI OPERATIVITÀ DELLA DISCIPLINA SUL CREDITO AL CONSUMO

SOMMARIO: **1.** Mutamenti culturali in tema di contratti bancari e nozione di credito al consumo. - **2.** Estensione, limiti della disciplina e suoi destinatari. - **3.** Le fattispecie escluse. - **4.** Profili pubblicitari: riserva d'attività, controlli e sanzioni.

1. Mutamenti culturali in tema di contratti bancari e nozione di credito al consumo

L'avvento della legislazione interna sul credito al consumo, coeva a quella sulla trasparenza bancaria (portata dalla legge del 17 febbraio dello stesso 1992), è subito segnato da problemi di coordinamento con quest'ultima. E, probabilmente, proprio la appena introdotta disciplina sul credito al consumo evidenzia paradigmaticamente tutta la frettoiosità e lo scollamento della "alluvionale" (1) o anche "fluviale" (2) produzione normativa di fine decima legislatura in materia bancaria e finanziaria. Solo per memoria storica, vale invero ricordare come, a fronte di un quinto comma dell'art. 21 della legge 142/1992 sul credito al consumo, il quale disponeva che "fino all'adozione di una disciplina nazionale sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari di contenuto almeno equivalente a quello stabilito dal presente comma... agli effetti della protezione del consumatore, i contratti con cui un ente creditizio o una società finanziaria concedono ad un consumatore un'apertura di credito in conto corrente non connessa all'uso di una carta di credito devono almeno contenere... le seguenti indicazioni" (corsivo mio), la richiamata legge sulla trasparenza bancaria fosse stata, in realtà, promulgata prima di quella contenente la disposizione in rassegna. Il fatto è noto (3), e su di esso non conviene qui attardarsi, avendo il Testo unico bancario di cui al d. lgs. del 1° settembre 1993 n. 385 (d'ora innanzi: T.U.) posto a ciò rimedio, con l'accorpamento nel Titolo VI delle due discipline, tra loro convenientemente coordinate.

Il loro inserimento in un testo legislativo prevalentemente destinato a regolare l'assetto pubblicistico del credito e del risparmio testimonia piuttosto il richiamato mutamento culturale da parte del legislatore, delle Autorità, degli stessi operatori riguardo al diritto dei contratti bancari e finanziari, nell'acquisita consapevolezza che più elevati *standards* di efficienza del sistema non possono prescindere da ricadute nel gioco della concorrenza in punto di qualità, prezzo e trasparenza dell'atto di autonomia offerto dall'impresa alla propria clientela. Non è, a tale riguardo, casuale l'esplicito inserimento della tutela degli investitori tra le finalità della vigilanza (nel caso di specie sul sistema finanziario) da parte dell'art. 4 del d. lgs. n. 415/1996 attuativo della direttiva cosiddetta "eurosim" (4) ed ora dall'art. 5 del d. lgs. n. 58/1998 (Testo unico sulla finanza); né la recente progressiva espansione dell'area dell'autodisciplina in materia bancaria e finanziaria [si pensi solo all'istituzione dell'Ufficio reclami delle banche e dell'*Ombudsman* bancario, al Codice di comportamento del settore bancario e finanziario dell'A.B.I., al Decalogo della traspa-

(1) La fortunata espressione appartiene a MINERVINI G., *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p. 5.

(2) Così DOLMETTA A.A., *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/92*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, p. 377.

(3) V., sul punto, DI GIULIO M., *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e credito al consumo. Un curioso incidente di percorso*, cit., p. 1596 ss.; DOLMETTA A.A., *Due quesiti sull'individuazione della disciplina regolatrice delle operazioni di credito al consumo*, cit., p. 159 ss.; DE NOVA G., *L'attuazione in Italia delle direttive comunitarie*, cit., p. 907; TIDU A., *Il recepimento della normativa comunitaria sul credito al consumo*, cit., p. 407; il mio *Trasparenza bancaria, credito al consumo* etc., cit., c. 356; BUSSOLETTI M., *Il coordinamento tra trasparenza e credito al consumo*, in AA. VV., *La nuova legge bancaria* (FERRO LUZZI P. - CASTALDI G. cur.), cit., p. 1883.

(4) Più ampi riferimenti nel mio *Statuto dell'impresa di investimento e disciplina del contratto nella riforma del mercato finanziario*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 126 ss.; AA. VV., *L'Eurosim*. Commentario al d. lgs. 23 luglio 1993, n. 415 (CAMPOBASSO G.F. cur.), Milano, Giuffrè, 1997, p. 27 ss.; AA. VV., *La disciplina degli intermediari e dei mercati finanziari* (CAPRIGLIONE F. cur.), Padova, Cedam, 1997, p. 22 ss.; ASSO-GESTIONI, *D.L. 23 luglio 1996, n. 415*, Roma, 1996, p. 27 ss.

renza di Assogestioni, al Codice Assoreti (5)] a fronte della sconcertante assenza di iniziative consimili fino al più recente passato; né, infine, il sindacato sulle condizioni generali di contratto (o norme bancarie uniformi) predisposte dall'Associazione di categoria (A.B.I.) da parte dell'Autorità garante (in questo caso, dalla Banca d'Italia) sotto il versante della possibile configurazione di intese restrittive della concorrenza ex l. n. 287/1990 (6).

Ciò al punto da sollevare, in dottrina, recenti non isolati interrogativi sulla lucidità e coerenza della linea di politica del diritto perseguita in tema di costi di applicazione della legge (comprensivi, ovviamente, della normazione secondaria) e di effetti economici, *scilicet* di incremento del prezzo del contratto (di tutti i contratti) a carico della clientela nel comparto in rassegna, stante la consolidata attitudine a comportamenti operativi “di cartello” degli intermediari (7).

Detto questo, la nozione di credito al consumo prescelta dal legislatore italiano insiste (art. 121, co. 1, T.U.) sulla “concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento o di altra analoga facilitazione finanziaria a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (consumatore)”. Prescindendo dal lessico vagamente pubblicitario, “concessione” di credito, da un lato, e vendita a rate (dilazione di pagamento) dall'altro, rappresentano gli elementi identificativi della fattispecie legale.

La disciplina suppone la previa conclusione del contratto, non trovando applicazione in ipotesi per le quali la erogazione del credito sia ancora allo stadio di trattativa o di contratto preliminare. Per contro, la direttiva n. 87/102 del 22 dicembre 1986 espressamente contempla nell'ambito di sua operatività oltre che il contratto di credito, anche la mera “promessa” di concessione del credito (arg. ex art. 2).

La più ridotta sfera di operatività dell'ambito di applicazione della norma interna non pare, tuttavia, idonea a sollevare valutazioni critiche di rilievo in punto di eventuale minor tutela accordata al consumatore domestico. Ove invero le parti siano ancora nella fase della trattativa, fermi gli obblighi di correttezza e buona fede del codice civile, troveranno comunque applicazione nei confronti dell'intermediario le prescrizioni in tema di pubblicità indicate dall'art. 123 T. U. E dunque, oltre ad esporre nei locali aperti al pubblico comunicazioni alla clientela contenenti le indicazioni delle operazioni e dei servizi offerti a norma dell'art. 116 dello stesso T.U., espressamente richiamato nel detto art. 123, il concessionario di credito al consumo dovrà altresì integrare quegli elementi pubblicitari “con

(5) E v. principalmente AA. VV., *Le fonti di autodisciplina. Tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente* (ZATTI P. cur.), Padova, Cedam, 1996, ove saggi di GHIDINI G. sul nuovo codice Assoreti (p. 41), di ROPPO E. sul codice Anasf (p. 31) di CARRIERO G. sull'*ombudsman* bancario (p. 201) e di FELICETTI N. sull'*Ombudsman* assicurativo (p. 217). V. inoltre l'importante contributo di ASSOGESTIONI, *Uno statuto per l'efficienza del mercato finanziario*, Roma, 1996.

(6) Cfr. il provvedimento della Banca d'Italia sulle norme bancarie uniformi n. 12 del 3 dicembre 1994, in Autorità Garante della concorrenza e del mercato, *Bollettino*, anno IV, n. 48 del 19 dicembre 1994, ed in *Dir. banc.*, 1995, p. 85 con Introduzione di CAVALLI G.

(7) Il dibattito sul punto è fondamentalmente affrontato da PONTIROLI L., *Il declino dell'autonomia privata nei contratti bancari: spunti per una riflessione critica*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 804 ss.; LA ROCCA G., *Il potere della banca di modificare unilateralmente i contratti: esigenze sostanziali e principi civilistici*, in *Banca, impr., società*, 1997, p. 55 ss.; dal mio *Norme di protezione dell'utente dei servizi bancari e finanziari: taluni effetti economici*, in AA. VV., *Studi in materia bancaria e finanziaria 1996*, Banca d'Italia, *Quaderni di ricerca giuridica*, Roma 1997.

l'indicazione del TAEG e del relativo periodo di validità". Del pari, in ipotesi sollecitatorie per il tramite di annunci pubblicitari, troverà applicazione il secondo comma della richiamata disposizione, e dunque il proponente dovrà indicare, oltre al tasso dell'interesse ed alle altre cifre concernenti il costo del credito, il TAEG ed il relativo periodo di validità. Ed è, per inciso, proprio in ragione di questa norma che diritto alla trasparenza delle condizioni contrattuali, costo totale del credito, tasso annuo effettivo globale (meglio noto nella forma del cennato acronimo TAEG), forma scritta, diritto di recesso, costituiscono espressioni ormai familiari, entrate a far parte del lessico corrente grazie alla cassa di risonanza fornita in proposito dai mezzi di comunicazione di massa. Da ciò alla estensione dell'intera disciplina del credito al consumo al momento precontrattuale il salto è comunque evidente, risultando palesemente impraticabile in questa fase accollare al concessionario gli specifici oneri ivi contemplati (forma scritta, dettaglio delle condizioni analitiche, numero, importi e scadenze delle singole rate etc.), che necessariamente suppongono perfezionamento e conclusione dell'accordo. Se dunque il rilievo che "il mancato accoglimento della tesi della tutela forte... comporterà la riconduzione della fattispecie della promessa di credito inadempita nell'ambito della *culpa in contrahendo*, con un sostanziale affievolimento della tutela anche dal punto di vista processuale" (8) appare, in prima battuta, suggestivo e condivisibile, una più attenta riflessione in termini di sua concretezza ed effettività nel contesto vigente induce invece a preferire la scelta del legislatore interno siccome maggiormente pragmatica e sistematicamente coerente.

Discorso non dissimile è da farsi con riferimento all'ipotesi di contratto preliminare, reso in forma necessariamente scritta, teso alla concessione di credito al consumo. Se invece, come riportato dalla manualistica più accorsata, funzione dominante del preliminare è "di vincolare entrambe le parti o almeno l'una di esse (nel caso di preliminare unilaterale) a dare, entro un certo termine, forma definitiva ad un assetto di interessi sui cui termini essenziali le parti già si trovano d'accordo ma la cui concreta operatività le parti intendono differire nel tempo" onde poter verificare al momento del definitivo "la presenza di tutte le condizioni atte a realizzare l'accordo già preso" (9), l'indicazione in questo atto di tutti gli elementi disciplinari indicati da legge con riferimento al "definitivo" diviene irragionevole o, all'incontro, rende irragionevole il ricorso allo strumento del preliminare relativamente a queste operazioni. Il problema non pare peraltro di consistente momento, atteso che - a fronte di un preliminare redatto nell'osservanza dei criteri di forma prescritti per il definitivo - non dovrebbe potersi dubitare della legittimazione per la parte adempiente di far ricorso all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ex art. 2392 cod. civ.

2. Estensione, limiti della disciplina e suoi destinatari

Il ventaglio di ipotesi negoziali direttamente o indirettamente riconducibili alla riportata fattispecie legale "credito al consumo" appare, sul piano oggettivo, ampio e variegato.

A questa, invero, appartengono tanto la più elementare e risalente figura della specie, rappresentata dalla **vendita a rate con riserva della proprietà** (sussumibile nel "credito sotto forma di dilazione di pagamento"), quanto ogni **contratto di credito avente causa**

(8) Così MACARIO F., *Commento all'art. 121 T.U.*, in *Nuove leggi civ.*, cit., p. 771, nota 6.

(9) AA.VV., *Istituzioni di diritto privato* (BESSONE M. cur.), Torino, Giappichelli, 1995, p. 541-542.

di finanziamento per l'acquisto di beni o la prestazione di servizi di consumo. Sono note le difficoltà di individuare in modo univoco ed incontrovertibile l'ampiezza concettuale della categoria dei contratti di credito (10). Può tuttavia, ai fini che qui vengono in considerazione, assumersi quale nozione di base della fattispecie quella che individua l'essenza di questi contratti nel trasferimento al tempo "t" della proprietà del danaro o di una quantità determinata di cose fungibili verso il differimento della restituzione per equivalente in un momento futuro, di norma contro corrispettivo, ovvero anche nell'attribuzione di una *utilitas* sempre contro restituzione del *tantundem*.

La generalissima definizione data, idonea a ricomprendere, nel suo ambito, contratti tra loro causalmente diversi e tuttavia tutti caratterizzati da una comune causa "di finanziamento" corrispondente all'approntamento di mezzi finanziari con relativo obbligo di restituzione del *tantundem* (11) (e così, esemplificativamente, il mutuo, l'apertura di credito, l'anticipazione bancaria dietro pegno di titoli o merci, ma anche il *leasing*), sconta, nel credito al consumo, il limite rappresentato, per un verso, dalla finalità del finanziamento e, per altro verso, dalle esclusioni indicate nel quarto comma dell'art. 121 e dalla specifica disciplina dell'apertura di credito in conto corrente, regolata dall'art. 126.

