

Convegno ODC, “La protezione dei soggetti deboli tra equità ed efficienza del mercato”, Roma 10 e 11 febbraio 2012

Prof. Roberto Natoli – Associato di istituzioni di diritto privato
- Università degli Studi di Palermo

La protezione del cliente finanziariamente analfabeta tra irrazionalità del mercato e paternalismo liberale

SOMMARIO: 1. Una stipulazione preliminare. - 2. Il superamento della *mandatory disclosure* come tecnica di riduzione delle asimmetrie informative. - 3. Beni di consumo, beni finanziari e utilità attese. - 4. La protezione del cliente finanziariamente analfabeta nella nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori. - 5. Verso un modello di paternalismo liberale?

1. Chiarisco subito che per me i contratti di risparmio sono contratti:

- i) nei quali si contrappongono parti contrattuali non sofisticate e parti contrattuali sofisticate;
- ii) nei quali la categoria delle parti contrattuali non sofisticate è più ampia di quella dei consumatori, poiché ricomprende anche imprese non sofisticate;
- iii) per mezzo dei quali si negoziano beni che vengono in rilievo non già per il loro valore d’uso ma esclusivamente per il loro valore di scambio.
- iv) che tipicamente vengono stipulati in mercati “intermedi”.

L’insieme di queste caratteristiche comuni fa sì che il tema della protezione della parte debole nei contratti si declini in termini particolari. Da un lato, infatti, l’esigenza di protezione abbraccia imprese talora anche di significative dimensioni e, d’altro lato e specularmente, alle banche e agli altri intermediari finanziari è richiesto di tenere condotte che nei mercati finali non sono richieste alle altre imprese.

Per chiarire questi punti mi soffermerò in particolare su due discipline recenti – quella dei contratti di investimento e quella dei contratti di credito ai consumatori – e farò un cenno a una disciplina in via di definizione – quella dei contratti di credito relativi alla proprietà abitativa¹.

Una lettura complessiva di queste tre discipline mette in luce, infatti, delle chiare linee di tendenza dell’ordinamento comunitario – e, di riflesso, degli ordinamenti municipali – le quali, sebbene diversamente declinate tra le tre discipline citate, convergono comunque nella direzione di gravare le imprese sofisticate di un obbligo di assistenza del cliente (sia esso consumatore o meno) nell’individuazione della prestazione più adeguata alle sue esigenze di credito o di investimento.

¹ Proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on credit agreements relating to immovable property - Presidency compromise proposal, Brussels, 10 October 2011.

I) Questa linea di tendenza si riscontra, innanzi tutto, nella disciplina post MiFID dei servizi di investimento, là dove agli intermediari finanziari si fa obbligo, nella prestazione dei servizi di gestione di portafogli su base individuale e di consulenza personalizzata, di adeguare il servizio di investimento fornito alle esigenze del cliente, (art. 37 Reg. Consob n. 16190/07, c.d. Reg. intermediari).

La regola dell'adeguatezza postula una bidirezionalità dei flussi informativi intermediario/cliente che supera la tradizionale unidirezionalità dell'informazione comunicata dall'impresa all'acquirente e relativa alle caratteristiche del bene fornito per estendersi fino al punto di obbligare l'intermediario a ricevere informazioni dal cliente, valutarle e, in base alla valutazione effettuata, offrire prodotti adeguati alle esigenze di risparmio e/o di investimento.

Alla banca si chiede, dunque, non solo di informare ma soprattutto di informarsi e tale obbligo di informazione passiva è a sua volta strumentale rispetto alla diligente esecuzione della prestazione professionale.

II) Una medesima linea di tendenza si riscontra, d'altro lato, nella nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori, ad alcuni aspetti della cui disciplina saranno in particolare dedicate le successive considerazioni.

III) Infine, utilissime indicazioni di sistema provengono dalla proposta di direttiva sui mutui residenziali, da anni in discussione e oggi, sembra, in via di approvazione²

2. Le tre discipline sopra richiamate hanno qualcosa in comune. Segnano tutte il superamento di una strategia - finora centrale nel diritto privato comunitario - consistente nel riequilibrare il rapporto contrattuale attraverso un flusso obbligatorio di informazioni dovute alla parte più debole³.

² là dove:

i) al considerando n. 14 si legge che «un approccio differenziato è inoltre dettato dall'opportunità di tenere conto degli insegnamenti tratti dalla crisi finanziaria e dalla necessità di garantire che il prestito avvenga in maniera sana. A questo proposito, per la valutazione del merito di credito sarebbe opportuno prevedere disposizioni più rigide rispetto al credito al consumo»;

ii) al considerando n. 22 si legge che «è possibile che il consumatore abbia bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito, tra quelli proposti, sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. I creditori e - nei casi in cui l'operazione si svolga tramite un intermediario del credito - gli intermediari del credito dovrebbero assicurare tale assistenza sui prodotti creditizi che essi offrono al consumatore. Al consumatore dovrebbero pertanto essere spiegate in modo personalizzato tanto le pertinenti informazioni quanto le caratteristiche essenziali dei prodotti offerti, affinché egli possa comprenderne i potenziali effetti sulla sua situazione economica»;

iii) al considerando n. 24 si legge che «la valutazione del merito di credito dovrebbe tener conto di tutti i fattori che potrebbero influenzare la capacità del consumatore di effettuare rimborsi per l'intera durata del prestito, compreso, ma non solo, il reddito del consumatore, le spese regolari, il *credit score* (punteggio che determina l'affidabilità creditizia), la storia dei crediti passati, la capacità di gestire gli adeguamenti dei tassi di interesse ed altri impegni di credito in essere».

