



VNIVERSITAT  
D VALÈNCIA

Dottorato di ricerca in “Diritti Umani: evoluzione, tutela e limiti”

Dipartimento di Giurisprudenza

in cotutela con Doctorado en *Sostenibilidad y paz en la era posglobal*

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política – Universitat de Valencia

Settore Scientifico Disciplinare Diritto dell’Economia (Ius/05)

## L’inclusione finanziaria come strumento di cittadinanza degli immigrati

IL DOTTORE

**Giorgio Mattarella**

IL COORDINATORE

**Chiar.ma Prof.ssa Isabel Ascension Trujillo Perez**

IL TUTOR

**Chiar.ma Prof.ssa Daria Coppa**

TUTOR

**Chiar.mo Prof. Jesùs Ballesteros Llompart**

Ciclo XXXIII

Anno conseguimento titolo \_\_\_\_\_

INDICE  
CAPITOLO I

L'INCLUSIONE FINANZIARIA COME "CITTADINANZA ECONOMICA"

1. Inclusione finanziaria: definizioni e delimitazione del campo di indagine.....	6
2. La configurabilità di una "cittadinanza "economica" e la funzione sociale dell'accesso al credito .....	13
3. L'esclusione finanziaria come violazione dei diritti fondamentali.....	20
4. Il rapporto tra inclusione finanziaria e limiti all'autonomia privata.....	27
4.1. L'inclusione finanziaria come conseguenza della garanzia dell'autonomia privata	35
5. Le peculiarità dell'esclusione finanziaria degli immigrati.....	38
6. Il principio di effettività della tutela: oltre il consumatore medio.....	43

CAPITOLO II

IL RISCHIO LINGUISTICO DEL CONSUMATORE STRANIERO

1. Gli obblighi degli intermediari di fronte al rischio linguistico; indicazioni di <i>behavioural law and economics</i> .....	49
2. Il trattamento del rischio linguistico nella giurisprudenza statunitense. La <i>unconscionability doctrine</i> .....	59
3. La tutela del consumatore contro il rischio linguistico.....	64

CAPITOLO III

L'ACCESSO AL CREDITO: DAL CONSUMATORE ASTRATTO AL  
CONSUMATORE VULNERABILE

1. Dall'informazione standardizzata all'informazione personalizzata.....	75
2. La valutazione del merito creditizio degli immigrati e la mancanza di informazioni sulla loro storia creditizia.....	83
2.1. La scarsa utilità del Reg. Ue 867/2016.....	86
2.2. L'uso dei <i>Big Data</i> per rendere "bancabili" gli immigrati. Osservazioni critiche.....	89

2.3. <i>Big Data</i> e tutela privatistica del cliente.....	97
2.4. Conclusioni.....	105
3. Il divieto di discriminazione nell'accesso al credito. Il caso dell'immigrato irregolare e del richiedente asilo.....	107
3.1. La necessità di sanzioni effettive e dissuasive: i rimedi.....	114
4. Omessa o scorretta valutazione del merito creditizio; i rimedi alla luce del principio di effettività.....	119
4.1. E' configurabile un divieto di concedere crediti eccessivi?.....	128
5. L'obbligo del finanziatore di gestire con rimedi manutentivi la difficoltà economica del consumatore.....	133
6. Il microcredito: profili generali .....	148
6.1. Il microcredito d'impresa e il microcredito sociale. L'inadeguatezza della normativa allo scopo di includere gli <i>unbanked</i> .....	153
7. La consumerizzazione del <i>leasing</i> e la rilevanza della difficoltà economica dell'utilizzatore.....	161

## CAPITOLO IV

### L'ACCESSO AL CONTO CORRENTE DEI CONSUMATORI SOCIALMENTE SVANTAGGIATI

1. Premessa. L'accesso al conto come strumento di inclusione sociale.....	169
2. Verso l'accesso universale al conto corrente: la necessità di maggiori limiti all'autonomia privata.....	173
3. Il diritto al conto corrente nella PAD (dir. 2014/92/UE).....	176
4. Il consumatore legalmente residente: i richiedenti asilo e gli immigrati privi di permesso di soggiorno.....	182
5. La tutela privatistica contro il rifiuto di contrarre e il recesso del PSP.....	188