È così senz'altro sottoposto alla disciplina del testo unico creditizio il *mutuo di scopo* o al consumo (12); ma lo sono anche tutte le altre figure tipiche ed atipiche della prassi bancaria e finanziaria (senza alcuna pretesa di completezza, ad es. il credito documentario, l'anticipazione bancaria garantita, l'apertura di credito semplice - rotativa connessa

(10) Osserva MACARIO F., op. cit., p. 770, nota 4, ove bibliografia sul punto, come la controversa configurabilità di siffatta categoria derivi principalmente dalle difficoltà che la dottrina "ha incontrato nel tentativo di individuare uno schema causale unitario o omogeneo per diverse fattispecie negoziali (in modo da poter ottenere, sulla scia di quanto è accaduto nell'ordinamento tedesco per i *Kreditverträge*, la *reductio ad unum* dei tanti schemi esistenti sotto il profilo causale)".

(11) La nozione prescelta corrisponde, nella sostanza, a quella proposta da CLARIZIA R., *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p. 580 ss., incentrata sul concetto di utilità economica. Ciò comporta che "l'opera dell'interprete ...sarà differente a seconda che il contratto in esame abbia già o meno una sua disciplina legale. Nel primo caso, infatti, egli dovrà verificare la corrispondenza della causa di finanziamento... della fattispecie concreta a quella astratta fissata dal legislatore. Nel caso, invece, non sia riscontrabile una perfetta identità della fattispecie concreta con quella astratta, si dovrà valutare se la funzione economico - individuale, perseguita dalle parti nel contratto, corrisponda alla funzione economico - sociale propria della categoria dei contratti di finanziamento", incentrata sul concetto di utilità economica (p. 620). Ciò comporta "la completa indifferenza ed ininfluenza, ai fini della concreta individuazione di un contratto di finanziamento, che si abbia il trasferimento della proprietà del bene dal finanziatore al finanziato. Infatti, ciò che interessa è la consegna del bene in funzione della sua utilizzabilità da parte del finanziato, e non invece di per sé il trasferimento della proprietà che fa acquistare la titolarità giuridica piena sul bene ma non maggiori o più penetranti poteri per quanto attiene all'utilizzazione stessa del bene" (p. 619). *Contra*, GALASSO A., *Contratti di finanziamento e titoli bancari*, Padova, Cedam, 1971, p. 25 ss.

(12) Sul mutuo di scopo v., tra i tanti, ZIMATORE A., *Il mutuo di scopo. Problemi generali*, Padova, Cedam, 1985; FRAGALI M., *Il mutuo di scopo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1961, I, p. 471 ss; MAZZAMUTO S., voce *Mutuo di scopo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990; ALLEGRI V., *Credito di scopo e finanziamento bancario delle imprese*, Milano, Giuffrè, 1984; NIVARRA L., *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1658; GIUSTO N., *Il mutuo di scopo*, ne *I contratti in generale* (ALPA G. - BESSONE M. cur.), in *Giur. sist. civ. comm.*, II, 1, Torino, UTET, p. 513. Ma, soprattutto, v., nella più recente giurisprudenza, Cass. 20 gennaio 1994, n. 474, in *Foro it.*, 1994, I, c. 3094 con nota di richiami di SCODITTI E. e commento di MACARIO F., *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito per l'acquisto: opponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla vendita ed in Società e diritto*, 1994, p. 708, con nota di RODDI G., *Credito al consumo: collegamento negoziale tra vendita e sovvenzione*.

all'uso di carte), nonché il cosiddetto *leasing* traslativo al consumo (13). La riconduzione di tutte queste ipotesi alla generale definizione dell'art. 121 non appare invero dubbia. Il vero problema consiste, da un lato, nella verifica della finalità della concessione del credito e, dall'altro, nella possibile scomposizione dell'operazione economicamente unitaria in una pluralità di rapporti giuridici, rispetto ai quali ritorna attuale la risalente problematica del collegamento tra i contratti.

Diviene allora evidente come all'area tradizionalmente grigia e densa di incertezze sottesa alla teoria del collegamento negoziale si sommi, nella disciplina in rassegna, quella riveniente dalla incerta sfera di applicabilità della legge sotto il versante soggettivo tanto sul piano definitorio quanto su quello sistematico. La questione riguarda solo marginalmente il creditore, cioè colui che concederà il credito "nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale". Può in questo caso forse osservarsi come la sintesi non appaia semanticamente tra le più felici; e ciò in quanto, se la locuzione "attività professionale" fosse da riferire agli esercenti le professioni di cui all'art. 2229 cod. civ., risulterebbe francamente incomprensibile, visto che i componenti di tali ordinamenti particolari non possono certo concedere credito né in forma di dilazione di pagamento, né in altre forme. Di là del rilievo lessicale, non sembra peraltro dubbio che l'ambito applicativo della disposizione in realtà ricomprenda i soggetti riservatari di questa attività, espressamente indicati al successivo secondo comma dell'art. 121. Vale semmai la pena evidenziare come questa considerazione, già segnalata con riferimento al precedente art. 18 l. 142/1992, non sia stata tenuta in alcuna considerazione dagli estensori del T.U. nonostante la agevole soluzione consistente nell'adottare "la nota e collaudata espressione di attività imprenditoriale, visto che le categorie di soggetti indicati dall'art. 23" (l. 142/92, ora art. 121, co. 2 T.U.) "appaiono tutte sussumibili nell'art. 2195 cod. civ." (14).

(13) Della sterminata letteratura giuridica in materia di *leasing*, conseguente alla alternanza giurisprudenziale di questo contratto con le più familiari figura tipiche della vendita con patto di riservato dominio e di locazione con opzione per il trasferimento della proprietà, per economia del lavoro ci si limita, con riferimento alla materia trattata, a far menzione della dottrina in qualche modo relativa alle sei decisioni, tutte depositate il 13 dicembre 1989, talune con motivazioni assolutamente coincidenti, (nn. da 5569 a 5572), con cui la S.C. ha inaugurato l'indirizzo di distinguere due figure di *leasing*, rispettivamente il *leasing* c.d. finanziario o anche puro ed il *leasing* c.d. traslativo o anche impuro, consistenti la prima nel corrispettivo pagato dall'utilizzatore e commisurato al solo godimento del bene, la seconda che somma all'usuale canone anche una percentuale del prezzo del bene che consente, al termine del contratto, di esercitare l'opzione per acquisirne la proprietà a prezzo di favore. Le sentenze nn. 5572 e 5573 sono pubblicate in *Foro it.*, 1990, I, c. 462 con note di DE NOVA G., *La Cassazione ed il leasing: atto secondo* e di PARDOLESI R., *Leasing finanziario: si ricomincia da due*, ove ampi richiami della dottrina in argomento. Di là della intrinseca debolezza del nocciolo duro del ragionamento della Corte, che fa leva prevalentemente sulla residua valenza economica del bene allo spirare del contratto [nota invero la GORGONI M., *Il credito al consumo*, cit., p. 113 che in tal caso "qualora il locatario del *leasing* c.d. di godimento scegliesse, com'è in sua facoltà di esercitare l'opzione di acquisto, i due contratti (il *leasing* di godimento e quello traslativo) non presenterebbero differenze di rilievo, salvo che una differenza non voglia considerarsi ciò che nel *leasing* B l'effetto traslativo è quasi automatico, mentre nel *leasing* tradizionale è meramente eventuale"], la affermata espansione del *leasing* oltre il suo ambito originario dei beni strumentali all'esercizio dell'impresa porta "ad un nuovo tipo contrattuale che intercorre tra soggetti diversi, ha diversa causa (acquisto della proprietà del bene) e diverso oggetto (beni standardizzati e durevoli): tutti indici atti ad individuare un diverso tipo di contratto e ad ascriverlo nel novero delle operazioni di credito al consumo" (GORGONI M., cit., p. cit.). La sussunzione di questa figura di *leasing* traslativo al consumo (e v. ancora GORGONI M., *Credito al consumo e leasing traslativo al consumo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1992, p. 1121) nella disciplina sul credito al consumo dipende peraltro dalla "fortuna" del cennato orientamento presso i giudici di merito, e segnali non incoraggianti sembrano pervenire da Trib. Milano, 3 e 7 settembre 1992, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, II, p. 420. In dottrina, oltre ai cennati AA., v. ZENO ZENCOVICH V., *Il leasing e la causa di finanziamento: una confutazione grafica*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2329 e ZUDDAS G., *Note minime in tema di leasing finanziario*, in *Foro pad.*, 1989, I, p. 76.

(14) Così nel mio *Trasparenza bancaria, credito al consumo* etc., cit., c. 360.

Veniamo al debitore. Il destinatario della tutela legale viene individuato nel **consumatore**, e cioè nella “persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”. La definizione è, nella legislazione nuova, identica a quella adoperata, ad esempio, nella disciplina sulle clausole abusive (v. art. 1469 - bis, co. 2, cod. civ) introdotta in attuazione della direttiva C.E. n. 93/13 e, in sede autoregolamentare, alla omologa espressione contenuta nell’art. 7 della Circolare A.B.I. del 1° febbraio 1993, n. 3 istitutiva dell’*Ombudsman* bancario. A tutelare il “consumatore” sono inoltre rivolte le prescrizioni di altre significative leggi dello Stato, quali quella di disciplina della concorrenza e del mercato (l. n. 287/1990, art. 3, lett. b) e, più in generale, la Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 relativamente ai contratti conclusi dai consumatori (art. 5). Essa sconta, per difetto, un ambito applicativo diverso dal precedente Capo I dello stesso Titolo VI T.U. in tema di trasparenza bancaria, che abbraccia ogni controparte dell’impresa bancaria e finanziaria, nonché da similari espressioni in un modo o nell’altro riferibili alla controparte dell’impresa contenute in altri testi legislativi recentemente promulgati in materia finanziaria. È il caso delle espressioni “cliente”, “investitore”, “risparmiatore”, tutte aventi diversa ampiezza e portata applicativa (15).

Questa linea di politica legislativa, nitidamente giustapposta alla neutralità ed irrilevanza della qualità soggettiva delle parti proprie dello schema logico del codice civile, determina l’emersione di una sorta di “tipicità sociale” nel diritto dei contratti (16) in relazione al riconoscimento giuridico di ruoli economici o sociali meritevoli di tutela in capo a predefinite categorie di soggetti. E, seppur difficilmente le discipline speciali o derogatorie al diritto comune di volta in volta introdotte appaiono idonee a configurare veri e propri *status* soggettivi (17), nondimeno evidenziano cospicue tracce di una progressiva ed inarrestabile divaricazione della forbice tra contrattazione individuale e contrattazione di massa. Come è stato lucidamente osservato, “mentre al codice civile rimane consegnato il diritto dei rapporti comuni, che possiamo ben denominare *rapporti civili*, la concorrenza e gli scambi di massa trovano disciplina in un *diritto dei rapporti commerciali* (per taluna parte inserito, con una certa ruvidezza linguistica, nel corpo stesso del codice)” (18).

Risulta certo non agevole fornire una nozione appagante di consumatore, atteso che “la massa dei consumatori non costituisce una classe sociale” (19), essendo questa famiglia di soggetti, solo ontologicamente unitaria, in realtà costituita da “consumatori ricchi e consumatori poveri; consumatori colti e consumatori ignoranti; consumatori di beni di prima necessità e consumatori di beni di lusso; consumatori che hanno bisogno di tutela e consumatori in grado di autotutelarsi; consumatori lavoratori subordinati e consumatori lavoratori autonomi” (20).

(15) Per diffuse riflessioni sul tema, cfr. il mio *Statuto dell’impresa di investimento* etc., cit., p. 44 ss..

(16) RESCIGNO P., *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 49; LA ROCCA G., *La qualità dei soggetti e i rapporti di credito*, Napoli, Jovene, 1992, p. 48.

(17) ALPA G., *Status e capacità*, Bari, 1992.

(18) IRTI N., *Il diritto della transizione*, cit., p. 18. Dello stesso A. v. inoltre *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 289 ss. e, soprattutto, *Codice civile e società politica*, Bari, Laterza, 1995, p. 65 ss..

(19) BESSONE M., *Controllo del mercato e teoria del consumo. Per una discussione sul metodo degli studi*, in *Temi*, 1976, p. 316

(20) ALPA G., *Diritto privato dei consumi*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 23. Perspicue riflessioni sul tema, di non dissimile problematicità anche nell’ordinamento francese, sono in CHAZAL J.P., *Le consommateur existe - t - il?*, in *Recueil Dalloz*, 1997, ch., p. 260.

E tuttavia, pure in tale consapevolezza, sembra in realtà difficile giustificare l'esclusione della disciplina garantista con riferimento a categorie di soggetti, come i lavoratori autonomi, gli artigiani, i titolari di imprese familiari etc., meritevoli degli stessi livelli di protezione accordati a chi acquista il bene per usi presuntivamente personali; come opportunamente sottolineato da autorevolissima dottrina fin dalla prima esegesi della non chiara definizione di consumatore contemplata dalla direttiva 87/102 (21), appare invero "poco felice" l'esclusione dell'impiego dell'oggetto acquistato "in qualunque attività professionale, dunque anche in quelle che non hanno carattere imprenditoriale e che per tale motivo sono, su uno o altro fondamento, bene spesso nella nostra legislazione alleviate da oneri propri delle attività imprenditrici o rese destinarie di benefici a queste estranei" (22). *Quid juris* poi nel caso di mutamento della qualifica soggettiva in corso di rapporto? (e si pensi allo studente di giurisprudenza poi divenuto brillante ed affermato avvocato).