³ A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, in *Trattato di diritto privato europeo*, cit., p. 41.

L'uso avveduto del potere di scelta è il perno di tante discipline comunitarie anche recenti, come dimostra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette la quale è imperniata sull'equazione «comportamento economico = capacità di prendere decisioni informate»: ossia su un'equazione la quale incorpora l'assunto secondo cui il consumatore è un soggetto economico la cui azione è fondamentalmente basata sulla sua capacità di prendere decisioni informate.

Se ciò che conta è consentire la possibilità di assumere decisioni informate⁴, basta che l'informazione sia disponibile, se del caso anche coattivamente.

In questa relazione proverò tuttavia a chiedermi se la strategia dell'informazione obbligatoria come risposta ai mali che affliggono le contrattazioni diseguali sia ancora in grado di descrivere la realtà.

Al di là dei fiumi di letteratura sui limiti cognitivi degli individui, sfociati in nuove branche dell'economia e della finanza come l'economia e la finanza comportamentale, il clamoroso fallimento dell'idea che i mercati, eliminate le asimmetrie informative, esprimano tutta la propria intrinseca razionalità è stato drammaticamente accertato dalla crisi economica tutt'ora in corso.

Il punto è che il mito dell'agente razionale di mercato si è sgretolato non solo nel dibattito economico ma anche nella più recente riflessione giuridica.

Vi sono infatti mercati nei quali - pur avendo rimosso le restrizioni alle informazioni, pur avendo corretto le informazioni scorrette e pur avendo fornito informazioni supplementari - gli attori economici non sofisticati restano comunque incapaci di assumere decisioni razionali e di ciò sembra sempre più consapevole il legislatore europeo.

Se la crisi economica ha provato, in modo difficilmente confutabile, che il comportamento degli operatori economici è assai più intriso di irrazionalità che di razionalità, anche la scienza giuridica ha sottoposto a revisione critica l'idea che le informazioni giovino sempre alla conoscenza.

È così oggi un rilievo sempre più diffuso quello per cui, di regola, quante più informazioni sono divulgate, tanto più difficile ne sarà la comprensione.

Si sottolinea che il rischio di «overdose» informativa⁵ si accentua se il veicolo delle informazioni non è il linguaggio orale ma la lingua scritta, come avviene nelle ricorrenti ipotesi nelle quali, secondo le cadenze del formalismo informativo, la

⁴ J. Stuyck - E. Terry - T. Van Dyck, *Confidence Through Fairness? The New Directive on Unfair Business-To-Consumer Commercial Practices in the Internal Market*, in 43 *Common Market Law Rev.*, 2006, p. 125.

⁵ G. da Empoli, *Overdose. Le società dell'informazione eccessiva*, Vicenza, 2002; di «sovraccarico informativo» discute, invece, M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., p. 142. Gli studi sulla *overdose* informativa sono, peraltro, tutt'altro che recenti. Essi si fondano sulle geniali intuizioni di H. A. Simon, *A Behavioral Model for Rational Choice*, in *Quart. J. of Econ.*, 1955, p. 99, e furono poi sviluppati nel celebre studio di G. A. Miller, *The Magical Number Seven Plus or Minus Two: Some Limits to our Capacity of Processing Information*, in *Psychology Review*, 1956, p. 81, nel quale fu dimostrata l'incapacità delle persone di tenere in mente più di sette informazioni (due più, due meno) alla volta.

divulgazione delle informazioni avviene attraverso la «*traditio* di una *res* rappresentativa dell'attività informativa»⁶.

Tali più articolate riflessioni hanno inciso anche sulla più recente produzione normativa, la quale inizia a disciplinare le modalità di presentazione delle informazioni⁷, allo scopo di favorirne la comprensione effettiva⁸.

Ma è nel settore dei mercati finanziari che il legislatore ha preso consapevolezza dell'impossibilità di reagire soltanto con strumenti di informazione obbligatoria all'inemendabile analfabetizzazione finanziaria che affligge gli operatori non sofisticati.

Lo sgretolamento del mito dell'agente razionale di mercato, in una con il superamento dell'equazione scelta informata = scelta razionale, sembrerebbero tradursi, sul piano normativo, in interventi paternalistici⁹, ossia in soluzioni che demandano l'individuazione del miglior interesse di un soggetto a un soggetto diverso.