## CAPITOLO V

### L'ESCLUSIONE FINANZIARIA PER MOTIVI RELIGIOSI: I CONTRATTI *SHARI'AH COMPLIANT*

1. La mancanza di una normativa <i>Shari'ah compliant</i> .....	197
2. I principi della finanza islamica.....	198
3. E' ammissibile nel nostro ordinamento una banca islamica?.....	204
4. Il vaglio della meritevolezza degli interessi perseguiti dai contratti <i>Shari'ah compliant</i> .....	213
5. Conclusioni.....	223

CAPITOLO VI  
CONCLUSIONI

1. Dal consumatore medio al consumatore vulnerabile.....	225
Resumen.....	229
Bibliografia.....	241

Ai miei genitori

Ad Elisa

Ad Andrea

## CAPITOLO I

### L'INCLUSIONE FINANZIARIA COME “CITTADINANZA ECONOMICA”

#### 1. *Inclusione finanziaria: definizioni e delimitazione del campo di indagine.*

La crisi economica attuale, scaturita dalla diffusione del COVID-19, che ha provocato il blocco di intere filiere produttive, ripropone drammaticamente il tema dell'inclusione finanziaria degli individui in condizioni di vulnerabilità economico-sociale, come gli immigrati. Il fenomeno dell'inclusione finanziaria degli immigrati, in generale, presenta un carattere multidimensionale, essendo legato a fattori di tipo sociale, culturale, linguistico e religioso.

La definizione di inclusione finanziaria postula una previa definizione dell'altra faccia della medaglia, cioè dell'esclusione finanziaria, la quale ha una stretta relazione con l'esclusione sociale<sup>1</sup>, l'una potendo essere la causa dell'altra, in una sorta di circolo vizioso. Secondo una definizione comunemente accettata, l'esclusione finanziaria consiste nelle difficoltà che incontrano gli individui nell'accesso e nell'utilizzo di prodotti e servizi offerti dal settore finanziario, adeguati ai loro bisogni e che gli consentano di condurre uno stile di vita normale nella società cui appartengono<sup>2</sup>.

*Prima facie* tale definizione sconta una certa genericità, poiché nulla dice sui criteri che indichino l'adeguatezza dei prodotti finanziari ai bisogni dei clienti, né vi è un criterio per stabilire lo *standard* di vita “normale” nell'odierna società, dati i diversi livelli di sviluppo dei paesi mondiali. Più in generale l'esatta definizione di esclusione richiederebbe, a monte, l'individuazione dei servizi finanziari essenziali per l'inclusione, che variano anche col grado di finanziarizzazione di ciascun paese, potendo darsi diversi gradi di esclusione finanziaria secondo il livello di complessità dei servizi utilizzati nel

---

<sup>1</sup> Si veda L. ANDERLONI, E. M. CARLUCCIO, *Access to Banks Accounts and Payment Services*, in L. ANDERLONI, M. D. BRAGA, E. M. CARLUCCIO, (a cura di), *New Frontiers in Banking Services Emerging Needs and Tailored Products for Untapped Markets*, Springer, 2006, p. 7.

<sup>2</sup> EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES, *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion*, Bruxelles, 2008, p. 4; v. anche, in senso più generico, G. GOMEL, F. BERNASCONI, M. L. CARTECHINI, V. FUCILE, R. SETTIMO, R. STAIANO, *Inclusione finanziaria, le iniziative del G 20, il ruolo di Banca d'Italia*, in *Quest. ec. fin. (Occasional Papers)*, 2011, 96, p. 12, ove si fa riferimento anche alla riluttanza nell'accesso ai servizi finanziari. Come si vedrà, tale comportamento è presente soprattutto negli immigrati, per i quali è particolarmente accentuata l'importanza della fiducia nel rapporto con l'intermediario.

territorio; in un'accezione minima, avanzata dalla Banca Mondiale, può considerarsi finanziariamente escluso solo chi non abbia alcun tipo di accesso ai servizi finanziari<sup>3</sup>.

