

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA

SOMMARIO: 1. Prevenzione del sovraindebitamento del consumatore: rilievo sociale del fenomeno ed esigenza di un nuovo approccio al tema. – 2. Gli iniziali tentativi di regolamentazione del c.d. “prestito responsabile” e le reazioni critiche degli interpreti. – 3. La soluzione prescelta dalla direttiva 2008/48/CE in tema di credito al consumo. – 4. L’assenza di un principio di “prestito responsabile” e le disarmonie negli ordinamenti dei Paesi dell’Unione europea in tema di obbligo di verifica del merito creditizio. – 5. La disciplina della verifica del merito creditizio nella direttiva 2014/17/CE in materia di credito immobiliare e la sua effettiva portata. – 6. L’esigenza di un ripensamento dell’antitesi tra abusiva concessione di credito all’impresa ed al consumatore. – 7. Il problema della legittimazione del consumatore all’esercizio dell’azione di responsabilità precontrattuale nei confronti dell’intermediario. – 8. *Segue*. La legittimazione attiva dei creditori “diligenti”. – 9. Abuso nella concessione di credito al consumatore ed inadeguatezza dei rimedi invalidatori. – 10. Piano dell’indagine.

1. *Prevenzione del sovraindebitamento del consumatore: rilievo sociale del fenomeno ed esigenza di un nuovo approccio al tema*

Un importante Parere esplorativo del Comitato economico e sociale europeo (CESE) sul tema «Lottare contro la povertà», risalente a qualche anno fa (2016)¹, sollecitava gli Stati membri dell’Unione europea all’adozione di un quadro normativo europeo comune idoneo ad agevolare lo «scambio di informazioni e la circolazione delle buone pratiche nella lotta contro la povertà e l’aumento delle disuguaglianze», sul corretto presup-

¹Cfr. Parere del COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO sul tema «Lottare contro la povertà» (parere esplorativo), 2016/C 133/03 Rel. S. Boland, corr. M. Bulk, in *GUCE*, 14 aprile 2016, C 133/9-15, spec. (per il tema oggetto della presente indagine) §§ 1.1, 1.14, 4.4 e 5.9, la cui importanza è opportunamente rimarcata anche da L. MODICA, *Il piano del consumatore sovraindebitato: tentativi di riforma e prospettiva europea*, in *Europa e dir. priv.*, 2016, p. 654 ss.; e v. anche, da ultimo, E. CONTU, *Povertà ed esclusione nella “società del debito”*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 1535.

posto che tali fenomeni destano preoccupazione non (sol)tanto poiché rivelatori di un'assenza di giustizia sociale, quanto (soprattutto) per i loro effetti negativi sulla crescita economica e sulla coesione sociale. Fra i possibili rimedi specificamente indicati dal CESE figurano – con pari dignità rispetto alla (nota) proposta di introduzione di un reddito minimo adeguato a livello di Unione europea – la previsione di specifiche misure normative europee di «prevenzione e contrasto dell'eccessivo indebitamento, con particolare riguardo alla *concessione irresponsabile di credito* e all'*usura*» (§ 1.4)².

Il tema del *prestito responsabile* costituisce, del resto, il fulcro delle recenti proposte di revisione della direttiva 2008/48/CE in tema di credito ai consumatori³: la quale, ad oltre dieci anni dalla sua emanazione, si profila ormai urgente stante il ben diverso contesto sociale ed economico attuale. I lunghi tempi richiesti dagli auspicabili processi di modifica delle direttive europee (che regolano la materia del credito al consumo) e di loro successiva attuazione negli ordinamenti interni suggeriscono però di ricercare, nel quadro normativo vigente, tasselli che, opportunamente coordinati e valorizzati, valgano a sancire la sussistenza di un generale principio di “*prestito responsabile*” già *de iure condito*, in guisa da prevenire anche i noti rischi di *moral hazard* connessi all'incauto ed eccessivo indebitamento dei

² A tal proposito, il Parere del CESE soggiunge che «la concessione senza regole e irresponsabile di credito al consumo e la valutazione poco accurata della capacità finanziaria delle famiglie hanno generato, in questi ultimi tempi di crisi e di politiche di austerità una spirale di sovraindebitamento che interessa ormai circa il 70% delle persone indebitate che in Europa vivono al di sotto della soglia di povertà»; situazione questa che richiede, pertanto, «misure di rigore e contenimento in materia di concessione dei crediti al consumo, specialmente da parte di intermediari e di organismi non finanziari che non rispettano la regolamentazione vigente e spingono le persone ad assumere prestiti a tassi usurari» (§ 4.4), fra le quali si citano: rigida regolamentazione degli intermediari e del rilascio delle carte di credito, divieto di pubblicità aggressiva, sostegno al recupero di persone eccessivamente indebitate (c.d. *new start policy* o «politica della seconda opportunità»), informazione, educazione e prevenzione in materia di sovraindebitamento, nonché il rafforzamento della “mediazione” nella risoluzione delle controversie.