Tuttavia una riflessione più attenta mostra che tali interventi sono espressioni di paternalismo soltanto in senso debole, poiché il loro scopo non è di imporre regole coercitive e odiose, bensì di agevolare la possibilità di assumere decisioni effettivamente volute, perché assunte in ambienti depurati da tutte le incrostazioni dettate dal "contesto".

In effetti il più avanzato dibattito filosofico politico ha da tempo dimostrato la possibilità di una terza via tra il liberalismo neutrale e il liberalismo perfezionista: i fautori di politiche di paternalismo liberale o asimmetrico accolgono, infatti, l'idea secondo la quale per tutelare davvero la libertà di scelta si devono tenere in adeguata considerazione tutti i fattori di contesto che interferiscono con i comportamenti degli individui.

3. Perché il superamento della strategia dell'informazione obbligatoria sta avvenendo nel settore dei contratti di risparmio?

A mio avviso una plausibile risposta riposa sulla particolare natura dei beni che nei mercati intermedi vengono negoziati, noti alla teoria economica come *credence goods* ossia beni la cui utilità effettiva non è apprezzabile dal consumatore neppure dopo l'uso.

L'acquisto di un bene riposa sempre su una valutazione delle utilità attese. Tuttavia sono diverse le utilità attese quando si acquista un bene di consumo o un bene di risparmio.

⁶ M. De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., p. 140.

⁷ Sulle modalità di presentazione delle informazioni v. R. Craswell, *Taking Information Seriously: Misrepresentation and Nondisclosure in Contract Law and Elsewhere*, in *92 Va. L. Rev.*, 2006, p. 581 ss.

⁸ V., in questo senso, De Poli, *Nota informativa*; Pagliantini, *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, cit.

⁹ Sul concetto di paternalismo, in chiave generale, D. Van DeVeer, *Paternalistic Intervention*, Princeton, 1986. Nella letteratura giusfilosofica R. Dorwkin, *Paternalism*, in L.C. Becker - C.B. Becker (ed.), *Encyclopedia of Ethics*, vol. II, London - New York, 1992, p. 939 ss.

Il bene di consumo è un bene, per così dire, di primo grado: l'acquirente ne ritrae cioè un beneficio immediato ed è normalmente in grado di apprezzare da sé l'utilità attesa dal bene e l'idoneità dello stesso a soddisfarne i bisogni.

Il bene di risparmio è, invece, un bene, per così dire, di secondo grado: il fruitore ne ritrae un beneficio prevalentemente indiretto, poiché mira o a un'ottimale conservazione di un certo potere d'acquisto (strumenti finanziari), o al godimento anticipato di certi beni (credito al consumo/credito residenziale)¹⁰.

Un banale esempio aiuta a cogliere la differenza.

Se decido di andare in vacanza in montagna con mia moglie e le mie figlie, la scelta riflette una mia personale valutazione, della quale sono certamente capace, sulla maggiore idoneità di una vacanza in montagna rispetto a una vacanza al mare per soddisfare un desiderio di relax familiare.

Se decido, invece, di investire parte dei miei attuali risparmi per assicurarmi, tra quindici anni, una disponibilità economica tale da garantire alla mia figlia maggiore la possibilità di iscriversi a un *college* statunitense, pur avendo ben chiare le finalità dell'investimento, difetto, invece, della capacità di individuare lo strumento finanziario che meglio risponda al mio idiosincratico interesse.

Il punto è, pertanto, che nei mercati finanziari si negoziano non solo beni ad alto contenuto informativo (se non addirittura beni il cui contenuto interamente coincide con le informazioni che essi incorporano¹¹) ma, soprattutto, beni il cui contenuto informativo, implicando una valutazione di utilità soltanto indirettamente attese, è normalmente processabile soltanto da agenti economici sofisticati¹².

Il risparmiatore si affida all'intermediario perché, senza l'intermediazione, sarebbe strutturalmente privo degli strumenti per valutare appieno le utilità attese da un bene incorporante informazioni che non è in grado di processare adeguatamente.

L'intermediario presta, dunque, la propria *expertise* al cliente perché senza di essa la sorte degli affari del cliente sarebbe per lo più rimessa al caso.

¹⁰ M. Libertini, *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, cit., p. 11 s.

¹¹ È questa l'ipotesi della c.d. *efficienza informativa* nei mercati finanziari, secondo la quale «tutta l'informazione nota agli operatori è riflessa nel corso dei titoli»: così G. Carriero – R. Violi, *Moneta, banche, mercati finanziari*, in *Economia per il diritto*, a cura di P. Ciocca - I. Musu, Torino, 2006, p. 239.

¹² E talora è difficilmente processabile anche da agenti economici sofisticati o comunque economicamente inefficiente. Una delle varie spiegazioni della crisi dei mutui immobiliari americani, sifone della crisi economica globale, riposa infatti proprio sull'incapacità, anche nella contrattazione tra operatori sofisticati, di processare efficacemente le informazioni incorporate negli strumenti finanziari negoziati. Osserva al riguardo S. Mazzamuto, *Il contratto nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 641, che «una rigorosa applicazione dell'analisi costi benefici rende quanto meno dubbia la vantaggiosità di un'adeguata verifica delle informazioni: il costo per comprendere appieno le informazioni sembra sempre eccedere il guadagno ottenuto. Ad aggravare questa scarsa propensione per l'analisi delle informazioni da parte degli investitori sofisticati ha contribuito poi la fiducia senza riserve nelle valutazioni sintetiche delle agenzie di *rating*».