La replica a questi rilievi viene assegnata alla circostanza che, dovendosi individuare un *discrimen*, un limite all'applicazione della disciplina, pena altrimenti sue distorsioni questa volta per eccesso di tutela, risulta inevitabile la esclusione di fasce di soggetti per così dire "marginali". Questo risultato è, per un verso, sotteso all'idea stessa di limite e, per altro verso, esasperato dalla indeterminatezza della categoria soggettiva di riferimento. La intrinseca forza dell'argomento addotto è di tutta evidenza. Rimane peraltro da verificarne la ragionevolezza non in sé, quanto piuttosto con riferimento al criterio prescelto, che - lo si rammenta - è quello dell'applicabilità della disciplina solo in ipotesi di accesso al credito per l'acquisto del bene o comunque per la soddisfazione di bisogni esclusivamente personali o familiari. Sotto questo versante, escludendo le residuali fattispecie del giudizio valutativo riveniente dalla natura del bene, insuscettibile di usi diversi da quelli personali, la partita si sposta sul piano della destinazione in concreto impressa allo stesso ovvero, equivalentemente, su quello della valutazione dello scopo del credito. E qui diviene davvero difficile, facendo la tematica in esame sorgere nell'interprete "il dubbio sulla compatibilità del controllo giudiziale sullo scopo del contratto con la normativa generale del contratto, posto che di un siffatto principio non si rinviene traccia nel nostro ordinamento, ove è ammessa la valutazione da parte del giudice di scopi e motivi soltanto nei limiti in cui ciò possa condurre alla declaratoria di nullità del contratto per illiceità della causa, dei motivi, dell'oggetto ovvero... del suo contenuto" (23).

3. Le fattispecie escluse.

Fuoriescono dall'ambito di applicazione della legge le tassative esclusioni indicate dal comma 4 del cennato art. 121 T.U.

Vengono, in primo luogo, esclusi i "finanziamenti di importo rispettivamente inferiore e superiore ai limiti stabiliti dal CICR con delibera avente effetto dal trentesimo giorno successivo alla relativa pubblicazione nella **Gazzetta Ufficiale** della repubblica italiana" (lett. a). Non essendo, nonostante il tempo trascorso dall'entrata in vigore del T.U., intervenuta alcuna delibera del Comitato del credito attuativa della prescrizione in rassegna, i limiti minimi e massimi continuano ed essere pari rispettivamente a lire trecentomila e

(21) La direttiva 87/102 precisa essere consumatore "la persona fisica che, per le transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla sua attività professionale".

(22) OPPOG., *Presentazione*, in AA.VV., *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, cit., p. 12.

(23) MACARIO F., *Commento all'art. 121, ne Norme di attuazione etc.*, cit., p. 780.

lire sessanta milioni ai sensi dell'art. 18, co. 3, l. 142/1992 che, pur essendo stato - come tutta la legge - abrogato (a) dal T. U., resta in vigore per effetto del peculiare meccanismo di ultrattività disegnato dall'art. 161, co. 2, dello stesso T.U. (24).

Riguardo a questa causa di esclusione, per il resto piana ed aliena da problemi ermeneutici, viene dalla dottrina evidenziata "la potenziale portata eversiva o elusiva della norma, nella misura in cui la fissazione di un importo inferiore al minimo stabilito possa diventare facile mezzo di aggiramento della disciplina da parte di chi frazioni il prestito in una pluralità di contratti di ammontare inferiore al minimo stabilito dal legislatore (o dal C.I.C.R.)" (25). E, non a caso, si rammenta che nelle prime proposte di legge per il recepimento della direttiva figuravano misure anti - elusione, poi scomparse nel testo definitivo che "avrebbero dovuto assicurare l'equivalenza ad un unico contratto dell'insieme dei contratti di credito stipulati nell'arco di dodici mesi, fra le medesime parti ed aventi la medesima causa ed il medesimo oggetto" (26).

Mette conto, tuttavia, osservare, prescindendo anche dalla modestia del limite minimo attuale, che a non dissimili risultati può pervenirsi in via interpretativa a fronte di una pluralità di contratti di finanziamento al consumo posti in essere tra le stesse parti nell'arco di un lasso temporale non particolarmente esteso che denotino, per queste o altre circostanze, l'esistenza di un intento elusivo della disciplina a tutela del consumatore. Con il vantaggio, rispetto ad una rigida norma anti - elusione, aggirabile attraverso la sua formale osservanza, di una maggiore discrezionalità valutativa del giudice a tutto vantaggio del consumatore.

Vengono altresì esclusi dall'applicazione della legge i "contratti di somministrazione previsti dagli artt. 1559 e seguenti del codice civile, purché stipulati preventivamente in forma scritta e consegnati contestualmente al consumatore" (lett. b). Di là della scadente tecnica redazionale (non si coglie invero il senso del "preventivamente" che deve accompagnare la redazione in forma scritta del contratto), sono state al riguardo segnalate: a) l'arbitrarietà della riconduzione dell'ampia formula della direttiva (27) al contratto di somministrazione di beni (28); b) la sottrazione alla disciplina del T.U. di tutti i contratti di somministrazione ex art. 1559 segg. cod. civ. anche allorché a questi contratti accedano operazioni di finanziamento al consumo (29); c) l'incongruenza sottesa al fatto che

(24) E MARZIALE G., nella Premessa alla quinta edizione del suo Codice delle società, Milano, IPSOA, 1995, osserva che "il legislatore sembra aver smarrito i criteri che dovrebbero guidarlo nella sua attività e le leggi appaiono sempre più spesso vere e proprie carneficine degli ingegni... Prova ne sia che anche opere importanti di sistemazione legislativa rischiano di essere causa di nuove incertezze sul piano applicativo. È questo il caso, ad esempio, del nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia...che, pur avendo realizzato un provvidenziale sfolgimento delle disposizioni previgenti decretandone *espressamente* l'abrogazione, ha dato un notevole incremento ad una nuova categoria, un tempo assai rara, di norme giuridiche: quelle c.d. ultrattive, che continuano cioè ad essere applicate, pur essendo state abrogate". Meritoria appare allora la recente fatica della "Vigilanza" della Banca d'Italia di raccogliere e coordinare in un prezioso volume di studio (BANCA D'ITALIA, *Tematiche istituzionali. Testo unico bancario e provvedimenti di attuazione*, Roma, giugno 1997) le norme del T.U. integrate, articolo per articolo, dalla normativa di attuazione vigente.

(25) Così MACARIO F., *Commento all'art. 121*, cit., p. 786. In termini anche GAGGERO P., *Diritto comunitario e disposizioni interne*, cit., p. 628.

(26) Cfr. FRISULLO A., *Commento all'art. 121*, ne *Commentario al Testo Unico* etc., cit., p. 613.

(27) La direttiva prevede invero che "i contratti relativi alla prestazione continuata di un servizio, pubblico o privato, in base ai quali il consumatore ha il diritto di versare il corrispettivo per tale servizio, per la durata della fornitura, non sono considerati contratti di credito ai fini della presente direttiva" (cfr. art. 1, co. 2, lett. c).

(28) È esclusa dalla portata della esenzione la somministrazione di servizi, stante il tenore dell'art. 1559 cod. civ., come opportunamente osserva MACARIO F., *Commento all'art. 121*, cit., p. 786.

(29) Ancora MACARIO F., op. cit., p. 787.

l'inosservanza del requisito della forma scritta determina la sottoposizione del contratto di somministrazione a "regole volte a prescrivere requisiti formali identici a quelli dalla cui inosservanza dipende l'applicazione delle disposizioni che inderogabilmente li prevedono" (30), con diverse conseguenze sul piano sanzionatorio.

Pur non sottovalutando la portata delle considerazioni ora riassunte, va tuttavia osservato che la riconduzione dei "contratti relativi alla prestazione continuata di un servizio pubblico o privato" di cui all'art. 1, n. 2 della direttiva 87/102, alla somministrazione di beni dell'art. 1559 cod. civ., ancorché opinabile, non appare priva di fondamento, vista la tipologica e causale differenza di questa figura rispetto alla vendita a rate. Ed invero, "il somministrante si obbliga ad eseguire prestazioni periodiche o continuative di cose. Non trasmette né si impegna a trasmettere la proprietà di una o più cose all'altra parte". Ciò in quanto "la somministrazione è un contratto di scambio, ma non è una vendita; non è neppure una somma di vendite o di prestazioni tipiche della vendita, anche se si innesta sulla matrice comune dei contratti traslativi e se è debitrice alla vendita della sua origine e delle sue strutture elementari" (31). La sua qualificazione sul piano economico in termini di contratto tipico d'impresa, sotto altro profilo, se giuridicamente non rileva in punto di forma del contratto, non prevedendosi una forma tipica, di fatto rende marginali le occasioni in cui l'imprenditore concluderà questo contratto in forma diversa da quella scritta. E ciò per l'ovvio ricorso alla standardizzazione negoziale, con conseguente applicazione dell'art. 1341 cod. civ. La forma scritta diviene poi necessaria, sia pure soltanto *ad probationem*, allorché sia stipulato un patto di preferenza o di esclusiva (e v. art. 1568 cod. civ.) a favore del somministrante se ed in quanto si tratti di pattuizioni limitative della concorrenza.

Il suggestivo rilievo innanzi esposto sulla surrettizia modifica della libertà delle forme per il contratto di somministrazione che voglia continuare ad essere escluso dalla disciplina sul credito al consumo, ancorché concettualmente condivisibile, appare allora - in punto di fatto - destinato a cogliere nel segno solo con riferimento ad un ridotto campione di contratti della specie.

Le successive esenzioni indicate nelle lettere c) ("finanziamenti rimborsabili in un'unica soluzione entro diciotto mesi, con il solo eventuale addebito di oneri non calcolati in forma di interesse, purché previsti contrattualmente nel loro ammontare") e d) ("finanziamenti privi, direttamente o indirettamente, di corrispettivo di interessi o di altri oneri, fatta eccezione per il rimborso delle spese vive sostenute e documentate") hanno ad oggetto ipotesi di contratti di finanziamento che, per non prevedere il pagamento di oneri calcolati in forma di interesse, ovvero per costituire erogazioni fondamentalmente gratuite, giustificano la loro sottrazione alla disciplina garantistica del T.U. Non mancano peraltro, come opportunamente segnalato in dottrina, scostamenti dalle corrispondenti prescrizioni comunitarie (32).

Chiudono la lista le ipotesi dei finanziamenti relativi a beni immobili (lett. e) e quella dei contratti di locazione semplice (confermando, *a contrario*, la soggezione alla disciplina del cosiddetto *leasing* al consumo) di cui alla conclusiva lett. f). Vale, a tale ultimo ri-

(30) Così GAGGERO P., *Diritto comunitario e disposizioni interne*, cit., p. 629.

(31) Cfr. COTTINO G., *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in *Commentario del codice civile* (SCIALOJA A - BRANCA G., cur.), Bologna - Roma, Zanichelli, 1970, rispettivamente pp. 79 e 78.

(32) Osserva GAGGERO P., *Diritto comunitario e disposizioni interne*, cit., p. 631 che "la normativa comunitaria sulle esclusioni, per quanto rileva ai fini della comparazione con quelle previste dalla disciplina interna in relazione alle prestazioni obbligatorie contrattuali del finanziato, distingue tre ipotesi. La prima corrisponde alle erogazioni senza remunerazione di interessi o altri oneri, ossia gratuite...la seconda riguarda i contratti di credito che non obblighino il finanziato al pagamento di interessi e che contemplino il rimborso in un'unica soluzione...la terza ha esclusivo riferimento per le modalità di restituzione del credito".

guardo, la pena di sottolineare come il legislatore, evidentemente ossessionato dall'idea che questo tipo contrattuale possa artatamente essere impiegato per sfuggire alla disciplina, prescriva l'impiego dell'espressa clausola "che in nessun momento la proprietà della cosa locata possa trasferirsi, con o senza corrispettivo, al locatario", così facendo paradossalmente ricadere, beninteso sul piano letterale, contratti di locazione semplice tuttavia privi della cennata clausola nell'ambito di applicazione della legge.

Per le aperture di credito in conto corrente non connesse all'uso di una carta di credito il T.U., diversamente dalla direttiva comunitaria (v. art. 2, lett. e), non contempla l'inapplicabilità della disciplina, sibbene solo il regime speciale e derogatorio contenuto nell'art. 126. Ciò in ragione della natura per così dire "bivalente" del contratto in parola, giacché se, da un lato, "l'apertura di credito è una delle forme di finanziamento alla quale, nella prassi, si ricorre più frequentemente per le concessioni di credito **all'impresa**" (corsivo mio) (33), è, d'altro lato, evidente che - a fronte della possibile sussunzione della controparte della banca nella figura del consumatore - "da questo contratto può derivare un tipo di rapporto che ha molteplici affinità con quello ricorrente nei contratti di credito al consumo" (34). In ogni caso, anche con riferimento a quest'ultima ipotesi, l'applicabilità della disciplina sul credito al consumo appare difficile. E basti, al riguardo, riflettere sulla impossibilità tecnica del calcolo del tasso annuo effettivo globale (TAEG) in un rapporto per il quale i versamenti ed i prelievi del consumatore non sono generalmente determinati né nel *quantum* né nel *quando*.

Ecco che allora è sufficiente che siffatti contratti, per i quali non sia espressamente esclusa la possibilità per l'accreditato di utilizzare più volte il credito e di ripristinare, con successivi versamenti, la disponibilità, [in difetto dovrebbe trovare invero applicazione la disciplina generale sul credito al consumo (35)], indichino - a pena di nullità - : a) il massimale e l'eventuale scadenza del credito; b) il tasso d'interesse annuo ed il dettaglio analitico degli oneri applicabili dal momento della conclusione del contratto, nonché le condizioni che possono determinare la modifica durante l'esecuzione del contratto stesso; c) le modalità di recesso.