Il tema della riduzione della povertà è stato poi oggetto di una “Piattaforma europea contro la povertà”, elaborata nella prospettiva della giustizia sociale e della tutela dei diritti fondamentali, nell'intento di assicurare maggiore coesione sociale e territoriale [cfr. Comunicazione della Commissione EUROPA 2020, *Una strategia per la crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 final; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *La Piattaforma europea contro la povertà e l'esclusione sociale: un quadro europeo per la coesione sociale e territoriale*, COM(2010) 758 def].

³ Il riferimento è alla *Roadmap* della COMMISSIONE EUROPEA, *Evaluation of the Consumer Credit Directive*, pubblicata nel giugno 2018, sulla quale è stata anche disposta una pubblica consultazione dal 14 gennaio 2019 all'8 aprile 2019.

consumatori propiziati da bassi tassi d'interesse e, soprattutto, dall'avvento della digitalizzazione e delle applicazioni informatiche nel settore finanziario (c.d. *Fintech*) ed, in particolare, dalla crescente diffusione di piattaforme digitali di ricorso al credito (c.d. *lending platforms*): le quali, avvalendosi di sistemi di consulenza automatica personalizzata (c.d. *robo advices*), possono anche agevolare la concessione di finanziamenti a soggetti dotati di uno scarso merito creditizio⁴.

2. *Gli iniziali tentativi di regolamentazione del c.d. "prestito responsabile" e le reazioni critiche degli interpreti*

È opportuno che tale ricerca muova dai risalenti tentativi del legislatore europeo, poi sostanzialmente naufragati, di introdurre una definizione e più compiuta disciplina del c.d. "prestito responsabile".

L'art. 9 dell'originaria Proposta di direttiva relativa al credito ai consumatori del 2002⁵, traendo spunto dalle soluzioni adottate dai legislatori

⁴A tal proposito, non è affatto casuale la recente elaborazione, da parte della Banca centrale europea, di specifiche *Linee Guida* in tema di valutazione del merito creditizio (*assessment of credit scoring*) effettuata dalle c.d. *Fintech Banks* per superare le loro prevedibili difficoltà di accesso ad informazioni relative alla storia creditizia dei singoli consumatori. Tali direttive – evidentemente animate dall'istanza di preservare la stabilità del sistema creditizio nel suo complesso da possibili rischi di *default* – testimoniano che la valutazione del merito creditizio dei consumatori, fino a ieri rimessa alla sostanziale discrezionalità degli intermediari, è già oggi oggetto di accurati controlli da parte delle autorità di regolazione europee e nazionali, allora abilitate a sindacare l'efficacia e la correttezza del procedimento decisionale adottato dalla singola banca (tradizionale o digitale) nella concessione di credito al consumo. Cfr. EUROPEAN CENTRAL BANK, *Guide to assessments of fintech credit institution licence applications*, march 2018, § 4.1, p. 9 ss., i cui principi sono dettagliatamente esposti da F. MATTASOGLIO, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio dei consumatori. Verso un social credit system?*, EduCatt, Milano, 2018, p. 133 ss. e spec. p. 137, ove invoca, *de jure condendo*, una disciplina più generale della valutazione del merito creditizio, non più confinata al subsettore del credito al consumo. Sulle modalità operative di valutazione del merito creditizio delle piattaforme di *social lending*, v. anche E. BANI, *Le piattaforme di peer to peer lending: la nuova frontiera dell'intermediazione creditizia*, in *Fintech. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, a cura di M.T. Paracampo, Giappichelli, Torino, 2017, p. 168 s.; ed, a monte, sul problema dell'applicabilità della disciplina del credito al consumo ai prestiti erogati mediante piattaforme di *social lending* (in cui il finanziatore non è un professionista), v. E. CAPOBIANCO, *Il "peer to peer lending"*, in *FinTech*, a cura di F. Fimmano e G. Falcone, Esi, Napoli, 2019, p. 234 ss., che opta per la soluzione affermativa nel solo caso di erogazione dei finanziamenti a consumatori da parte della piattaforma.