Il mercato, per funzionare, rifugge dal caso e ricerca, invece, comportamenti prevedibili e tendenzialmente razionali che l'operatore finanziariamente analfabeta non può tenere: com'è stato icasticamente osservato, occorre proteggere l'incapace dal mercato ma anche il mercato dall'incapace¹³.

4. L'insieme delle tre discipline su cui si appunta questa riflessione fa emergere almeno due distinti modelli di protezione: i) l'uno incentrato sulla protezione dell'investitore contro il rischio dell'investimento; ii) l'altro incentrato sulla protezione del risparmiatore contro il prestito irresponsabile¹⁴.

L'uno e l'altro modello riposano - come abbiamo visto - su una medesima idea: che i limiti cognitivi dei consumatori impediscono una decisione consapevole in ordine al tipo di servizio più adatto alle loro esigenze anche in un contesto di informazioni pienamente rivelate, di tal che il rischio di assumere impegni sproporzionati o comunque inadeguati rispetto alle loro capacità finanziarie non è scongiurabile con una *policy* di mera *mandatory disclosure*.

Provando ora ad affrontare un problema ancora poco indagato dalla dottrina italiana vorrei chiedermi quale sia il rimedio per la violazione, da parte del finanziatore, dell'obbligo di verifica del merito creditizio, introdotto dal nuovo art. 124**bis** TUB.

Il tema evoca quello del prestito responsabile ossia un concetto la cui importanza è andata vieppiù aumentando a misura che la percezione delle possibili conseguenze sistemiche del sovraindebitamento dei consumatori si è andata ispessendo e che la constatazione del fortissimo rischio di azzardo morale che affligge questo mercato si è radicata.

In Europa, in particolare, il rischio di azzardo morale passa per i comportamenti opportunistici degli intermediari del credito i quali troppo spesso inducono i clienti ad assumere impegni finanziari spropositati.

La rilevanza dell'intermediazione creditizia in Europa è enorme. Un recente studio della Commissione ha mostrato che gli intermediari creditizi sono coinvolti nel 41,50% dei mutui residenziali e nel 28,80% dei contratti di credito al consumo.

Il punto è che la forma più diffusa, per non dire esclusiva, di remunerazione degli intermediari passa per le commissioni pagate dalle parti messe in contatto¹⁵ e tali commissioni, essendo percepite *una tantum*, fanno sì che gli intermediari siano fortemente incentivati a che i prestiti vengano comunque concessi: è proprio il caso di dire, costi quel che costi.

Il concetto di «prestito responsabile» è espressamente evocato dal considerando 26 della direttiva, là dove si dice che si «dovrebbero adottare le misure appropriate per

¹³ S. Deakin, *'Capacitas': Contract Law and Institutional Preconditions of a Market Economy*, in 31 *ERCL*, 2006, p. 318.

¹⁴ V. fin d'ora I. Ramsay, *From Truth in Lending to Responsible Lending*, in G. Howells - A. Janssen - R. Schulze, *Information Rights and Obligations*, Aldershot, 2005, p. 47.

¹⁵ Ovvero anche, nel rapporto con il finanziatore, attraverso sistemi *volume-based*.

promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, tenendo conto delle specificità del proprio mercato creditizio. Tali misure possono includere, per esempio, l'informazione e l'educazione dei consumatori e anche avvertimenti sui rischi di un mancato pagamento o di un eccessivo indebitamento. In un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante *che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile* o non emettano crediti senza *preliminare valutazione del merito creditizio*, e gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse».

Nell'articolato della direttiva il riferimento espresso al prestito responsabile tuttavia scompare.

Restano, però:

- l'art. 5, 6° comma, il quale prevede che « ... i creditori e, se del caso, gli intermediari del credito forniscano al consumatore *chiarimenti adeguati*, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, *eventualmente illustrando* le informazioni precontrattuali che devono essere fornite conformemente al paragrafo 1, *le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento*. Gli Stati membri possono adattare le modalità e la portata di tale assistenza e stabilire chi la fornisce, *tenendo conto del contesto particolare nel quale il contratto di credito è offerto, del destinatario e del tipo di credito offerto*»;
- l'art. 8, 1° comma, il quale prevede che « ... prima della conclusione del contratto di credito, *il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate*, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente».

La riflessione europea si è quindi divisa in ordine alla configurabilità di un obbligo di prestito responsabile alla luce della direttiva 2008/48.

Una parte della dottrina, ragionando sul dato formale del mancato richiamo di tale concetto nel disposto della direttiva, ha sostenuto la tesi negativa¹⁶. Un'altra parte della dottrina ha invece valorizzato le linee di *policy* promananti dai considerando e ha sostenuto che, *de iure condito*, esista già, nel diritto europeo del credito al consumo, un obbligo di erogare responsabilmente credito ai consumatori¹⁷.