In quanto espressamente comprensiva della possibilità per gli intermediari finanziari, oltre che ovviamente per le banche, di avvalersi del tipo contrattuale disegnato dall'art. 1842 cod. civ., la norma ha fatto registrare, in dottrina, critiche "per il fatto che ammette gli intermediari non bancari ad avvalersi dello strumentario utilizzato nell'esercizio dell'attività bancaria" (36). La questione, che evoca il noto dibattito sulla applicabilità *in toto* o solo in via analogica delle norme sui contratti bancari ad ipotesi di contratti conclusi con soggetti che non rivestono la qualità di banca, non pare univoca nel senso innanzi indicato, potendosi, in realtà, sostenere che la dizione dell'art. 126 T.U. sia assolutamente in linea con l'orientamento restrittivo della giurisprudenza della Suprema Corte (37) ed, anzi, confermi, in virtù dell'argomento interpretativo *a contrario*, quelle conclusioni, per i casi in cui, come *in primis* nel codice civile, il legislatore non estenda espressamente a soggetti diversi dalla banca la capacità di porre in essere quei negozi.

(33) Ancora GAGGERO P., op. cit., p. 636.

(34) CANALE G., *Commento all'art. 126, ne Norme di attuazione etc.*, cit., p. 873.

(35) Così FRISULLO A., *Commento all'art. 121*, cit., p. 631.

(36) DESIDERIO L., *Banche e società finanziarie nei rapporti di credito al consumo*, ne AA.VV., *La disciplina comunitaria*, cit., p. 111.

(37) E v. Cass., 25 gennaio 1961 n. 109, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1961, II, p. 330 con nota critica di PAVONE LA ROSA, *Ambito di applicabilità della disciplina dei contratti bancari e disciplina del contratto misto*; Cass., 9 gennaio 1975, n. 52 in *Dir. fall.*, 1975, II, p. 746; Trib. Bologna, 10 marzo 1961, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1961, II, p. 264 con nota critica di MOLLE G., *Ancora sul caso Giuffrè*.

4. Profili pubblicistici: riserva d'attività, controlli e sanzioni

Con l'attuazione della direttiva C.E., l'esercizio in Italia del credito al consumo diviene attività riservata alle sole categorie di soggetti indicate nel secondo comma dell'art. 121, e cioè alle banche (lett. a); agli intermediari finanziari (lett. b); ai soggetti autorizzati alla vendita di beni o di servizi nel territorio della Repubblica, peraltro nella sola forma della dilazione del pagamento del prezzo (lett. c). La rilevanza pubblicistica di tale attività, il cui carattere riservato già costituisce significativo indicatore, trova poi espressa conferma nella successiva norma dell'art. 128 T.U. in tema di vigilanza e di controlli, nella disciplina dell'abusivismo, nelle sanzioni amministrativa. In questo paragrafo tratteremo partitamente le tematiche ora evocate.

Intanto, quanto all'identificazione dei riservatari, la definizione di "banca" rinviene nello stesso T.U. formale significato giuridico. Se invero "la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria" (art. 10, co. 1), non sembra dubbio che il termine banca valga a qualificare l'impresa - sottoposta alla peculiare disciplina del T.U. - che congiuntamente raccolga risparmio tra il pubblico ed eroghi, nelle diverse forme, credito. Questo risultato, ampiamente acquisito in giurisprudenza fin dalle decisioni della Suprema Corte relative ai noti "caso Giuffrè" e "caso Società finanziaria italiana" (38), scontava tuttavia, prima del cennato art. 10, le perplessità di una dottrina, ancorché minoritaria (39), fondamentalmente preoccupata di assicurare sanzionabilità alla sola abusiva raccolta del risparmio tra il pubblico attraverso la infelice formulazione del vecchio art. 96 della legge bancaria del 1936. La vicenda è nota e, a fronte dell'univoco testo legislativo ora vigente, irrilevante sul piano positivo. Vale invece la pena osservare come il mutuo riconoscimento di cui gode l'attività di credito al consumo [e v. art. 1, lett. f), n. 2], comporta il suo svolgimento in tale regime anche da parte di banche comunitarie nel territorio della Repubblica.

Accanto alle banche, come sopra definite, sono riservatari dell'attività gli intermediari finanziari. E tuttavia, in questo caso, a dispetto della "definizione" di cui alla lett. g) dell'art. 1, non ricorre nel T.U. una nozione giuridica concettualmente riferibile a soggetti della specie, ma solo l'indicazione di specifiche categorie di intermediari: quelle contemplate nell'art. 106 come esercenti nei confronti del pubblico di un'ampia serie di attività finanziarie, come l'assunzione di partecipazioni, la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, la prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi, iscritte in un apposito elenco tenuto dal Ministro del tesoro. Nel rimettere allo stesso "Tesoro", sentiti Banca d'Italia ed Ufficio italiano cambi, la specificazione del contenuto di tali attività ed i presupposti della loro ricorrenza nei confronti del pubblico, la richiamata norma precisa (co. 4, lett. a) che il credito al consumo si considera sempre esercitato nei confronti del pubblico [arg. ex lett. a), ultimo inciso]. In ogni caso, con disposizione reiterativa, l'art. 2 del d.m. attuativo del 6 luglio 1994 precisa che l'attività di finanziamento sotto qualsiasi forma ricomprende, tra l'altro, ogni tipo di finanziamento connesso con operazioni di credito al consumo, come definito dall'art. 121 T.U., fatta eccezione per la forma tecnica della dilazione di pagamento.

Diversamente dalle banche, gli intermediari finanziari non godono, tranne che nella forma di società finanziarie controllate da banche ai sensi dell'art. 18, del mutuo riconosci-

(38) Rispettivamente, Cass., 8 aprile 1965, n. 611, in *Foro it.*, 1965, I, c. 1034 e Cass., 13 marzo 1965, n. 425, *id.*, 1965, c. 618. Per maggiori riferimenti sul punto v. il mio *Abusivismo bancario ed occasioni perdute*, nota a Cass., 27 giugno 1991, n. 7209, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2709.

(39) RUTA G., *Configurabilità dell'abusiva raccolta del risparmio tra il pubblico*, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1965, I, p. 53 ss.. *Contra*, per tutti, MINERVINI G., *Banca, attività bancaria, contratti bancari*, in AA.VV., *Scritti in onore di Graziani*, Napoli, 1960, p. 737.

mento. Ecco che allora l'esercizio del credito al consumo da parte di intermediari finanziari comunitari e non è subordinato alle condizioni stabilite dal Ministro del tesoro con il decreto del 28 luglio 1994, attuativo dell'art. 114 T.U., che costituiscono presupposto dell'iscrizione nell'elenco generale.

Mentre a queste due famiglie di imprese finanziarie è ascrivibile la più evoluta prestazione di servizi riconducibili alla fattispecie credito al consumo, la tradizionale caratterizzazione della vendita di beni o servizi "nella sola forma della dilazione del pagamento del prezzo" pertiene alle imprese commerciali indicate nella lett. c) del cennato comma secondo della norma in rassegna. Può convenirsi con il carattere "oscuro" della menzionata disposizione, nella parte in cui fa riferimento a soggetti "autorizzati" alla vendita di beni o di servizi, non risultando "che la vendita di beni o di servizi sia soggetta, in linea di principio, ad autorizzazione" (40), dovendosi allora ritenere preferibile individuare il rinvio alla licenza di commercio. All'oscurità si somma, tuttavia, l'incompletezza della norma in quanto - a fronte del carattere riservato dell'attività - manca la sanzione per l'abusivismo. Ed infatti, mentre fattispecie e disciplina dell'abusivismo bancario e finanziario trovano fonte normativa negli artt. 131 e 132 T.U., nulla è previsto per la abusiva vendita di beni e servizi nella forma della dilazione del pagamento del prezzo.

Il successivo terzo comma estende infine, in quanto compatibili, la disciplina legislativa sul credito al consumo e quella sulle regole generali e sui controlli anche a quanti svolgano attività di intermediazione finalizzata alla concessione del credito da parte del finanziatore.

La norma sui controlli stabilisce la competenza della Banca d'Italia in punto di vigilanza documentale ed ispettiva nei confronti di banche ed intermediari finanziari, con la precisazione - per questi ultimi - che la stessa Banca centrale possa chiedere alle competenti Autorità di controllo o di vigilanza (fondamentalmente all'Ufficio italiano dei cambi) di effettuare verifiche documentali ed ispettive (41). Nei confronti delle imprese commerciali ex lett. c), co. 2, art. 121, l'attività di controllo è svolta dal Ministro dell'industria, commercio ed artigianato, al quale spetta anche l'irrogazione delle sanzioni amministrative. Il Ministro del tesoro, che rappresenta la terza Autorità competente in materia nell'allocatione dei poteri disegnata dall'art. 128 T.U., può, su proposta della Banca d'Italia, disporre la sospensione dell'attività anche di singole sedi secondarie dei soggetti di cui alle lett. a) e b) dell'art. 121, co. 2, "in caso di ripetute violazioni delle disposizioni concernenti gli obblighi di pubblicità".

Fin qui la norma nel suo aspetto descrittivo. Il suo consistente elemento di novità, sul piano sistematico, risiede nella definizione della finalità di detti controlli, all'evidenza punto diversi da quelli di stabilità che da sempre connotano l'esercizio della funzione di vigilanza rimessa alla Banca d'Italia nei confronti dei soggetti finanziari. Non può, in via di prima approssimazione, non convenirsi con l'opinione che, nel catalogo delle finalità della vigilanza bancaria indicate nel precedente art. 5 T.U., quella in parola difficilmente possa essere ricondotta allo scopo di assicurare la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati (42). Certo maggiormente fondato appare il ricondurre questi controlli ad obiettivi di competitività del sistema finanziario anche in quanto, di là dei benefici effetti della concorrenza in punto di prezzo e qualità dei beni e servizi offerti, le disparità legislative nazio-

(40) In questi termini DE NOVA G., ne AA.VV., *Commentario alla nuova legge bancaria* (FERRO LUZZI P. - CASTALDI G. cur.), cit., p. 1864.

(41) D'AMBROSIO R., *Commento all'art. 128*, ne *Commentario al testo unico* etc., cit., p. 637.

(42) Ancora D'AMBROSIO R., op. cit., p. 637.

nali in materia di protezione del consumatore alterano principi di libera ed uguale competizione dell'impresa nel mercato unico, nel senso di favorire quella appartenente a paesi in cui esistano normative più permissive, se non vere e proprie carenze, a scapito dell'impresa di paesi dotati di efficaci strumenti di trasparenza e riequilibrio del rapporto.

Non sempre, tuttavia, il *trade off* tra tutela della concorrenza e tutela del consumatore procede in senso univoco nell'innalzamento dei livelli della prima variabile a fronte di significativi interventi di riduzione degli spazi di autonomia dell'impresa nella predisposizione dei contratti di massa. I problemi di maggiore momento attengono, in particolare, alle cosiddette norme paternalistiche di riequilibrio esterno del rapporto (43) che, insieme alla qualità del contratto, possono determinare anche l'innalzamento del suo prezzo da parte dell'insieme degli offerenti e ridurre così gli spazi di competitività tra le imprese finanziarie. Talune tra le disposizioni contenute nella legge sul credito al consumo (si pensi

(43) Cioè "di quelle norme il cui comune denominatore consiste nella forte riduzione di libertà di scelta da parte dell'individuo operata dall'ordinamento al fine di assicurare una particolare protezione della persona, o di una intera categoria di persone, da atti contrari al proprio interesse". Così nel mio *Norme di protezione dell'utente dei servizi bancari e finanziari: taluni effetti economici*, cit., p. 29, evocando il noto *Paternalism and the law of contract* di KRONMAN A., in *92 Yale law journal*, 1983, p. 763 ss., sul quale diffusamente COSENTINO F., *Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell'autonomia dei privati*, in *Quadrimestre*, 1993, p. 121. Recentemente, pur riconoscendo il carattere "paternalistico" della proposta, PARDOLESI R. e PACCES A., *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in *Diritto privato 1996*, II, Padova - Cedam, 1997, p. 377 ss., evidenziano l'opportunità di proscrivere, tramite il "braccio violento della legge", le clausole vessatorie, previa individuazione di apposita "lista nera". Condotta in punto di analisi economica del diritto, l'indagine perviene a tali risultati fondamentalmente sulla scorta del rilievo che - a fronte del razionale comportamento di disinteresse del consumatore rispetto alle condizioni generali di contratto - "si perviene ad una situazione in cui i consumatori, nella loro razionale ignoranza, preferiscono un contratto inefficiente, con un prezzo dichiarato più basso ma una serie di costi impliciti derivanti dall'eventuale manifestarsi dei rischi contrattuali, ad un contratto che ipoteticamente realizzi l'efficiente allocazione del rischio" (p. 412). Da ciò l'emersione di un "market for lemons" (approssimativamente, mercato dei bidoni), cioè di un mercato in cui, esistendo concorrenza solo sul versante del prezzo dei prodotti (l'unico elemento che realmente interessa al consumatore), si raggiungerà "un equilibrio in cui sono disponibili prodotti con caratteristiche qualitative sub - ottimali" (p. 413).