⁵L'art. 9 di tale Proposta [in COM (2002) 443 versione definitiva dell'11 settembre 2002, sulla quale v. le approfondite riflessioni di G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabi-*

francese (*loi 89-1010 del 31 dicembre 1989*) e svizzero (*loi Federal sur le crédit à la consommation du 23 mars 2001*)⁶, identificava il “prestito responsabile” in una serie di obblighi del finanziatore, specificamente consistenti in: consultazione delle banche dati centralizzate, esame delle risposte fornite dal consumatore o dal fideiussore, richiesta di costituzione di fideiussioni, verifica dei dati forniti dagli intermediari del credito e selezione del tipo di credito da offrire. Il finanziatore era insomma tenuto ad una valutazione casistica circa la solvibilità del cliente che non poteva arrestarsi ai risultati emersi dalle banche dati centralizzate; l’omissione o superficiale esecuzione di tale indagine erano fonte di responsabilità contrattuale del creditore, fermo restando, però, l’obbligo del consumatore di agire con prudenza durante la ricerca di un credito e di adempimento degli obblighi assunti.

Per un’esplicita declinazione del *principio di prestito responsabile* si sarebbe però dovuto attendere l’art. 5 della successiva bozza del 2005, che testualmente sanciva che «Il creditore e, se del caso, l’intermediario del credito è tenuto a rispettare il *principio del prestito responsabile*. Il creditore e, laddove sia previsto, l’intermediario del credito, deve pertanto conformarsi all’obbligo di informativa precontrattuale e della valutazione del merito creditizio del consumatore sulla base di precise informazioni fornitegli dal consumatore medesimo, anche a mezzo di consultazione di apposite banche dati».

Tuttavia, già nella Proposta del 2002, il “*prestito responsabile*” costituiva logico corollario della previsione di un «*obbligo generalizzato di consulenza*» del creditore e dell’intermediario del credito (cfr. art. 6, 3° comma), funzionale a porre il consumatore nella condizione di compiere la scelta migliore tra le tipologie di credito abitualmente offerte sul mercato: obiettivo il cui perseguimento presupponeva un’analitica disamina della solvibilità del consumatore, del rischio incorso, della presenza di uno scadenzario fisso, della possibilità di effettuare prelievi, nonché della finalità del credito richiesto.

le, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013, I, p. 38 ss., nonché, per un quadro di sintesi, F. SALERNO, *La prevenzione del sovraindebitamento nel credito al consumo*, Pacini, Ospedaletto (PI), 2017, p. 72 ss.] così recitava: «Quando il creditore conclude un contratto di credito o di fideiussione oppure aumenta l’importo totale del credito o la somma garantita, si ritiene che questi abbia stimato preventivamente, con ogni mezzo a sua disposizione, che il consumatore e, se del caso, il fideiussore, saranno in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto».

⁶Per l’illustrazione della disciplina francese citata nel testo, v. F. ANNUNZIATA, *Credito al consumo e regole di deontologia professionale dell’intermediario (Alcune riflessioni in margine ad una recente legge francese)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, I, p. 665. Per il rilievo che la Proposta di direttiva del 2002 era ispirata alla soluzione adottata dal legislatore svizzero, cfr. U. REIFNER, *Verantwortungsvolle Kreditvergabe im Europäischen Recht*, in *Liber amicorum Berndt Stauder*, eds. Thévenoz et Reich, Schulthess, Zurich, 2006, p. 389.

Peraltro, l'effettività del principio di "prestito responsabile" e del corretto espletamento dell'obbligo di consulenza dell'intermediario avrebbe dovuto essere assicurata dalla previsione, da parte dei singoli Stati membri, di «sanzioni a carattere civilistico o commerciale, qualora, sulla base delle informazioni ricevute», l'intermediario avesse violato l'obbligo di ragionevole *astensione* dalla concessione di un nuovo credito (art. 8 Proposta 2002): sanzioni successivamente individuate nella perdita degli interessi, nell'applicazione di penali e nel ritiro dell'autorizzazione o della licenza, fermo restando il diritto del consumatore di mantenere il beneficio del pagamento rateale dell'importo totale del credito (art. 31 Proposta 2002).

Se ne deduce che, nei voti della Proposta di direttiva del 2002, la naturale conseguenza giuridica del recepimento di un principio generalizzato di "prestito responsabile" sarebbe stata l'introduzione di un sindacato *ex post* su correttezza e professionalità assunte dall'intermediario nella fase di erogazione del credito ed, in particolare, nella puntuale valutazione della solvibilità dei soggetti affidati; con l'effetto che l'eventuale accertamento di una condotta irresponsabile dell'intermediario avrebbe dovuto incidere sul suo diritto al recupero del credito imprudentemente concesso al consumatore⁷.

Tanto acquisito, non vanno sottaciute le vivaci reazioni critiche della dottrina, soprattutto di matrice germanica⁸, all'introduzione del principio di "prestito responsabile". Al netto di generiche censure di «illegittima ingerenza nell'autonomia privata» e di «inaccettabile paternalismo giuridico incompatibile con il principio di autoresponsabilità» del consumatore⁹, le

⁷ In questi termini, sia pure con riguardo alla legge francese da cui il principio sancito dalla Proposta in esame traeva ispirazione, F. ANNUNZIATA, *Credito al consumo*, cit., p. 665.