La questione non è ovviamente soltanto teorica e, anzi, la sua soluzione si riflette sul diverso modo di intendere le finalità degli artt. 5 e 8 della direttiva. Pertanto essa si traduce, sotto il profilo fisiologico, sulla enucleazione delle condotte esigibili dal finanziatore e, sotto il profilo patologico, sul tipo di rimedi adeguati alla loro violazione.

In linea puramente teorica il combinato disposto degli artt. 5 e 8 della direttiva potrebbe condurre a configurare tre obblighi di decrescente intensità:

- i) un obbligo di astenersi dal concedere credito (*duty to deny*);

¹⁶ Atamer, p. 196; C. Herrestal, p. 1176.

¹⁷ Così, ad es., J. Köndgen, *Policy Responses to Credit Crises*, p. 48 s.

- ii) un obbligo di mettere in guardia dall'assumere impegni sproporzionati (*duty to warn; devoir de mise en garde*);
- iii) un obbligo di chiarimento ed esplicazione dei contenuti del contratto di credito (*duty to explain*)

ed in effetti, nelle diverse esperienze europee, si ravvisano tutte e le tre impostazioni:

i) a un dovere molto simile al *duty to deny* giunge, ad esempio, il legislatore polacco, il quale all'art. 70 della legge bancaria prevede che il finanziatore adegui il mutuo alla capacità di credito del mutuatario;

ii) a un vero e proprio dovere di avvertimento e messa in guardia giungeva, invece, il diritto francese già prima del recepimento della direttiva in forza di un orientamento della *Chambre mixte* della *Cour de Cassation* per il quale il finanziatore è tenuto ad avvisare il mutuatario del rischio che il debito contratto possa condurlo a un sovraindebitamento¹⁸. È significativo, peraltro, che tale obbligo gravi soltanto verso la parte non sofisticata del rapporto (*personne non avertie*), la quale è reputata tale in forza del suo livello di educazione, della sua esperienza finanziaria e, in generale, della sua capacità di stimare il rischio dell'insolvenza e che l'onere della prova relativo alla sofisticazione del cliente gravi sulla stessa banca. Allo stesso tempo è assai significativo che, pur dopo la coppia di sentenze della *Chambre mixte*, la dottrina abbia continuato a ribadire, quale principio generale in materia bancaria, il *principe de non-ingérence ou de non immixtion*, secondo il quale il banchiere non può comunque mai spingersi al punto sostituirsi all'imprenditore nella conduzione degli affari. Tale principio si declina in due direzioni: per un verso nel senso che il banchiere non è obbligato a impedire al suo cliente di compiere operazioni irregolari, inopportune o pericolose; per altro verso nel senso che il banchiere non può rifiutarsi di eseguire le istruzioni del cliente che ritiene essere pregiudizievoli.

Il dovere di messa in guardia si traduce dunque, operativamente, in un obbligo gravante sulla banca di attirare l'attenzione del cliente sulle conseguenze pregiudizievoli, valutate in concreto e non in astratto, dell'operazione di finanziamento: essa può dunque essere assimilato a un consiglio negativo; a un invito a non fare; non arriva però al punto da caricare la banca di un dovere di suggerire al cliente l'operazione migliore per i suoi interessi.

Le due sentenze del 2007 manifestano chiaramente l'intento della *Cassation* di distinguere tra *obligation de mise en garde* e *obligation de conseil*: la Cassazione francese ha invitato così le banche non già raccomandare agli imprenditori di rinunciare ai loro

¹⁸ Con due importanti pronunce del 2007, la *Chambre mixte* ha abbandonato la distinzione tra imprenditore professionale e non in favore di quella tra imprenditori avvertiti e non. Giova notare che la categoria degli imprenditori non avvertiti è più ampia di quella degli imprenditori professionali poiché si fonda sulle effettive competenze dell'imprenditore in materia creditizia e non su criteri formali. Un simile slittamento da criteri formali a criteri sostanziali - peraltro accompagnato da una chiara presa di posizione sull'ordine della prova - è stato, com'era intuibile, criticato da parte della dottrina, la quale ha paventato il rischio che il nuovo corso giurisprudenziale possa indulgere al soggettivismo e incrinare la prevedibilità delle decisioni (S. Piedilevre, *note Cass., ch mixte*, 29 juin 2007 Forest c/CRCAM Centre-Est + Fusco c/ Union bancaire du nord, *Dalloz*, 2007, n° 281) con l'ovvia conseguenza che tale imprevedibilità si rifletta a sua volta sulla contrazione del credito bancario (S. Hocquet-Berg, *RCA*, 2007, études 15).

progetti, bensì a scoraggiarli dall'intraprendere progetti che vadano al di là delle loro possibilità finanziarie: in altre parole, a metterli di fronte alle loro responsabilità.