Ancorché esposta dalla dottrina di EAL più apprezzata, oltre che più vicina alle posizioni di chi scrive, non ci sentiamo di condividere le conclusioni testé riportate; e ciò non solo in quanto assolutamente non riferibili al mercato dei prodotti finanziari, ove qualità del contratto e prezzo dello stesso costituiscono elementi unitari e non scindibili dell'atto di autonomia ma, soprattutto, perché esse fanno - come suol dirsi - di tutta l'erba un fascio. Intanto non è vero, proprio in punto di analisi economica del diritto, che il costo marginale dell'informazione, dell'attenzione alle caratteristiche delle clausole proposte, ecceda sempre per il consumatore quello del prodotto sul mercato. Dipende dal consumatore e dipende, soprattutto, dal bene di cui trattasi, altro essendo l'acquisto di un paio di scarpe rispetto, poniamo, all'acquisto di un sofisticato *computer*, per il quale durata e caratteristiche della garanzia, più o meno agevole possibilità di chiedere la sostituzione del bene difettoso etc. giocano un ruolo di rilievo nella decisione finale di scelta del prodotto. Donde la necessità per il consumatore di affrontare *ex ante*, con comportamenti improntati alla razionalità economica concreta, i costi di informazione relativi alla comparazione delle condizioni di contratto proposte dalle imprese presenti sul mercato, in esito della quale non pare azzardato affermare che l'opzione possa - alla fine - privilegiare la maggiore qualità del contratto a scapito del pur apparente maggior prezzo del prodotto. E, si badi, la domanda non è qui rappresentata da consumatori marginali, ma proprio dalla stragrande maggioranza, se non dalla quasi totalità, dei consumatori di quel prodotto, che sono nella realtà meno stupidi e sprovvisti di ciò che analisi teoriche portano a ritenere.

Da ciò discende, in punto di leggi economiche di mercato, l'adeguamento dell'offerta di miglioramento delle condizioni poste dall'impresa in termini non - ovviamente - assoluti (di tutto il contratto), ma relativi a quelle clausole avvertite come maggiormente vessatorie per il consumatore. Il processo verso l'efficienza paretiana del contratto è necessariamente lento e, forse, mai completamente realizzabile. Trattasi invero di efficienza relativa. Meglio questo, tuttavia, di una (apparente) evoluzione eterodiretta, se non proprio drogata, che elimina in radice la possibilità della concorrenza (imperfetta quanto si vuole, ma pur sempre concorrenza) sul piano del miglioramento del contratto, espropriando l'impresa della libertà di offrire, il consumatore della libertà di scegliere.

all'art. 125, oggetto di analitica disamina nel successivo capitolo), nonché in quella sulla trasparenza bancaria, idonee tuttavia a spiegare effetti anche nella materia in rassegna (si pensi alla tormentata polivoca norma contenuta nell'ottavo comma dell'art. 117 che conferisce a Banca d'Italia il potere di prescrivere che determinati contratti abbiano contenuto tipico determinato), possono - ove rigidamente interpretate ed applicate - produrre effetti della specie con conseguenze opposte rispetto ai meritori obiettivi perseguiti in punto di tutela del consumatore.

Ed allora, a fronte di tali indesiderati ed indesiderabili scenari, propri di situazioni altamente regolamentate, l'affidamento della attuazione e del controllo del rispetto effettivo di tale disciplina in vista dell'obiettivo di tutela "dinamica" (44) del risparmiatore attraverso il diritto dei contratti alla autorità già investita della cura di obiettivi di competitività del sistema non può che rappresentare la via privilegiata per un giusto equilibrio tra aspetto allocativo (efficienza) ed aspetto distributivo (equità) nei casi di eventuale conflitto tra le due variabili in gioco.

Venendo, da ultimo alle sanzioni amministrative, mette conto far menzione della applicabilità nei confronti degli esponenti e degli stessi dipendenti di banche, intermediari finanziari ed imprese commerciali (nonché nei confronti di coloro che si interpongono nelle operazioni di credito al consumo) della sanzione pecuniaria fino a lire cento milioni per l'inosservanza delle dette prescrizioni dell'art. 128, ovvero per ostacolare l'esercizio delle funzioni di controllo innanzi descritte. Il tentativo di aggiramento della disciplina attraverso il frazionamento artificioso di un unico contratto in una pluralità di contratti di credito al consumo soggiace, ex art. 144, co. 4, alla stessa sanzione amministrativa, mentre è sanzionata nei termini previsti dal co. 3 dell'art. 144 l'inosservanza delle prescrizioni in tema di pubblicità o delle relative disposizioni generali o particolari impartite dalle Autorità creditizie. I decreti applicativi delle sanzioni vengono pubblicati nelle forme e nei modi contemplati dal successivo art. 145, co. 3.

La procedura sanzionatoria, che fa tesoro della pregressa felice esperienza del vecchio art. 90 della legge bancaria del '36, accentra presso un unico giudice (la Corte d'Appello di Roma), in un unico grado di giudizio, i reclami avverso il decreto con cui il Ministro applica le sanzioni proposte dalla Banca d'Italia al termine della fase istruttoria descritta dal primo comma dell'art. 145.

(44) Sulla codificazione di questo obiettivo a seguito della legge c. d. Eurosim, sia consentito rinviare al mio *Statuto dell'impresa* etc., cit. p. 62 ss.

CAPITOLO III

LE TECNICHE DI TUTELA DEL CONSUMATORE

SOMMARIO: **1.** Norme di trasparenza e norme di protezione. Quale tutela. - **2.** Il Tasso annuo effettivo globale (TAEG). - **3.** Prescrizioni di forma e di pubblicità. - **4.** La nullità delle clausole di rinvio agli usi. - **5.** Le “disposizioni varie” a tutela del consumatore.

1. Norme di trasparenza e norme di protezione. Quale tutela

Pregiudiziale alla disamina dei contenuti della disciplina domestica sul credito al consumo è, sul piano metodologico, la esplicitazione di due opzioni che rappresentano le “istruzioni per l’uso” delle pagine che seguono.

La prima, in verità ovvia, risiede nella stretta interrelazione tra questa normativa e quella contenuta nel precedente Capo del T.U. sulla trasparenza bancaria. Il rapporto, che non è biunivoco, consiste nella estensione delle disposizioni sulla trasparenza bancaria al credito al consumo “per gli aspetti non diversamente disciplinati” (cfr. art. 115, co. 3). Altrove, e prima della armonizzazione recata dal Testo unico, mi ero avvalso per descrivere in via di metafora il coordinamento tra i due insiemi, dell’immagine dei cerchi concentrici ove il cerchio più interno, corrispondente alla materia del credito al consumo, individua i soggetti che sono destinatari di ambedue le discipline (1). La questione del coordinamento, ora sul piano formale superata nei termini indicati dalla riportata norma del T.U., sconta tuttavia ricadute di rilievo in sede ermeneutica, persistendo l’esigenza “che le due discipline siano ricostruite e interpretate in modo da risultare tra loro coerenti” (2). Nel perseguire questo obiettivo, l’attenzione verrà tuttavia appuntata in maniera più diffusa - stante l’oggetto assegnato - alle disposizioni di diritto positivo in senso stretto ascrivibili al credito al consumo, rinviando per una più compiuta esegesi della norme sulla trasparenza bancaria alla dottrina che, *funditus*, ha trattato le tematiche di volta in volta considerate.

La seconda avvertenza, molto meno ovvia, consiste in una scelta di sistema: quella di scomporre le disposizioni in argomento in ragione del bene giuridico protetto onde procedere successivamente alla loro riclassificazione con riferimento alla categoria di appartenenza. Vengono così in gioco due grandi insiemi di norme, fondamentalmente corrispondenti ai due grandi snodi in cui tradizionalmente si articola il paradigma dell’autonomia negoziale: 1) norme di trasparenza e di correttezza, che impattano sulla libertà di scelta, sulla consapevolezza del consenso e sulla autoresponsabilità (*rectius*, autoresponsabilizzazione) del consumatore; 2) norme di equilibrio eteronomo del rapporto, o di protezione, che impattano sulla negoziabilità dei contenuti del contratto, vietando al “professionista”, a pena di nullità relativa, l’impiego di determinate clausole o condizioni, estendendo a questi rapporti disposizioni del codice civile relative a particolari tipi contrattuali, o integrandole, o facendo a tali disposizioni deroga.

Opzione questa, come si precisava, molto ardita, non solo in ragione del fisiologico tasso di approssimazione che accompagna classificazioni tanto sommarie in costanza di una serie di rinvii reciproci che talora riconducono alla stessa fattispecie legale situazioni concettualmente giustapposte, quanto soprattutto della stessa polivocità ermeneutica dell’espressione “trasparenza”. Riferita ai contratti bancari, tale locuzione si può invero “intendere in diverse accezioni... può riguardare oneri di forma del contratto, per far sì che la controparte dell’istituto di credito, cioè il cliente, sia in grado di conoscere dettagliatamente già nel momento di costituzione del rapporto, la natura e l’oggetto del contratto, e, in sostanza, l’ampiezza delle obbligazioni assunte nei confronti della banca e il loro corrispondente onere economico, nonchè le posizioni di vantaggio offerte dall’ente creditizio; può riguardare l’ambito e l’oggetto delle informazioni che si possono trasmettere al cliente nella fase anteriore alla costituzione del rapporto, nella fase di esecuzione e nella fase di

(1) Precisamente nel mio *Trasparenza bancaria, credito al consumo etc.*, cit., c. 356.

(2) Negli indicati termini BUSSOLETTI M., *Il coordinamento tra trasparenza e credito al consumo*, ne AA.VV., *La nuova legge bancaria*, cit., p. 1885.

estinzione; può riguardare il *jus variandi* dell'imprenditore; può riguardare la tecnica di redazione delle clausole e la loro intellegibilità; può riguardare lo stesso contenuto minimo del contratto; può riguardare, infine, lo scambio di informazioni tra le parti e quindi la correttezza di comportamento dei soggetti che nella fase di costituzione, esecuzione ed estinzione del rapporto operano a contatto con il cliente" (3).

Nella piena consapevolezza di tutto quanto esposto, trovo tuttavia che gli eventuali vantaggi rivenienti da tale scelta metodologica siano idonei a superare le pure possibili critiche proprio alla luce dei divisati obiettivi di effettiva tutela del consumatore. Seppur infatti anche riguardo ai principi di *disclosure* e *fairness* che informano la legislazione nuova non sono estranei problemi di definizione e quantificazione dei costi economicamente tollerabili a fronte delle concrete *utilitates* che norme della specie producono per il contraente debole, l'area certamente più interessata a simili fenomeni è quella delle norme del secondo tipo che, insieme ad un consistente innalzamento della qualità del contratto per l'utente, determinano un inevitabile incremento del suo prezzo per effetto del trasferimento del rischio legale dal consumatore all'imprenditore. In particolare, quanto maggiormente limitativa delle capacità (se si preferisce, della forza) contrattuale dell'impresa in tema di minimizzazione del rischio legale è la nuova disciplina, tanto maggiore sarà il prezzo del contratto. Il rapporto tra i due termini di riferimento è infatti di diretta proporzionalità.

Distinguere i due insiemi è allora operazione pregiudiziale tanto alla valutazione della regola giuridica in ragione del suo impatto allocativo (*id est*, al *trade - off* costo/qualità del contratto), quanto alla conseguente linea di *policy* da perseguire. Non dimenticando, nel frattempo, che la stessa invocata coerenza nella ricostruzione ermeneutica dei rapporti tra trasparenza bancaria e credito al consumo non può non escludere la duplicazione di discipline. A patto, beninteso, di comprendere in che cosa l'eventuale duplicazione possa consistere sotto il versante della informazione al consumatore.

2. Il Tasso annuo effettivo globale (TAEG)

Muovendo dalla disposizioni di trasparenza, vengono in gioco la disciplina della pubblicità indicata dall'art. 116 T.U., co. 1, 3 e 4, come integrata dagli artt. 122 e 123 in tema di Tasso annuo effettivo globale (TAEG), l'art. 119 sulle comunicazioni periodiche alla clientela e l'art. 124, co. 2 e 3 in tema di prescrizioni contrattuali obbligatorie.

Il finanziatore dovrà quindi provvedere ad esporre "in ciascun locale aperto al pubblico" le condizioni del credito come da primo comma del ripetuto art. 116, attenersi alle ulteriori prescrizioni del Comitato del credito di cui al terzo comma che, in quanto non ancora emanate, sono attualmente contenute nel d.m. del 24 aprile 1992 grazie al noto meccanismo di ultrattività della vecchia legge n. 154/1992 (art. 2, co. 7) sancito dall'art. 161 del T.U., indicare il TAEG ed il relativo periodo di validità.

Il TAEG è il costo totale del credito a carico del consumatore, espresso in percentuale annua del credito concesso. Esso comprende gli interessi e tutti gli oneri da sostenere per utilizzare il credito.

Diversamente da quanto disposto dal secondo comma dell'art. 122, le modalità di calcolo del TAEG, gli elementi da computare e la stessa formula di calcolo non sono attual-

(3) Cfr. ALPA G., *Note minime sulla trasparenza dei contratti bancari e finanziari*, ne AA.VV., *La nuova legge bancaria*, cit., p. 1782.

mente stabiliti dal Comitato del credito, ma ancora dal d.m. 8 luglio 1992, anche in questo caso grazie al cennato meccanismo di ultrattività dell'art. 19, co. 2, l. 142/1992.

L'elemento di reale novità sotteso a questo indicatore dell'onerosità del finanziamento deriva dall'essere il TAEG un tasso di interesse **effettivo** a fronte della tradizionale vocazione del nostro ordinamento a prescegliere principi in un modo o nell'altro riferentisi a tassi di interesse **nominali**. La distinzione tra i due indicatori del debito risiede fondamentalmente nell'elemento temporale della riscossione dell'interesse che, a fronte di un interesse annuo nominale, può verificarsi (e, di fatto, si verifica) con riferimento a periodi inferiori all'anno (es: un trimestre, un semestre), con il vantaggio per l'intermediario di poter concedere - con l'aliquota di interessi riscossa anticipatamente - nuovi prestiti. Di converso, il TAEG è quel tasso che "rende uguali, su base annua, i valori attuali di tutti gli impegni (prestiti, rimborsi ed oneri) esistenti o futuri presi dal creditore e dal consumatore" (4).