⁸ Parte della dottrina tedesca ha manifestato preoccupazione, in particolare, per le conseguenti limitazioni alla generale autonomia imprenditoriale delle banche nell'erogazione del credito, sottolineandone il carattere paternalistico stridente con l'ineludibile autoresponsabilità del consumatore, con inutile aggravio di quest'ultimo dei costi di un simile obbligo di assistenza e di consulenza. Per una recentissima e completa ricostruzione di tali orientamenti cfr. la dissertazione di A. KESTING, *Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucherdarlehensverträgen*, BoD, Norderstedt, 2019, spec. p. 42 ss.; *adde*, sin d'ora, K. RIESENHUBER, *Informations – Beratung – Fürsorge. Kritische Bemerkungen zum Vorschlag einer neuen Verbraucher durch mehr Regulierung?*, in ZBB, 2003, p. 329; J. BENEDICT, *Responsible Lending. Das Europäische Vertragsrecht zwischen caveat emptor und caveat creditor*, in ZER, 2008, p. 394 ss. spec. p. 403 s.; nonché, per un interessante raffronto tra esperienza tedesca e britannica, M. HOFFMANN, *Die Reform der Verbraucherkredit-Richtlinie (87/102/EWG). Eine Darstellung und Würdigung der Entwürfe für eine neue Verbraucherkredit-Richtlinie unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und englischen Rechts*, De Gruyter, Berlin, 2007, p. 204; W. SERVATIUS, *Aufklärungspflichten und verantwortungsvolle Kreditvergabe*, in ZfIR, 2015, p. 178 ss.

⁹ Cfr. G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento*, cit., p. 49, ove traduce nei termini virgolettati le criti-

principali riserve sulla previsione normativa di una regola di “prestito responsabile” essenzialmente ruotano intorno a cinque argomenti, così enucleabili:

i) assenza di una puntuale nozione di merito creditizio, che rende alquanto indefiniti i contorni della fattispecie, così rimettendo l'individuazione dei relativi parametri all'autonoma valutazione del finanziatore, con l'effetto di vanificare di fatto la portata del principio¹⁰;

ii) sostanziale inefficacia dell'iniziale valutazione del merito creditizio, stante la normale impossibilità di prevedere, al momento della concessione del credito, tutti i rischi suscettibili di compromettere la capacità di rimborso del consumatore, spesso insolvente a causa di eventi sopravvenuti quali perdita del lavoro, sopraggiunte malattie, rottura di vincoli familiari, ecc.¹¹;

iii) disomogeneità della figura del consumatore nella tipologia della realtà, che renderebbe ingiustificata un'imposizione generalizzata dei costi di una valutazione del merito creditizio anche a consumatori abbienti o comunque non eccessivamente indebitati¹²;

iv) incremento dei costi e conseguente restrizione nella concessione dei finanziamenti, in quanto la lievitazione degli oneri amministrativi e di personale che implicherebbe per i finanziatori un'approfondita valutazione del merito creditizio sarebbero inevitabilmente riversati sui consumatori, con conseguente esclusione dell'accesso al credito dei più bisognosi¹³ e correlativo rischio di loro ricorso all'usura;

che di: A. DANCO, *Die Novellierung der Verbraucher Kreditrichtlinie*, in WM, 2003, Heft 18, p. 858; K. RIESENHUBER, *Informations*, cit., p. 329 e M. HOFFMANN, *Die Reform*, cit., p. 204.

¹⁰ A questo riguardo, sottolinea infatti M. ZAHN, *Überschuldungsprävention durch verantwortliche Kreditvergabe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011, spec. pp. 107 e 161, che l'efficacia di un obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore presuppone la predeterminazione normativa di criteri omogenei, in guisa da offrire al giudice la possibilità di verificarne *ex post* l'effettiva osservanza. Nello stesso senso, nella dottrina italiana, G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento*, cit., p. 52.

¹¹ E v., ancora, G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento*, cit., p. 49, sulla scia di A. DANCO, *Die Novellierung*, cit., p. 858 e M. HOFFMANN, *Die Reform*, cit., p. 267.

¹² E v., in particolare, K. RIESENHUBER, *Informations*, cit., p. 329; G. NOBBE, *Verantwortlichkeit der Bank bei der Vergabe von Krediten und der Hereinnahme von Sicherheiten*, in ZBB, 2003, p. 81.