A un *duty to warn* si arriva anche nel Regno Unito e in Olanda ma in via di *soft law*: nel Regno Unito è infatti previsto dall'*OFT (Office of Fair Trading)*¹⁹; in Olanda dalle *best practices* previste dal codice di autocondotta bancaria²⁰.

iii) Il *duty to explain* sembra essere invece la situazione più diffusa negli altri paesi europei. Questa sembra, in particolare, la strada prescelta dal legislatore tedesco, il quale al § 491a del BGB ha sostanzialmente ricalcato il testo della direttiva.

Nel panorama dottrinale europeo accade così che:

i) chi ritiene che la direttiva abbia previsto un obbligo di concedere prestito responsabilmente tende ad ampliare il novero delle condotte esigibili dal finanziatore fino al punto da postulare un dovere di astensione dal concedere prestiti insostenibili;

ii) chi ritiene che il concetto del prestito responsabile non sia penetrato nell'attuale diritto europeo ritiene che l'art. 5 non consenta di fondare alcunché di ulteriore rispetto all'obbligo di spiegare, illustrare, "illuminare" il contenuto del contratto;

iii) nessuno giunge, invece, a postulare un obbligo di assistenza del cliente nell'individuazione della linea di credito più coerente con le sue possibilità e le sue esigenze: dell'implausibilità di quest'obbligo di consulenza si trae testuale conferma, del resto, dallo stesso tenore dell'art. 5 della direttiva il quale precisa che le informazioni precontrattuali servono affinché il cliente «possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria».

L'estensione delle condotte esigibili dai finanziatori nella fase precontrattuale esibisce ovvi riflessi sul dibattito relativo alle possibili conseguenze civilistiche della mancata verifica del merito creditizio.

E così, in particolare:

- Il legislatore tedesco ha introdotto l'obbligo di verifica del merito creditizio al § 591 BGB e al § 18(2) del *Kreditwesengesetz*, senza prevedere - nel BGB - alcuno specifico rimedio per la sua violazione. La dottrina maggioritaria afferma una risposta esclusivamente affidata alla vigilanza della autorità di regolazione e controllo; soltanto pochi autori prospettano anche una risposta civilistica (in particolare, nella responsabilità civile)²¹. È evidente che la questione se il consumatore sia legittimato a far valere pretese risarcitorie invocando la violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, trova una soluzione mutevole a seconda che si ravvisi o

¹⁹ OFT - *Irresponsible Lending - OFT Guidance for Creditors*, March 2010 (updated 2011), in http://www.of.gov.uk/shared_of/business_leaflets/general/of1107.pdf, § 4.1 ss. [all assessments of affordability should involve a consideration of the potential for the credit commitment to adversely impact on the borrower's financial situation, taking account of information that the creditor is aware of at the time the credit is granted].

²⁰ *Gedragcode Hypothecaire Financieringen*, art. 6.

²¹ P. Rott, *Die Neue Verbrauchercredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, in *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2008, p. 1109; C. Hofmann, *Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2010, p. 1782.

meno nel § 509 una norma di protezione dettata a vantaggio del consumatore²²: duty to explain.

- Il legislatore austriaco si è mosso sulla falsariga di quello tedesco, limitandosi a riprodurre fedelmente gli obblighi precontrattuali dettati dalla direttiva, con il § 6(5) della disciplina sul credito al consumo; è stato invece più incisivo di quello tedesco con riguardo alla verifica del merito creditizio poiché, con il § 7(2), ha previsto un dovere del finanziatore di avvertire il debitore dell'insostenibilità del finanziamento, sia pur lasciando comunque la scelta finale in ordine alla conclusione del contratto al debitore: *devoir de mise en garde*.
- Il legislatore britannico ha novellato lo UK Consumer Credit Act del 1974 inserendo un articolo 55A il quale detta delle linee guida per specificare e dettagliare il contenuto dell'obbligazione precontrattuale dettata dall'art. 5, 6° comma, della direttiva²³; la verifica del merito creditizio è stata affidata, invece, all'art. 55B²⁴. Anche l'art. 55B sembrerebbe, come le analoghe disposizioni tedesche e francesi, sguarnito in punto di rimedi. Tuttavia una più attenta lettura dimostra che il rimedio può essere ravvisato nel combinato disposto degli artt. 140A [Unfair relationships between creditors and debtors] e art. 140B i quali accordano grande discrezionalità alle corti, alle quali consentono o di obbligare i creditori a restituire quanto percepito ovvero di ridurre o eliminare gli interessi dovuti in forza del contratto.
- Il legislatore francese ha sostanzialmente riprodotto il testo della direttiva in punto di verifica del merito creditizio all'art. 311-9 del *Code de la consommation*, ma ha munito tale disposizione di un rimedio particolarmente efficace là dove, all'art. 311-48(2) del medesimo codice, ha previsto che in caso di mancata verifica del merito creditizio il giudice possa eliminare o ridurre gli interessi dovuti.