La principale fonte della nominatività dell'interesse è rappresentata dall'art. 821 cod. civ. il quale, nello statuire che "i frutti civili si acquistano **giorno per giorno**, in ragione della durata del diritto", estende la sua portata applicativa anche agli interessi.

Proprio in relazione al precisato carattere nominalistico dell'interesse si giustifica peraltro l'uso bancario della capitalizzazione trimestrale degli interessi attivi da parte delle banche e la conseguente deroga al divieto dell'anatocismo statuito dall'art. 1283 cod. civ. Trattasi, com'è noto, di usi normativi aventi efficacia derogatoria della legge che sussistono ove siano presenti l'elemento oggettivo della diffusione di un comportamento nella generalità degli interessati e quello soggettivo dell'adeguamento dei soggetti nella convinzione di adempiere ad un precetto di diritto. La sussistenza di tali due elementi e la conseguente qualificazione dell'uso di che trattasi nei termini sopra riportati costituisce affermazione ricorrente in una costante giurisprudenza di legittimità (5) e di merito (6), che sconta voci di dissenso da parte di una dottrina che, in chiave di politica del diritto, evidenzia come l'anatocismo costituisca un "ingiusto privilegio per le aziende di credito, privilegio che contribuisce oltre tutto a rendere meno trasparente la cosiddetta forbice tra costo del credito bancario e remunerazione bancaria del risparmio" (7).

Una recente decisione di merito (8) ha tuttavia pronunciato la nullità, per violazione dell'art. 1283 cod. civ., di una clausola, contenuta in un contratto di apertura di credito in conto corrente, che prevedeva l'anatocismo, ritenendo - sul piano positivo - che non possa configurarsi un uso normativo in favore della banca in assenza di una **consapevole opinio juris seu necessitatis** da parte del cliente. Ciò in quanto siffatte clausole rappresenterebbe-

(4) Cfr. Direttiva n. 87/102/CE, art. 1 bis, par. 1, lett. a).

(5) Cass., 20 giugno 1992, n. 7571, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1993, II, p. 358; *Id.*, 30 maggio 1989, n. 2644, in *Foro It.*, 1989, I, c. 3127; *Id.*, 5 giugno 1987, n. 4920, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1988, II, p. 578; *Id.*, 15 febbraio 1981, n. 6631, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 374.

(6) Trib. Milano, 2 dicembre 1992, in *Banca, borsa, tit. credit.*, II, p. 358; *Id.*, 11 gennaio 1990, in *Giur. merito*, 1990, p. 712; *Id.*, 13 ottobre 1988, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1990, II, p. 213; *Id.*, 15 giugno 1989, *id.*, 1991, II, p. 418; *Id.*, 25 giugno 1987 e 23 aprile 1988, *id.*, 1990, II, p. 277.

(7) GABRIELLI E., *Controllo pubblico e norme bancarie uniformi*, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1977, I, p. 294. Nello stesso senso SALANITRO N., *Le banche e i contratti bancari*, Torino, UTET, 1983, p. 76; *Id.*, *Evoluzione dei rapporti tra disciplina dell'impresa e disciplina dei contratti nel settore creditizio*, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1992, I, p. 602. *Contra* ASCARELLI T., *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del codice civile* (SCIALOJA A - BRANCA G., cur.), Bologna - Roma, Zanichelli, 1962, p. 563; DI AMATO A., *Anatocismo e prassi bancaria*, in *Giust. civ.*, 1982, II, p. 1381.

(8) Trib. Vercelli, 21 luglio 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1662 ed in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1995, II, p. 355.

ro non usi normativi ma solo usi negoziali imposti ai privati - contraenti deboli, con conseguente impossibilità di deroga ai precetti ex art. 1283 cod. civ.

Se in passato un orientamento di questo tipo poteva segnalarsi solo per originalità interpretativa, ben può oggi assumere valenza tutt'affatto diversa in ragione tanto degli obblighi informativi assicurati dalla disciplina in rassegna a favore del cliente, quanto del disfavore per le clausole di rinvio agli usi. È, a tale riguardo, sì vero che la norma sul tasso di interesse **effettivo**, in quanto eccezionale, non può che risultare di stretta interpretazione, ma è altrettanto vero che, a fronte degli ampi principi di trasparenza contenuti nella legge, risulta terreno scosceso quello che porta oggi a sostenere una presunzione assoluta di adempimento ad un precetto di diritto da parte del cliente (e così all'uso normativo) nell'accettazione dell'anatocismo in assenza di prova circa la consapevolezza della scelta effettuata, che può a mio avviso rinvenirsi solo in presenza di clausole atte a fornire dimostrazione che la scelta, ancorché sfavorevole, è stata meditata e voluta.

Non è certo il tramonto del nominalismo all'interno dei contratti bancari, ma non mi pare dubbio che si tratti di nominalismo avente accezione e portata diverse da quelle tradizionali.

Tornando al TAEG, ancorché pur assumendo la consapevolezza degli aspetti finanziari, "si possono comunque ipotizzare dei casi in cui chi ha ricevuto il prestito preferisca operare più pagamenti durante l'anno" (9), non pare dubbia l'oggettiva utilità in termini conoscitivi di un numero, espresso in tasso annuo, che fornisca al consumatore la possibilità di valutare e, soprattutto, di confrontare i contenuti delle operazioni di credito al consumo offerte dai diversi operatori sul mercato. In tal guisa, come bene è stato osservato, il TAEG fa specifico riferimento "ad un tasso che elimini la grande varietà riscontrabile nel calcolare ed applicare gli interessi da parte dei finanziatori, e che comunque bilanci l'effetto di una pubblicità tendente ad evidenziare le facilitazioni finanziarie del consumatore, riportandolo invece alla considerazione di un indice capace di esprimere una sintesi attendibile dei costi del contratto" (10). Anche a tali fini, il comma secondo dell'art. 123 prescrive che "gli annunci pubblicitari e le offerte, effettuati con qualsiasi mezzo, con cui un soggetto dichiara il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito, indicano il TAEG e il relativo periodo di validità", ancorché il tasso possa, in questi casi, venir espresso mediante un esempio tipico.

Dall'indicatore sintetico e convenzionale del costo totale del credito sono escluse le sole voci analiticamente e tassativamente elencate al quarto comma dell'art. 2 del d.m. dell'8 luglio 1992. Dei relativi oneri, oltre che delle eventuali coperture assicurative richieste al consumatore e non incluse nel calcolo del TAEG, dovrà tuttavia farsi espressa menzione nel contratto (art. 124, lett. e g). Nei casi in cui non sia possibile indicare esattamente questi oneri, deve esserne comunque fornita una stima realistica.

Infine, a seguito della eventuale modifica del TAEG, le cui condizioni analitiche dovranno essere specificate in dettaglio nel contratto (art. 124, lett. d), il consumatore ha la possibilità di "uscire" dal contratto, estinguendo anticipatamente il proprio debito ex art. 125 co. 3 tramite rifinanziamento a costi di mercato più favorevoli presso altri offerenti credito al consumo.

(9) V. CANALE G., *Commento agli artt. 122 e 123 T.U., ne AA. VV., Norme di attuazione di direttive comunitarie*, cit., p. 795.

(10) Ancora CANALE G., op. cit., p. 804.

Da quanto esposto si coglie l'estrema importanza, a fini informativi e di trasparenza, di questo ordine numerico di grandezza, che ha il pregio di esprimere in forma elementare il costo finanziario del contratto, che è direttamente proporzionale alla crescita dell'unità numerica. E, seppur può convenirsi che non è elemento in grado di garantire, da solo, della qualità del contratto, resta tuttavia un indicatore sintetico di immediata percezione idoneo a favorire comportamenti economicamente razionali e consapevoli.

3. Prescrizioni di forma e di pubblicità

L'altra disposizione di rilievo nel processo di formazione della volontà **consapevole** del consumatore è rappresentata, come si è detto, dall'art. 124, in parte già richiamato per ciò che attiene alle prescrizioni obbligatorie in materia di TAEG.

L'*incipit* della norma ha ad oggetto l'applicazione, anche per il credito al consumo, del requisito della forma scritta del contratto, con consegna di un esemplare al cliente, di cui all'art. 117 co. 1, T.U., e della sanzione di nullità del contratto a fronte dell'inosservanza del prescritto requisito formale (art. 117, cit., co. 2).

Il ricorso a disposizioni derogatorie al principio di libertà delle forme nella conclusione dell'atto di autonomia, cospicuamente presenti anche in altre leggi speciali di settore (11), sollecita - da parte della dottrina - riflessioni di consistente momento sul cosiddetto "neoformalismo negoziale" che caratterizza la recente *policy* legislativa in materia di contrattazione di massa (12). È appena il caso di avvertire che il dibattito trae origine da un insieme di disposizioni più ampie rispetto a quelle statuenti la cogenza della forma scritta del contratto, vertendo, in realtà, sull'insieme dei vincoli formali posti alle singole dichiarazioni di volontà dell'impresa nel (i) settore (i) di volta in volta considerato (i), e così abbracciando tanto le norme cosiddette di trasparenza, quanto quelle di integrazione eteronoma del rapporto. Al momento sistematico, consistente nella prova di resistenza nell'*an e*, subordinatamente, nel *quomodo*, degli spazi di autonomia negoziale dell'impresa, segue quello più propriamente empirico, avente ad oggetto la valutazione del *trade-off* costi/benefici sotteso alla richiamata scelta di politica legislativa. Come si è avuto modo di evidenziare nelle pagine che precedono, il dibattito in corso non fa registrare allo stato risultati univoci, salvo forse per il *caveat* ad evitare che attraverso l'exasperazione

(11) Così, in materia di intermediazione mobiliare, nella l. 1/1991 prima, nel d. lgs. n. 415/1996 poi. Quest'ultimo, tuttavia, introduce in attuazione della corrispondente norma comunitaria, il consistente elemento di novità della limitazione di talune norme di comportamento (e dello stesso requisito della forma scritta) alle fattispecie in cui venga in considerazione una controparte dell'impresa di investimento in cui non giochi la natura professionale dell'investitore, giacché, in questo caso, le regole di comportamento dovranno essere applicate avendo presenti le diversità sottese al diverso *status* rivestito. Per più diffuse considerazioni in argomento, sia consentito rinviare al mio *Statuto dell'impresa di investimento e disciplina del contratto*, cit., soprattutto p. 136 ss..

(12) E v. LENER R., *Dalla formazione alla forma dei contratti in valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale)*, in Banca, borsa, tit. credit., 1991, I, p. 777; *Id.*, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, Giuffrè, 1996; IRTI N., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, Giuffrè, 1985; *Id.*, *Formalismo e attività giuridica*, in Riv. dir. civ., 1990, p. 1.

di questa linea di tendenza non si pervenga all'esaltazione di una stupidità burocratica assolutamente dannosa per il consumatore (13).

Mette conto, in questa sede, sottolineare come, a fronte di una norma che prevede due specifici adempimenti a carico del finanziatore (redazione del contratto in forma scritta e consegna di un esemplare al consumatore), venga espressamente sanzionata con la nullità del contratto, invocabile dal cliente (nullità relativa), l'inosservanza di uno solo di essi, e cioè del solo requisito della forma scritta.

Si è, al riguardo, osservato che, in mancanza della consegna del documento contrattuale, "semberebbe... congruo immaginare... una forma di inopponibilità delle condizioni contrattuali sfavorevoli al consumatore e di operatività del meccanismo sostitutivo ex art. 1339 c.c., espressamente previsto dalla norma per il salvataggio del contratto in presenza di clausole infide" (14), mentre altri apparirebbe orientato a far discendere dalla detta omissione "un obbligo risarcitorio in capo al finanziatore stesso" (15).

Più in generale, riguardo alla stessa omissione della forma scritta, si è posto il problema della ammissibilità ex art. 127 T.U. ("le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente") di contratti non formati per iscritto, ovviamente in ipotesi di regolamento negoziale più favorevole al cliente di quello reso pubblico.

Ora, se si muove dal presupposto che questa disciplina non è di ordine pubblico, di interesse generale, ma funzionale ai soli bisogni di tutela del cliente (e, francamente, risulta difficile argomentare in senso contrario a fronte di evidenti e cospicue testimonianze di ciò, come la stessa nullità relativa), non può non convenirsi che "il problema sembra... un non problema", visto che "ove al cliente convenga una regolazione diversa (anche non formale) dei suoi rapporti con la banca, egli semplicemente non si avvarrà della possibilità di far dichiarare nullo il contratto" (16).

Nello stesso ordine di idee, ove la consegna del documento non venga effettuata, fino a quando il finanziatore non invochi una o più clausole o condizioni sfavorevoli al cliente non v'è ragione di ritenere la nullità del contratto o, meno che mai, da ciò far discendere obblighi risarcitori (per quali danni?). All'incontro, in ipotesi di attivazione di quelle condizioni, anziché far leva sull'applicazione di sanzioni assolutamente non previste nel testo di legge, dovrebbe essere consentito al consumatore di recedere dal contratto senza penalità entro il termine di quindici giorni dalla manifestazione in tal senso della volontà del finanziatore, in analogia alla disciplina dello *jus variandi* stabilita dall'art. 118 T.U.