¹³ In tal senso, oltre a G. NOBBE, *Verantwortlichkeit der Bank*, cit., p. 81, v. anche P. ROTT, “Responsible Lending”: *Vorsorge statt Nachsorge?*, in M.P. GRUNDULA (eds.), *Die soziale Dimension des Zivilrechts: Zivilrecht zwischen Liberalismus und sozialer Verantwortung, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003*, Seller, Stuttgart, 2004, spec. pp. 193 e 195, ove evidenzia però che l'obiettivo del principio del “prestito responsabile” consiste proprio nel precludere la concessione del credito al consumatore a rischio di sovraindebitamento (*adde*, sul punto, U.

v) *sostanziale ridondanza del principio di “prestito responsabile”*, riproduttivo di precetti già desumibili dalle regole di vigilanza prudenziale delle banche¹⁴.

È innegabile che questi rilievi attestino che la valutazione del merito creditizio, quand'anche regolata secondo puntuali criteri, non possa reputarsi una “panacea” idonea a scongiurare il sovraindebitamento dei consumatori; ciò non equivale, tuttavia, a disconoscere il potenziale contributo alla *prevenzione del sovraindebitamento* di regole volte a tracciare inequivoci obblighi dei finanziatori di assistenza ai consumatori nella concessione del credito, da cui discendano doveri di astensione allorché la verifica del merito creditizio renda altamente probabile il rischio d'insolvenza del soggetto affidato: obblighi e doveri di cui è però necessario assicurare l'effettività con la previsione di sanzioni realmente efficaci e dissuasive della loro violazione, suscettibili di compromettere il recupero del credito da parte dell'intermediario inadempiente.

Del resto, gli inconvenienti sopra indicati *sub ii), iii) e iv)*, possono forse risultare stemperati da un obbligo di verifica del merito creditizio condotto alla stregua delle clausole generali di *proporzionalità* e di *ragionevolezza*, sì da tener adeguatamente conto della dialettica tra i diversi interessi in gioco nella vicenda. Basti pensare che incrementi dei costi e restrizioni nella concessione del credito sono effetti derivanti non soltanto dall'eventuale prescrizione di un analitico esame del merito di credito, ma anche (e forse soprattutto) da una diffusa insolvenza nel recupero dei finanziamenti erogati; di qui la miopia di una prospettiva che reputi il consumatore effettivamente salvaguardato dall'assenza di adeguati controlli nell'accesso al credito e,

REIFNER, *Verantwortungsvolle*, cit., p. 383 ss.). Sennonché, se questa finalità è realmente perseguita, si esclude a monte pure il pericolo che a tale tipologia di consumatore vengano concessi finanziamenti a tassi eccessivamente onerosi proprio in considerazione della particolare rischiosità degli stessi (cfr. M. ZAHN, *Überschuldungsprävention*, cit., p. 106).

Tuttavia, il rischio di incremento dei costi del credito non è negato dai più convinti fautori della codificazione di un principio di “prestito responsabile” [v., ad es., Y.M. ATAMER, *Duty of Responsible Lending: Should the European Union Take Action?*, in S. GRUNDMANN a. Y.M. ATAMER (eds.), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law*, Wolters Kluwer International, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 179 ss., spec. p. 202, ove individua un'«onesta soluzione» a tale problema nell'incremento dei fondi pubblici a sostegno dell'accesso al credito ai soggetti più bisognosi].

¹⁴Tale osservazione, già formulata da autorevoli esponenti della politica e della magistratura francese (alludo rispettivamente all'allora Ministro dell'economia C. LAGARDE, *Le crédit responsable*, in *Rev. dr. banc. fin.*, 2007, dossier 20, n. 1 ed al magistrato della *Cour de cassation* M. COHEN-BRANCHE, *Les principes d'un crédit responsable*, *ibidem*, dossier 21, nn. 1 ss.), è stata poi sviluppata da accreditata dottrina transalpina (cfr. D. LEGAIS, *Le «crédit responsable»: les dangers d'un slogan*, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, Litec-Dalloz, Paris, 2011, p. 44 ss.).

per altro verso, la funzionalità della prevenzione del sovraindebitamento del consumatore alla tutela non soltanto di quest'ultimo, ma anche delle istanze dei suoi creditori ed, a monte, di un «corretto governo della finanza pubblica e del sistema di *welfare*»¹⁵.

Se ne deduce che la più seria delle sopra riferite obiezioni al controllo dell'autonomia privata del finanziatore diviene allora superabile con la prescrizione normativa sia di puntuali canoni di comportamento che la banca è tenuta ad osservare in fase di erogazione del credito, che consentano un agevole sindacato *ex post* della loro effettiva osservanza nel caso concreto, sia di sanzioni realmente «efficaci, proporzionate e dissuasive» all'intermediario inadempiente, tali da incidere sul suo diritto di recupero del credito abusivamente concesso¹⁶.