²² In senso favorevole *Ady/Paetz* WM2009, [1067](#); *Hofmann* NJW2010, [1785](#); *Schiürbrand* Bankrechtstag 2009, 184; *contra Palandt/Weidenkaff* Rn 1; *Herresthal* WM 2009, [1178](#); *Rühl* DStR 2009, [9261](#); *Bülow/Artz* Rn 7.

²³ Tale articolo prevede, infatti, che: «*Before a regulated consumer credit agreement, other than an excluded agreement, is made, the creditor must provide the debtor with an adequate explanation of the matters referred to in subsection (2) [(a) the features of the agreement which may make the credit to be provided under the agreement unsuitable for particular types of use; (b) how much the debtor will have to pay periodically and, where the amount can be determined, in total under the agreement; (c) the features of the agreement which may operate in a manner which would have a significant adverse effect on the debtor in a way which the debtor is unlikely to foresee; (d) the principal consequences for the debtor arising from a failure to make payments under the agreement at the times required by the agreement including legal proceedings and, where this is a possibility, repossession of the debtor's home, and (e) the effect of the exercise of any right to withdraw from the agreement and how and when this right may be exercised] in order to place him in a position enabling him to assess whether the agreement is adapted to his needs and his financial situation*».

²⁴ Il quale prevede che «(1) *Before making a regulated consumer credit agreement, other than an excluded agreement, the creditor must undertake an assessment of the creditworthiness of the debtor. (2) Before significantly increasing— (a) the amount of credit to be provided under a regulated consumer credit agreement, other than an excluded agreement, or (b) a credit limit for running-account credit under a regulated consumer credit agreement, other than an excluded agreement, the creditor must undertake an assessment of the debtor's creditworthiness. (3) A creditworthiness assessment must be based on sufficient information obtained from— (a) the debtor, where appropriate, and (b) a credit reference agency, where necessary. (4) For the purposes of this section an agreement is an excluded agreement if it is— (a) an agreement secured on land, or (b) an agreement under which a person takes an article in pawn*».

Il legislatore italiano, dal canto suo, ha dato applicazione alla direttiva attraverso la novellazione del TUB e, in particolare, ha attuato l'art. 5 modificando l'art. 124 e l'art. 8 dettando un nuovo art. 124 *bis*.

i) il primo obbliga il finanziatore a fornire «al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi dei commi 1 e 2, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento» (art. 124, 5° comma, TUB);

ii) il secondo obbliga il finanziatore a valutare, prima della conclusione del contratto, «il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente» (art. 124-*bis*, 1° comma, TUB), secondo le cadenze tipiche della *know your borrower rule*.

Prima di ragionare sui rimedi civilistici è però opportuno un *caveat*. La novella italiana ha omesso di prevedere risposte pubblicistiche; sicché non solo il rispetto del principio dell'effetto utile delle direttive, ma anche il chiaro tenore della direttiva, la quale ha previsto all'art. 23 che «gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. *Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive*», depongono nel senso che una risposta civilistica *debba* essere data in entrambe le situazioni.

Ora, io credo che la risposta passi in entrambi i casi per la disciplina della responsabilità precontrattuale nella versione, ormai accettata dalla quasi unanime dottrina e giurisprudenza, di responsabilità da contratto valido ma sconveniente.

Non mi sentirei di propugnare una tesi per la quale la verifica del merito creditizio detti una regola di validità, sotto forma di *duty of deny*, la cui violazione potrebbe importare una nullità virtuale.

Una tale soluzione, che pure schiuderebbe le porte a un intrigante ragionamento sull'applicazione all'eventuale nullità del contratto di credito ai consumatori della nuova e innovativa disciplina dettata dal 9° comma dell'art. 123 con riguardo alle nullità per vizi formali, mi sembra trovi due ostacoli allo stato insormontabili:

- in primo luogo il dispositivo deontico della disposizione, la quale non opera con la formula del divieto ma, secondo le cadenze tipiche delle norme di relazione, con la formula dell'obbligo (sebbene, sotto il profilo strettamente linguistico, difetti qui il predicato “deve”, assorbito in un più piano “valuta”);
- in secondo luogo il nesso sistematicamente evidente tra il dovere di rendere certe informazioni in sede precontrattuale e quello di verificare il merito creditizio.

La mia impressione è, infatti, che una primazia logica spetti alla verifica del merito creditizio, la cui funzione minimale non può che essere quella di gravare il finanziatore dell'obbligo di sconsigliare il cliente dall'assumere determinati impegni finanziari, illustrandogli accuratamente le caratteristiche del finanziamento e gli specifici effetti pregiudizievoli che un'assunzione irresponsabile potrebbe produrre sul suo patrimonio.

Ove così non fosse - se, cioè, le informazioni di cui all'art. 124, 5° comma, non fossero tagliate su misura del merito creditizio del cliente - si tradirebbe il senso dell'inciso finale della disposizione, la quale obbliga il finanziatore a illuminare sugli «effetti specifici che possono avere sul consumatore» e si retrocederebbe verso forme di standardizzazione informativa della quali la prassi, prima ancora della riflessione teorica, ha dimostrato l'inutilità quando non la dannosità.