Le indicazioni utili alla formazione di una volontà consapevole da parte del consumatore indicate nel secondo comma dell'art. 124, ulteriori rispetto al TAEG, non sembrano porre questioni particolari sul piano esegetico. È il caso della determinazione dell'ammontare e delle modalità del finanziamento (lett. a); del numero, degli importi e della scadenza delle singole rate (lett. b); delle eventuali garanzie richieste (lett. f).

(13) Oltre al mio *Statuto dell'impresa* etc., cit., v. PORZIO M., *Vigilanza e correttezza nelle attività di intermediazione mobiliare*, ne AA.VV., *L'intermediazione mobiliare* (MAZZAMUTO S. - TERRANOVA G. cur.), Napoli, 1993, p. 18; DI MAJO A., *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, ne AA.VV., *L'intermediazione* cit., p. 7. Piace menzionare, al riguardo, la maggiore attenzione della Consob per i problemi in rassegna, concretamente documentata dalla inversione di rotta nelle tecniche di tutela del risparmiatore sottesa alla bozza di regolamento sulla prestazione dei servizi di investimento, "più snella e meno burocratica della precedente". Cfr. la notizia ne *Il Sole 24 ore* del 16 settembre 1997, p. 27, *Attività d'intermediazione, via libera alla nuova bozza*.

(14) MACARIO F., *Commento all'art. 124*, ne AA.VV., *Norme di attuazione*, cit., p. 813.

(15) COPPOTELLI P., *Le norme sui contratti*, ne AA.VV., *La nuova legge bancaria*, cit., p. 1875.

(16) Così LENER R., *Forma contrattuale* etc., cit., p. 229.

Il successivo comma dedicato ai “contratti di credito al consumo che abbiano ad oggetto l’acquisto di determinati beni o servizi”, prescrive, sempre a pena di nullità relativa, ulteriori obblighi di trasparenza informativa, riassunti nelle lettere ivi contemplate. La fattispecie riguarda atti di finanziamento teleologicamente volti all’acquisto di beni o di servizi determinati fin dall’erogazione del credito, per i quali si pone il problema di fornire al consumatore informazioni sulle caratteristiche dell’oggetto, aggiuntive rispetto a quelle più propriamente “finanziarie” del contratto di credito. L’ipotesi di scuola è quella della concessione del credito “sotto forma di dilazione del pagamento” (vendita a rate), ma sono senza alcun dubbio da ricondurre alla disposizione tutti gli altri casi, innanzi esaminati, nei quali la conclusione del contratto di credito sia strumentale all’atto di acquisto. Dunque mutuo di scopo e, in generale, ogni altro contratto collegato a quello di finanziamento per l’acquisto di beni o servizi.

Si è, in dottrina, posto il problema della applicabilità della norma ai contratti di *leasing*, atteso che in questi “l’erogazione del finanziamento non è immediatamente finalizzata a consentire l’acquisto del bene..., bensì (la) disponibilità ovvero (l’) uso del bene stesso..., che non coincide necessariamente con l’interesse all’acquisto finale del bene oggetto del contratto” (17). Pare, tuttavia, possa darsi risposta affermativa con riferimento a tutte le forme del c.d. *leasing* traslativo al consumo, visto che espressamente la lett. c) del cennato terzo comma prescrive vengano indicate “le condizioni per il trasferimento del diritto di proprietà, nei casi in cui il passaggio della proprietà non sia immediato”, evocando con ciò proprio la fattispecie ora richiamata. Delle ulteriori indicazioni prescritte, certamente utile al consumatore appare quella relativa alla comparazione tra “prezzo di acquisto in contanti” del bene, “prezzo stabilito dal contratto” e “ammontare dell’eventuale acconto” (lett. b), mentre è da rimarcare la mancata attuazione dell’art. 7 della direttiva che prevedeva, per questa categoria di operazioni, la fissazione delle condizioni alle quali il bene può essere recuperato e la base per i conteggi fra le parti per evitare che il recupero potesse comportare un ingiustificato arricchimento per il creditore (18).

4. La nullità delle clausole di rinvio agli usi

Diversamente dalle parti fin qui esaminate, gli ultimi due commi dell’art. 124 contengono tipiche norme di protezione del consumatore che incidono sull’autonomia negoziale dell’impresa, escludendo, a pena di nullità, la possibilità di pervenire alla conclusione del contratto in maniera difforme da quella statuita in via imperativa.

In tal guisa, “nessuna somma può essere richiesta o addebitata al consumatore se non sulla base di espresse previsioni contrattuali”, esordisce il quarto comma, e, aggiunge, “le clausole di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche applicate sono nulle e si considerano non apposte”.

La prima parte della norma parrebbe, una volta depurata della sua solennità, tautologica e inutilmente reiterativa di principi consolidati. È invero di piana evidenza che ciò

(17) MACARIO F., *Commento* etc., cit., p. 824.

(18) TIDU A., *Il recepimento* etc., cit., pone bene in risalto (p. 409) che l’omissione del legislatore “sembra significare che egli abbia condiviso, da una parte, la tesi che l’ingiustificato arricchimento richiamato dalla norma fosse effettivamente la figura dell’art. 2041 c.c.” (la tesi apparteneva a OPPO G., *Presentazione*, ne AA.VV., *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, cit, p. 16) “ma anche, dall’altra parte, l’orientamento di chi sosteneva che, letta la disposizione comunitaria in questo senso, essa non richiedesse una specifica norma di recepimento proprio per la preesistenza di un istituto generale comunque invocabile” (tesi mia, esposta nello stesso AA.VV., *La disciplina comunitaria*, cit., p. 134).

che non è nel contratto *non est de hoc mundo*, essendo preservato dalla crisi dell'atto di autonomia almeno il vincolo giuridico all'osservanza di non di più di quanto stipulato (19).

Essendo peraltro compito dell'interprete quello di fornire comunque alle espressioni di legge un senso quanto più possibile conforme alla intenzione del legislatore, può forse l'inciso da un lato giustificarsi con la obbligatorietà del requisito della forma scritta del contratto, e ribadire così la inopponibilità al consumatore di quanto non espressamente contemplato nel documento e, dall'altro, assumere una valenza pregiudiziale alla seconda parte della disposizione, nella quale viene esplicitata la preclusione ad ogni forma di determinazione (o di determinabilità) dei contenuti del contratto attraverso rinvio *ob relationem* agli usi. È noto il ricorso a clausole della specie, segnatamente per la determinazione del tasso dell'interesse ultralegale attraverso il rinvio alle condizioni praticate usualmente dalle banche sulla piazza. Come pure è noto l'orientamento largamente maggioritario in giurisprudenza che ne affermava la legittimità, non assumendo la norma di cui all'art. 1284 cod. civ. in tema di determinazione del saggio degli interessi carattere di specialità rispetto alle disposizioni generali sulla determinabilità dell'oggetto negoziale (20). Ciò spostava, conseguentemente il problema alle caratteristiche di "oggettività" e di "certezza" di tali condizioni ai fini della determinazione del tasso dell'interesse, e cioè alla concreta idoneità del procedimento *ob relationem* a fornire i parametri oggettivi e certi richiesti dall'art. 1284 cod. civ. In proposito, la Suprema Corte si limitava a ribadire che il cliente "al momento della stipulazione del contratto è in grado di sapere, secondo l'ordinaria diligenza, che gli interessi sono suscettibili di variazione nel tempo in relazione alle determinazioni del cartello interbancario ed è in grado, nel corso del rapporto, di verificare l'andamento degli stessi" (21) senza farsi carico di verificare, in concreto, la idoneità di tale meccanismo ai fini indicati. Sul quale, per inciso, la dottrina, peraltro senza apprezzabili risultati pratici, osservava che "non esistono, in realtà, e non sono quindi rilevabili, tassi usualmente praticati: esistono e sono rilevabili... solo i tassi praticati dalle singole aziende, sulla base dei quali può sicuramente essere ricostruito o elaborato un tasso medio, che però... è concettualmente diverso dal tasso usuale" (22).

Si rivela dunque sul punto decisivo e prezioso l'intervento del legislatore.

(19) Nel senso indicato v. anche MACARIO F., *Commento* etc., cit., p. 826.

(20) E v. Cass. 30 maggio 1989, n. 2644, in *Mondo banc.*, 1989, p. 53 con mia nota *In tema di determinazione del tasso dell'interesse ultralegale attraverso il rinvio alle condizioni praticate usualmente dalle banche sulla piazza*. In precedenza, Cass., 3 dicembre 1988, n. 6554, in *Foro it.*, *Rep.*, 1988, voce *Interessi*, n. 1; 12 dicembre 1987, n. 8325, *id.*, *Rep.*, 1987, voce cit., n. 6; 14 febbraio 1984, n. 1112, *id.*, 1984, I, c. 1285 con nota di richiami e Cass., 9 aprile 1983, n. 2521, *id.*, *Rep.* 1983, voce *Contratti bancari*, n. 23. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Napoli 6 gennaio 1981, in *Dir. e giur.*, 1982, p. 102 e Trib. Milano, 5 marzo 1978, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1980, II, p. 381. Nel senso indicato, in dottrina v. MOLLE G., *Gli interessi nelle operazioni bancarie in conto corrente*, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1978, II, p. 60; PROTO PISANI N., *Un interessante riferimento legislativo per la determinazione degli interessi bancari*, in *Dir. e giur.* 1979, p. 532; MAIMERI F., *Decreto ingiuntivo e determinazione per relationem del tasso di interesse*, in *Bancaria*, 1980, p. 552. *Contra*, Trib. Roma, 22 giugno 1987, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1720 e Cass., 9 aprile 1984, *id.*, *Rep.* 1984, voce *Interessi*, n. 14. Riconosce l'invalidità della clausola "usi su piazza" in assenza di univocità dei tassi determinati sulla base di accordi di cartello interbancari Cass., 29 novembre 1996, n. 10657, in *Corriere giur.*, 1997, p. 427, annotata da GUIZZARDI S., *Nota in tema di interessi bancari*, in *Giur. it.*, 1998, c. 619.

(21) Cass. 30 maggio 1989, cit.

(22) Così NIGRO A., *Interessi ultralegali e condizioni praticate usualmente dalle aziende di credito sulla piazza*, in *Dir. banc.*, 1988, I, p. 528.

L'inosservanza del precetto è sanzionata con la nullità parziale (23) che, nella fattispecie contemplata nel successivo comma (assenza o nullità della clausole contrattuali prescritte), conduce alla integrazione del contratto con la sostituzione di diritto delle clausole assenti o nulle nelle forme ivi determinate. Il principio accolto è pertanto quello della conservazione del contratto nell'interesse del consumatore tranne, come si è visto, che per l'assenza del requisito della forma scritta.

I meccanismi di integrazione dell'atto di autonomia riguardano, tuttavia, solo alcune clausole a contenuto economico (ammontare del TAEG, scadenza del credito, garanzie o coperture assicurative).

Quid juris per l'assenza o la difformità da quanto statuito per le altre prescrizioni dell'art. 124, segnatamente per quelle del precedente terzo comma in tema di contratti di credito aventi ad oggetto l'acquisto di determinati beni o servizi?

In materia di trasparenza bancaria, l'art. art. 117, co. 6, sancisce la nullità (da intendersi anche qui come parziale) delle clausole "che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati". La espressa previsione legislativa della fattispecie rende qui possibile ipotizzare il meccanismo sostitutivo delle clausole pubblicizzate a quelle contenute nel documento ove queste siano più sfavorevoli per i clienti. A fronte del silenzio del legislatore nella omologa previsione sul credito al consumo, risulta, in realtà, difficile poter pervenire ad identiche conclusioni, essendo la norma sulla sostituzione automatica eccezionale e di stretta interpretazione in quanto incidente su ambiti negoziali che non possono non ritenersi di carattere dispositivo.

Ma, se così è, la conclusione non può che risultare, sul piano positivo, quella della nullità (ovviamente relativa) dell'intero contratto. Avendo peraltro presenti i deleteri effetti della nullità del contratto per il consumatore, che conducono al rimborso immediato della somma avuta in prestito, può agevolmente cogliersi il carattere di lacunosità ed incompletezza di queste norme di trasparenza, nella sostanza prive di sanzioni per gli intermediari con scarsa propensione ad adeguare le proprie regole di condotta ai precetti legislativi. Proprio cioè gli intermediari riguardo ai quali più pressante è il bisogno di tutela del consumatore.

Non resta, in questi casi, che auspicare il soddisfacimento di quei bisogni attraverso strumenti giuridici diversi da quelli fin qui esaminati, vale a dire attraverso la vigilanza da parte della Banca d'Italia ex art. 128 T.U., alla quale non a caso cospicuo spazio è stato dedicato nelle pagine che precedono.

5. Le "disposizioni varie" a tutela del consumatore

Il nocciolo duro delle norme di protezione risiede, tuttavia, nell'art. 125 T.U., ove si dettano "disposizioni varie a tutela del consumatore".