3. La soluzione prescelta dalla direttiva 2008/48/CE in tema di credito al consumo

In un contesto storico di crescita economica permeato dalla fiducia (che si sarebbe poi rivelata eccessiva) nel successo di scelte drasticamente liberiste, opzioni volte ad introdurre controlli, qui per giunta suscettibili di incidere sul carattere imprenditoriale dell'attività bancaria e finanziaria, erano fortemente osteggiate o, comunque, ritenute immeritevoli di accoglimento.

Cosicché – anche in considerazione delle non univoche posizioni sul punto assunte dagli Stati membri dell'Unione europea¹⁷ – il testo definiti-

¹⁵ In tal senso, correttamente, M. ZAHN, *Überschuldungsprävention*, cit., pp. 88, 98 e 104, condiviso da G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento*, cit., p. 50 s., ove persuasiva dimostrazione della adeguatezza e proporzionalità del controllo dell'autonomia contrattuale del finanziatore e del consumatore sotteso all'applicazione del principio di prestito responsabile declinato dalla Proposta di direttiva.

¹⁶ Proprio in quest'ultima direzione si è orientato – come vedremo meglio in seguito (Cap. III, § 5) – il legislatore elvetico, che sanziona le violazioni più gravi degli obblighi di verifica del merito creditizio del consumatore incombenti sui finanziatori, dettagliatamente previsti (dagli artt. 27a, 28, 29, 30, *Loi Federal sur le crédit à la consommation du 23 mars 2001*, nel testo modificato dalla *Loi Federal 15 juin 2018 sur les établissements financiers*, in vigore dal 1° aprile 2019), con la perdita dell'intero ammontare del credito concesso, compresi gli interessi e le spese; il consumatore è invece legittimato, in caso di accertamento di siffatte violazioni, a chiedere all'intermediario il rimborso degli importi che ha già versato, conformemente alle norme in tema di ingiustificato arricchimento (art. 32).

¹⁷ Cfr. la Posizione comune del Consiglio n. 14/2007, definita dal Consiglio il 20 settembre 2007, in cui la previsione del principio del c.d. *responsible lending* è stata ritenuta inutile e ridondante, poiché ripetizione di ovvie obbligazioni contrattuali (e v., pure, *Committee on Legal Affairs and the Internal Market, Second Report*, A5, 00224/2004, p. 15).

vo della nuova direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008, recante la revisione della disciplina europea del credito al consumo, ha rinunciato a codificare il principio del “prestito responsabile” e, di riflesso, all’espreso riferimento alla *natura civilistica o commerciale* delle sanzioni applicabili per la violazione dell’obbligo dell’intermediario di verifica del merito creditizio, così alimentando, già nei primi commentatori, il sospetto che la nuova direttiva segni «un arretramento nelle tutele del consumatore approntate dall’ordinamento domestico»¹⁸. Trattasi, a ben riflettere, di sospetto non privo di fondamento stanti le finalità di armonizzazione massima della direttiva in questione (anziché minima, come la precedente direttiva 87/102/CEE), preclusiva della previsione di una disciplina interna di attuazione difforme, ancorché di maggior tutela per i consumatori¹⁹.

Eppure, il testo finale della direttiva contiene innegabili tracce dell’impostazione ispiratrice dell’originaria Proposta del 2002. Esemplari i riferimenti, nel *considerando* 26, alla promozione, da parte degli Stati membri dell’UE, di «pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito», consistenti nell’«informazione e l’educazione dei consumatori e anche [in] avvertimenti sui rischi di un mancato pagamento o di un eccessivo indebitamento», nonché il duplice richiamo della rilevanza dell’astensione dei

Da uno sguardo alle esperienze extraeuropee si evince che un principio di prestito responsabile è invece presente nell’ordinamento sudafricano, ove la *sect.* 81 (2) del *National Credit Act* n. 34/2015 (in vigore dal 1° gennaio 2017) prevede che: «the credit provider must not enter into a credit agreement without first taking reasonable steps to assess— (a) the proposed consumer’s— (i) general understanding and appreciation of the risks and costs of the proposed credit, and of the rights and obligations of a consumer under a credit agreement; (ii) debt re-payment history as a consumer under credit agreements» (in argomento, C. VAN HEERDEN-S. RENKE, *Perspectives on the South African Responsible Lending Regime and the Duty to Conduct Pre-agreement Assessment as a Responsible Lending Practice*, reperibile presso il sito: repository.up.ac.za/handle/2263/45344).

¹⁸ Così, G.L. CARRIERO, *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d’indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 514.