Mi sembra che la soluzione proposta abbia almeno il pregio della ragionevolezza. Essa non si spinge al punto da gravare la banca di un dovere di consulenza del cliente ma, allo stesso tempo, onera la banca di un dovere di protezione del patrimonio del cliente del tutto coerente con il suo *status* di operatore sofisticato.

Quanto al danno risarcibile, osserverei che la strada della responsabilità precontrattuale da contratto valido, sotto il profilo operativo, mostra delle peculiarità che discendono dalla natura finanziaria del contratto.

Il danno, infatti, non può essere qui quantificato secondo il meccanismo del danno differenziale, ossia sulla differenza tra il valore che il contraente avrebbe assegnato a un bene se non vi fosse stato l'inganno e il valore che invece gli ha assegnato in conseguenza dell'inganno (arg. *ex* art. 1440 c.c.): questa è una commisurazione statica, adeguata al mercato dei beni finali.

Nel mercato dei beni finanziari, invece, la valutazione deve essere dinamica.

Il contratto preceduto da trattative svoltesi in violazione delle regole dettate dagli artt. 124 e 124 *bis* TUB ha prodotto un danno perché ha inciso su altre poste del patrimonio del debitore.

Il danno, dunque, si commisura non sulla differenza con un diverso contratto di credito coerente con il merito creditizio del debitore ma sulle conseguenze pregiudizievoli indotte sul patrimonio del debitore dal prestito irresponsabile.

Il giudizio di responsabilità contrattuale prevederà dunque un onere della prova così distribuito:

al debitore spetterà provare:

- i) che a causa del prestito la sua situazione patrimoniale è peggiorata;
- ii) che il prestito si mostrava insostenibile già al momento della conclusione del contratto;
- iii) che tale insostenibilità poteva essere riscontrata dal creditore alla luce delle informazioni in suo possesso o che avrebbe dovuto acquisire secondo la diligenza professionale;

al creditore spetterà invece provare:

i) di non aver erogato un prestito insostenibile;

ii) che non v'è nesso tra l'insostenibilità del prestito e il complessivo peggioramento della situazione patrimoniale del debitore.

Inoltre, trattandosi di quantificare un'obbligazione risarcitoria, il *quantum debeatur* potrà essere calibrato sulle rispettive condotte delle parti, prendendo in considerazione l'eventuale (e, nel caso del credito ai consumatori, assai probabile) concorso del fatto colposo del danneggiato nella produzione del danno.

I due commi dell'art. 1227 c.c. assicurano, infatti, una soluzione equilibrata in grado di ridurre (1° comma) o escludere (2° comma) il danno in conseguenza della condotta omissiva del consumatore il quale, pur essendovi espressamente tenuto, abbia ommesso di fornire tutte le informazioni sulla propria situazione finanziaria necessarie al creditore per valutarne il merito creditizio.

5. Le discipline dei mercati intermedi sono connotate dalla natura complessa dei beni che in essi vengono negoziati e pertanto in esse ogni strategia di riequilibrio fondata esclusivamente sulla comunicazione di informazioni tende a mostrarsi inefficace: la strategia di protezione va dunque oltre i consueti canoni e si appunta sul dovere di cura e di assistenza del cliente, incapace di badare a sé stesso.

Emblematico di questa strategia è il modello dell'adeguatezza nella disciplina dei servizi di investimento. Ad esso si approssima, senza tuttavia a mio avviso sovrapporsi, il modello del *responsible lending* il quale, pur condividendo l'idea che la complessità di taluni beni è di tale ampiezza che la parte non avvertita non può assumere decisioni nel suo interesse se non adeguatamente assistita da un soggetto "s sofisticato"²⁵ che le chiarisca caratteristiche essenziali ed effetti specifici, non giunge però ancora al punto - cui forse si approderà con la direttiva sui mutui immobiliari - da onerare il finanziatore del compito di individuare il prodotto creditizio che meglio risponda alle esigenze del cliente.

Mi pare pertanto che, al cospetto della crisi economica, la più recente produzione normativa europea abbia abbandonato alcuni insostenibili assunti economici per orientarsi verso un meno ideologico tributo all'autonomia privata dovuto alla consapevolezza che troppi fattori, molti dei quali non rimuovibili soltanto con regole di informazione, influenzano le scelte degli operatori economici.

Se si vuole può definirsi questa nuova stagione paternalistica, purché si aggiunga - senza che l'aggettivo induca a leggere il sintagma come un ossimoro - "liberale".

²⁵ Analbetizzazione che, come tale, può affliggere anche soggetti non riconducibili alla nozione comunitaria di consumatore ma, tuttavia, portatori dello stesso *need of protection*. Questa chiave di lettura si presta, ad esempio, a dare ragione della disciplina dettata dagli artt. 35 e 36 della direttiva 2002/83/Ce sull'assicurazione vita ovvero rivolte espressamente alla protezione del cliente (artt. 5 e 7 del Regolamento 593/08). Sul punto, ma in termini parzialmente diversi, S. Pagliantini, *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, cit., p. 1166 s.