La prima, non solo in ordine numerico, è quella che prevede l'estensione dell'art. 1525 cod. civ. anche a tutti i contratti di credito al consumo a fronte dei quali sia stato con-

(23) Sulla quale v. CRISCUOLI G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959; ROPPO E., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, p. 686; Id., *I poteri del giudice ex art 1421 c.c. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1971, I, p. 1099; FUSARO A., *La nullità parziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, II, p. 32.

cesso un diritto reale di garanzia sul bene acquistato con il denaro ricevuto in prestito. Si ricorderà che, a seguito dell'intervento del finanziatore in un rapporto originariamente bilaterale strutturato sul modello della vendita a rate, la disciplina dell'inadempimento del compratore, qui sussistente solo a fronte del mancato pagamento di una rata non inferiore all'ottava parte del prezzo, veniva modificata *in pejus* per effetto della ricorrente prassi in essere nei contratti di finanziamento di prevedere clausole risolutive espresse al mancato pagamento di una sola rata del prezzo, indipendentemente dal suo importo. La scomposizione della fattispecie, economicamente unitaria, in due rapporti formalmente autonomi (vendita da un lato, finanziamento dall'altro), determinava così l'aggiramento della prescrizione civilistica e costituiva la premessa "per la utilizzazione di onerose tecniche di *refinancing* a cui il consumatore molto spesso, nell'impossibilità di adempiere, si sottopone(va): non solo per evitare, come nel caso di credito concesso per l'acquisto di beni mobili registrati, i provvedimenti esecutivi previsti dall'art. 7 r.d.l. 15 marzo 1927 n. 436, ma anche per impedire quella situazione di insolvenza che gli (avrebbe precluso) ogni ulteriore possibilità di ricorso al credito nel *consumer finance market*" (24). Insomma, bere o affogare. Né, come si è visto, la teoria del collegamento negoziale tra i due atti di autonomia, pure proposta in dottrina, scontava risultati di una certa qual consistenza sul piano giurisprudenziale, vuoi per la vischiosità dell'argomento, vuoi per la stessa tendenza di limitare l'influenza dei negozi collegati al solo aspetto della validità e non invece a quello della esecuzione (25).

Il carattere imperativo della norma in rassegna, che importa la conseguente nullità di qualsiasi patto inteso a violarla, risolve ora questo risalente problema, aprendone altri.

In particolare, se è chiaro nella dinamica della vendita con patto di riservato dominio che l'ottava parte del prezzo va riferita al bene oggetto della vendita a rate, ci si deve chiedere, con riferimento al diverso contratto di finanziamento, se l'ottava parte del prezzo abbia quale termine di riferimento, come in quel caso, il bene, ovvero l'importo finanziato corrisposto dal consumatore al venditore al netto dell'acconto, o il totale del finanziamento, comprensivo di quota capitale ed interessi. La dottrina maggioritaria ritiene quest'ultima soluzione come maggiormente appagante, anche perchè il riferimento al prezzo del bene se ha un senso nei rapporti tra compratore e venditore, non pare averne alcuno nel diverso contratto di finanziamento (26). Su ciò può senz'altro convenirsi, anche se permangono dubbi sulla voci da considerare per la determinazione del totale del finanziamento.

Ancora, nel sistema della legge l'operatività dell'art. 1525 del codice è ancorata alla sola fattispecie di finanziamento assistita dal diritto reale di garanzia sul bene oggetto della vendita. La limitazione determina una asimmetria di tutela giuridica in ipotesi di credito chirografario, per la quale il finanziatore potrebbe contare su una più ampia libertà di manovra onde far valere l'inadempimento del debitore ai fini della risoluzione del contratto, e così, in particolare, far rientrare in gioco gli artt. 1819 e 1820 cod. civ. Apparentemente priva di intrinseca razionalità, la scelta legislativa può forse acquisire senso compiuto solo a fronte del possibile ricorso a clausole contrattuali regolanti la materia dell'inadempimento del tipo più avanti illustrato. Basti per ora avvertire che, stante la restrittiva scelta

(24) In questi termini PIEPOLI G., *Il credito al consumo*, cit., p. 39.

(25) V., sul punto, il mio *L'inadempimento dell'obbligazione contrattuale*, ne AA.VV., *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, cit., p. 126.

(26) DE NOVA G., *Disposizioni varie*, ne AA.VV., *La nuova legge bancaria*, cit., p. 1877; MASUCCI S.T., *Commento all'art. 125*, ne AA.VV., *Norme di attuazione etc.*, cit., p. 855.

adottata, ben può forse il consumatore - mutuatario rinvenire, nel caso descritto, una efficace tutela nel diverso *corpus* normativo concernente le clausole abusive di cui agli artt. 1469 bis segg. cod. civ., vista la indubitabile natura vessatoria di una clausola che riconosca rilevanza all'inadempimento di una sola rata di mutuo a fini risolutivi del contratto, atteso il "significativo squilibrio" che da ciò deriva nei diritti e negli obblighi tra le parti (27).

Disciplina ed effetti della risoluzione del contratto di credito al consumo per inadempimento del mutuatario non formano oggetto della disposizione dell'art. 125. Come si è già osservato, il legislatore interno non ha infatti provveduto all'attuazione del precetto della direttiva che rimetteva agli stati membri l'onere di regolare l'ipotesi che "quando il creditore rientra in possesso del bene, i conteggi tra le parti siano stabiliti in modo che tale recupero non comporti un ingiustificato arricchimento". Si pone pertanto il problema, fuori ovviamente dall'alternativa azione tesa ad ottenere l'adempimento coattivo dell'obbligazione da parte del finanziatore, di verificare se, ed in quali termini, possa farsi a tale riguardo applicazione analogica dell'art. 1526 del codice civile, con conseguente obbligo per il finanziatore di restituzione delle rate riscosse, verso "equo compenso per l'uso della cosa" oltre al risarcimento del danno e, per il consumatore, dell'intera somma presa a mutuo. L'effetto risolutivo del contratto di finanziamento dovrebbe poi estendersi anche al collegato contratto di compravendita, con obbligo per il consumatore di restituzione del bene e, per il venditore, di rimborso del prezzo anticipatogli dal mutuante - finanziatore.

La macchinosità di siffatta impostazione è di tutta evidenza, riposando la premessa nella estensibilità al contratto di finanziamento di una norma tesa a regolare l'assetto degli interessi dei paciscenti in fattispecie risolutiva concernente il diverso contratto di vendita con riserva della proprietà. Se, pur con le segnalate difficoltà, l'operazione risulta possibile con riferimento alla disciplina dell'inadempimento del compratore ex art. 1525 cod. civ., essa si rivela equivoca e, per taluni aspetti, incongrua nel caso dell'art. 1526 cod. civ. Equivoca perché la risoluzione del contratto di finanziamento non dovrebbe, a rigore, coinvolgere l'altro contratto di vendita, che, in quanto già eseguito, è estraneo sotto questo profilo alle vicende del negozio collegato. Incongrua perché una simile soluzione non favorisce certo il consumatore, tranne che nel contratto di *leasing*, ove l'effetto traslativo non si è ancora verificato (28).

Nell'indubbia incertezza interpretativa, trovo pertanto preferibile limitare l'effetto risolutivo al solo contratto di finanziamento, con la eventuale attivazione dell'azione di arricchimento senza causa ex art. 2041 cod. civ. nel caso di clausole contrattuali palesemente inique, che dovessero prevedere oltre ad azioni esecutive sul bene in garanzia, il diritto del finanziatore a trattenere le rate di mutuo già riscosse ed, in più, quello alla differenza tra il valore attuale del bene e l'ammontare complessivo del finanziamento. Certo, in chiave di tutela del consumatore, tornerebbe di estrema utilità la proposta, formulata in dottrina, secondo cui "potrebbe risultare sufficiente l'introduzione di una clausola per la quale, in ipotesi di inadempimento del finanziato, il valore di realizzo del bene costituito in garanzia vada imputato all'importo globalmente dovuto, comprensivo della stessa indennità di risoluzione e di un valore rappresentativo del valore d'uso della cosa, operando lo sciogli-

(27) Negli indicati termini MASUCCI S.T., op. cit., p. 846.

(28) Così nel mio *Trasparenza bancaria, credito al consumo* etc., cit., c. 358. In precedenza, negli stessi termini, FERRANDO G., *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, p. 611.

mento del contratto retroattivamente in base ai principi generali” (29). In tale ordine di idee si giustificerebbe anche, seppur con razionalizzazione *ex post*, la estensione della disciplina ex art. 1525 cod. civ. alle sole ipotesi di credito al consumo con concessione di diritto reale di garanzia sul bene a favore del finanziatore.

Non minori dubbi, sul piano positivo, derivano dalla successiva norma contenuta nel comma secondo dell’art. 125 che regola “le facoltà di adempiere in via anticipata o di recedere dal contratto senza penalità”, conferendole “unicamente al consumatore senza possibilità di patto contrario” e demanda al C.I.C.R. la fissazione delle modalità tese ad attuare il diritto del consumatore ad un’equa riduzione del costo complessivo del credito nel caso di esercizio della prima delle facoltà sopra richiamate.

Di là del più volte citato meccanismo di ultrattività di cui all’art. 161 T.U. che, pure nel caso di specie, consente la vigenza dell’abrogato art. 19 l. 142/1992 e del d.m. 8 luglio 1992 che, in proposito, prevede “il versamento al creditore del capitale residuo, degli interessi e degli altri oneri maturati fino a quel momento e, se previsto dal contratto, di un compenso comunque non superiore all’uno per cento del capitale residuo”, resta da valutare il rapporto esistente tra adempimento in via anticipata e recesso poiché “se confrontiamo adempimento anticipato e recesso nel caso di un contratto di finanziamento, vediamo che il primo come il secondo comportano la restituzione della somma oggetto di finanziamento, e la liberazione del consumatore dall’obbligo di corrispondere gli interessi: sicché le due ipotesi si riducono ad unità” (30). Onde fornire un senso alla richiamata disposizione, è stato suggerito di limitare il ricorso alla stessa al solo caso di contratto di credito al consumo sotto forma di dilazione di pagamento, ove il recesso acquisisce valenza differenziale rispetto al pagamento anticipato in quanto, diversamente da questo, comporta l’interruzione del versamento delle rate e la restituzione del bene (31). Per contro, potrebbe sostenersi, come si è avuto modo di evidenziare nelle pagine che precedono, che il recesso sia da porre in relazione all’esercizio dello *jus variandi* da parte del finanziatore, con conseguente disciplina modellata sulla falsariga dell’art. 118, co. 3, T.U., di sicura applicabilità anche all’ipotesi di credito al consumo (32).

Delle altre disposizioni, mette conto fare, in questa sede, menzione, da un lato, dell’ampiezza della prerogativa assegnata dal terzo comma al consumatore, titolare di una illimitata facoltà di opporre al cessionario *del credito* (non del contratto) “tutte le eccezioni che poteva far valere nei confronti del cedente, ivi compresa la compensazione, anche in deroga al disposto dell’art. 1248 cod. civ.” e, dall’altro, dei limiti all’azione nei confronti del finanziatore indicati nel successivo quarto comma. Prescrive quest’ultima disposizione che “nei casi di inadempimento del fornitore di beni e servizi, il consumatore che abbia effettuato inutilmente la costituzione in mora ha diritto di agire contro il finanziatore nei limiti del credito concesso, a condizione che vi sia un accordo che attribuisce al finanziatore l’esclusiva per la concessione di credito ai clienti del fornitore”. Tesa a risolvere il noto problema che, attraverso la duplicazione del rapporto, il consumatore possa restare sprovvisto di qualsiasi tutela a fronte dell’inadempimento del fornitore, la norma introduce quale requisito all’esperimento dell’azione sussidiaria di responsabilità nei confronti del fi-

(29) MASUCCI S.T., op. cit., p. 853.

(30) DE NOVA G., *Disposizioni varie*, cit., p. 1880.

(31) Ancora DE NOVA G., op. e pag. cit..

(32) Sui rapporti tra lo *jus variandi* del Testo Unico del credito e la nuova disciplina delle clausole vessatorie v. SIRENA P., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca, borsa, tit. credit.*, 1997, I, p. 354 ss..

nanziatore l'esistenza di un accordo preventivo tra venditore e creditore con il quale il primo concede al secondo l'esclusiva per il finanziamento della propria clientela. È questo, come già osservavo altrove, un limite consistente all'operatività della norma, "essendo facilmente prevedibile... la totale esclusione di accordi della specie tra finanziatori e fornitori per la concessione di credito alla clientela di questi" (33). A ciò peraltro aggiungasi la difficoltà per il consumatore di fornire la prova dell'esistenza di un siffatto accordo di esclusiva. Va invece salutata favorevolmente l'introduzione del requisito della previa costituzione in mora del fornitore in luogo della preventiva escussione del patrimonio del debitore che, come bene è stato scritto, prefigura "un'ipotesi di solidarietà temperata dall'onere di preventiva messa in mora del finanziatore" (34).

(33) Così nel mio *Trasparenza bancaria* etc., cit., c. 359.

(34) MASUCCI S.T., op. cit., p. 871.

QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 — FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 — PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 — GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 — GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 — LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 — GIORGIO SANGIORGIO - FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 — VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 — FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 — *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 — CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 — GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 — GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 — CARLO TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 — PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 — VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 — FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).
- n. 22 — MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 — MARCO MANCINI - MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.
- n. 24 — ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.
- n. 25 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.
- n. 26 — AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.

- n. 27 — GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 — *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia - S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 — OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 — P. FERRO-LUZZI - P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993.
- n. 32 — *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 — *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 — GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 — LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 — GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 — VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 — O. CAPOLINO - G. CARRIERO - P. DE VECCHIS - M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 — FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995.
- n. 40 — MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 — ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 — M. PERASSI - R. D'AMBROSIO - G. CARRIERO - O. CAPOLINO - M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.
- n. 43 — *Convegno Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.
- n. 44 — *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, marzo 1997.
- n. 45 — DONATELLA LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, aprile 1997.
- n. 46 — PAOLO CIOCCA - ANTONELLA MAGLIOCCO - MATILDE CARLA PANZERI, *Il trattamento fiscale dei rischi sui crediti*, aprile 1997.
- n. 47 — P. DE VECCHIS - G.L. CARRIERO - O. CAPOLINO, M. MANCINI, R. D'AMBROSIO, *Studi in materia bancaria e finanziaria 1996*, settembre 1997.
- n. 48 — GIUSEPPE CARRIERO, *Il credito al consumo*, ottobre 1998.