¹⁹ Si è quindi tentato di recuperare l’istanza di protezione dei consumatori valorizzando l’obiettivo della direttiva 2008/48/CE di repressione delle pratiche commerciali scorrette ed ingannevoli, palesato dall’esplicito richiamo delle esigenze di standardizzazione dei contenuti e di comparabilità delle offerte contrattuali nel *considerando* 18; in guida da sanzionare la stipulazione del contratto di credito al consumo al cospetto dell’esito negativo della valutazione del merito creditizio in quanto pratica commerciale scorretta dell’intermediario, contraria alla diligenza professionale nel procedimento di erogazione del credito. Per tale proposta, su cui ritornerò nel luogo opportuno del presente lavoro (Cap. II, § 4), v., per il momento, G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l’armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori»*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 274 s.; C. BOITI, *Il principio del prestito responsabile del creditore ed il dovere di informazione del consumatore*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella e L. Mezzasoma, Esi, Napoli, 2010, p. 440 ss.

creditori dalla concessione di «prestiti in modo irresponsabile», o comunque in assenza di «preliminare valutazione del merito creditizio», e dell'obbligo dei creditori di «verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori» sulla base delle informazioni fornite da quest'ultimi e/o ricavate dalla consultazione delle banche dati.

L'approccio prediletto dalla direttiva del 2008 è dunque puntato sull'*educazione del consumatore*, sulla premessa che quest'ultimo, se correttamente informato nella fase precontrattuale sui rischi del proprio sovraindebitamento, ricorrerà al credito al consumo in modo responsabile²⁰. In tale prospettiva viene a collocarsi l'*obbligo del finanziatore di verifica del merito creditizio del consumatore* non soltanto in fase di erogazione del finanziamento, ma anche in ipotesi di successivo aumento significativo del credito concesso (art. 8); ai fini del suo corretto assolvimento ogni Stato membro è tenuto per un verso a garantire, in condizioni non discriminatorie, l'accesso dei creditori alle banche dati utilizzate nel proprio territorio (art. 9, 1° comma), per l'altro a prevedere sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive», pur restando libero nell'individuazione delle stesse (art. 23 e *considerando* 47).

Tuttavia, altrettanto indiscutibile è che l'assenza di un'esplicita previsione del principio di “prestito responsabile”, abbinata alla rimessione della determinazione della natura di tali sanzioni all'autonomia dei singoli Stati membri dell'UE, ha reso ben più incerta la portata di siffatti obblighi di verifica del merito creditizio. Ciò anche in considerazione della previsione, alquanto generica, contenuta nell'art. 8, che si limita a disporre che la verifica deve fondarsi su «informazioni *adeguate*, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente».

Si aggiunga l'assenza, nella versione definitiva della direttiva, dell'obbligo di consulenza del finanziatore funzionale alla selezione del prodotto finanziario più adeguato alle esigenze ed alle caratteristiche del consumatore, originariamente previsto proprio nella prospettiva di responsabilizzazione nell'erogazione del credito (cfr. art. 6 Proposta modificata 2005). Sul punto, la direttiva intende attribuire al consumatore la responsabilità della scelta dell'assunzione del debito, arrestandosi alla previsione di un dovere del creditore di *assistenza informativa* al cliente, mediante la somministrazione di chiarimenti adeguati sulla soluzione prescelta.

Va poi evidenziata la mancata previsione di un esplicito dovere di asten-

²⁰ Il rilievo centrale dell'educazione finanziaria del consumatore in questa direttiva è diffusamente illustrato, da ultimo, da N. SOLDATI, *Tutela del consumatore e procedure di sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 15 ss.

sione del finanziatore dalla concessione di credito a consumatori risultati immeritevoli da tale controllo di *credit scoring*, che ha accreditato la tesi che l'obbligo di verifica del merito creditizio riguardi il solo piano della «tutela del mercato del credito» in quanto esclusivamente animato dalla finalità di garanzia della sana e prudente gestione funzionale alla corretta allocazione delle risorse bancarie²¹: impostazione apparentemente suffragata vuoi dall'esclusione degli intermediari del credito dall'ambito di operatività di tale obbligo²², vuoi dall'incontestabile dato che l'obbligo di verifica del merito creditizio è effettivamente utile in assenza di un concreto interesse del finanziatore ad effettuare controlli preventivi sulla solvibilità del consumatore, come avviene allorché la dinamica dell'operazione di finanziamento coinvolga soggetti terzi²³.

Esemplari i casi di erogazioni di credito a consumatori garantiti da co-

²¹ In questi termini si pronunciano ad es., con riguardo al testo definitivo della direttiva: M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui «creditori» nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Giappichelli, Torino, 2009, p. 70; A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 592 s.; e con riferimento alla disciplina di attuazione italiana, contenuta nell'art. 124-bis Tub: M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) ed ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 765; S. PELLEGRINO, *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori (d.lg. 13.8.2010, n. 141)*, in *Obbl. e contr.*, 2011, p. 133, che sottolineano anche i rischi derivanti dalla cartolarizzazione di crediti nei confronti di soggetti dei quali non si è adeguatamente valutata la solvibilità (v. anche ID., *Le disposizioni attuative in materia di credito al consumo*, *ibidem*, p. 298); A. SIMONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, cit., p. 186 s.; e, da ultimo, F. SALERNO, *La prevenzione*, cit., p. 77 s., per il quale la direttiva 2008/48/CE intende perseguire finalità di standardizzazione e di comparabilità delle diverse offerte di credito sul mercato.

²² I quali, limitandosi ad espletare un'attività sostanzialmente promozionale, non sono esposti al rischio di insolvenza del consumatore e, perciò, soggiacciono ad una vigilanza sicuramente meno stringente dei controlli previsti per i finanziatori (per tale rilievo, L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012, p. 241).

²³ Si pensi al caso del creditore disinteressato ad eseguire la verifica del merito creditizio perché prevede di trasferire il rischio di credito mediante operazioni di cartolarizzazione, che valgono per definizione a neutralizzargli i pericoli di insolvenza del consumatore. La banca erogante il credito non deve qui attendere, infatti, il lasso di tempo concordato per la restituzione del finanziamento, ma può subito recuperare la somma prestata ed i relativi interessi trasferendo il rischio di inadempimento del sovenuto ai sottoscrittori dei titoli emessi in esecuzione dell'operazione di cartolarizzazione. Cfr. M. GORGONI, *Spigolature*, cit., p. 765; P. SIRENA (D. FARACE), *I contratti bancari del consumatore*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, in *Tratt. contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Wolters Kluwer, Assago, 2016, p. 231; e, da ultimo, i lavori di G. BIFERALI, *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2019, p. 65 s. e di G. LIBERATI BUCCIANTI, *Il merito creditizio del consumatore*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 5, nt. 2.

obbligati (ad esempio, fideiussori), come tipicamente accade nei finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio/pensione (d.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180). In tali fattispecie, la frequente prassi delle banche di omettere la verifica del merito creditizio della loro clientela risulta finanche da documenti ufficiali dell'Autorità di vigilanza²⁴ e si traduce in ricorrenti politiche aggressive nei confronti dei consumatori, propiziate dal naturale interesse della banca finanziatrice alla solvenza del solo datore di lavoro (dal quale ottengono, con cadenza solitamente mensile, la trattenuta del quinto sullo stipendio del lavoratore), oltretutto dalla garanzia conseguente alla stipula da parte dei lavoratori/pensionati sovvenuti di polizze assicurative abbinate ai finanziamenti (che coprono i rischi di perdita del lavoro, morte, sopravvenuta invalidità del lavoratore, ecc.). Non è casuale, del resto, che buona parte delle applicazioni giurisprudenziali della disciplina del sovraindebitamento originano proprio da finanziamenti contro cessione del quinto dello stipendio/pensione, che, per le ragioni testé indicate, alimentano i rischi di azzardo morale dei consumatori²⁵.

Ma, a ben vedere, l'esperienza dei finanziamenti contro cessione del quinto acquisita dall'Arbitro bancario finanziario nell'ultimo decennio attesta anche che, quando non omessa, la verifica del merito creditizio è sovente espletata non già dalla banca erogante il credito, bensì dal c.d. «intermediario specializzato» collocato nella filiera produttivo-distributiva del finanziamento; e tale delega a terzi dell'istruttoria di fido – come vedremo incompatibile già con le attuali norme primarie e regolamentari (Cap. II, § 5) – comporta una lievitazione del costo del finanziamento, non proporzionato al rischio assunto dal finanziatore, pressoché integralmente coperto dalla stipula delle polizze assicurative abbinate. Cosicché, il sovvenuto è costretto a sopportare un costo supplementare conseguente alla delega di un'attività che la banca erogante sarebbe invece tenuta ad espletare ai sensi della disciplina europea (e nazionale) in tema di credito al consumo²⁶.

Quanto precede dimostra allora che il fondamento della clausola gene-

²⁴ Il riferimento è alla Comunicazione della Banca d'Italia, 7 aprile 2011, in cui si legge che «alcuni intermediari hanno ribadito il proprio orientamento a determinare il costo del finanziamento in maniera del tutto scollegata da ogni valutazione in merito alla qualità creditizia dei debitori, sottraendo una prestabilita quota percentuale (ad esempio uno per cento) dal tasso soglia di usura».

²⁵ Sottolinea i rischi della mancata verifica del merito creditizio nei finanziamenti contro cessione del quinto V. SANGIOVANNI, *Contratti di credito ai consumatori ed errata verifica del merito creditizio*, in *Contratti*, 2019, p. 687.

²⁶ Cfr., sul punto, le puntuali notazioni di U. MALVAGNA, *Nel focus del credito al consumo: gli oneri economici della «cessione del quinto»*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, spec. pp. 1535 s., nt. 8, e p. 1556 ss.