Di fatto è possibile enucleare una gerarchia tra i vari servizi finanziari. In un'epoca di moneta scritturale, con sempre maggiori limiti all'uso del contante<sup>4</sup> – che hanno indotto la dottrina a superare la concezione reale dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie, inteso come trasferimento materiale di danaro, attribuendo efficacia solutoria a scritturazioni contabili<sup>5</sup> – in mancanza di un conto corrente è impossibile effettuare transazioni diverse da quelle *cash* – come la ricezione e l'esecuzione di bonifici, la conversione di assegni in denaro contante o pagamenti in moneta elettronica – e conservare i propri risparmi in un luogo sicuro<sup>6</sup>.

Se si pensa all'emergenza COVID-19, il possesso di un conto corrente è presupposto per usufruire delle misure di assistenza al reddito, come il reddito di emergenza, di cui all'art. 82, d.l. 34/2020, o, per usare la terminologia dell'economista Milton Friedman, di *helicopter money*, come il contributo a fondo perduto per i lavoratori autonomi di cui all'art. 25 del medesimo decreto: esso, ai sensi del comma 11 dell'art. 25,

---

<sup>3</sup> G. GOMEL, F. BERNASCONI, M. L. CARTECHINI, V. FUCILE, R. SETTIMO, R. STAIANO, op. ult. cit., p. 7 in nota; cfr. V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 1, p. 58.

<sup>4</sup> Per effetto della l. 160/2019 (Legge di Stabilità 2020), il limite ai pagamenti in denaro contante (precedentemente fissato, ai sensi dell'art. 49, co. 1, d.lgs. 21 Novembre 2007, n. 231, ad Euro 3.000) sarà abbassato ad Euro 2.000 dal 1° Luglio 2020, e ad Euro 1.000 dal 1° Gennaio 2022. L'economia italiana, tuttavia, è ancora fortemente dipendente dal contante: secondo le analisi dell'Osservatorio *Cashless Society*, l'uso del contante è aumentato nel 2017 di circa il 3,8% rispetto al 2016; v. THE EUROPEAN HOUSE AMBROSETTI, *Cashless society: a che punto siamo e cosa resta da fare per l'Italia*, 2018, 90, p. 1, in [www.ambrosetticlub.eu](http://www.ambrosetticlub.eu). Secondo uno studio della Banca Centrale Europea (H. ESSELINK, L. HERNÁNDEZ, *The use of cash by households in the euro area*, in *European Central Bank (Occasional paper series)*, 2017, n. 201, p. 20), in Italia l'85% dei pagamenti è effettuato in contanti e ciò colloca il nostro paese al di sopra della media europea.

<sup>5</sup> A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 269-282. Anche la giurisprudenza ha superato la concezione reale, equiparando al pagamento in contanti il pagamento con moneta bancaria (assegno circolare), la quale non costituisce una *datio in solutum* e non può essere rifiutata dal creditore di un'obbligazione pecuniaria salvo un giustificato motivo, da valutare però alla luce del principio di buona fede: CASS., SEZ. UN., 18 Dicembre 2007, n. 26617, in *Corr. giur.*, 2008, p. 500 ss., con nota di A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society*. Sul tema v. in generale M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale legalmente imposta*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*; G. MARINO, *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*. Sul contratto di conto corrente v. in generale V. SANTORO, *Il conto corrente bancario: artt. 1852-1857 c.c.*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1992, *passim*; F. PIRAINO, *Il conto corrente bancario*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 65-67.

<sup>6</sup> V. G. CORRADO, *L'esclusione finanziaria*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 8, per la quale l'accesso al conto corrente è la principale forma di inclusione finanziaria

d.l. 34/2020 (c.d. “Decreto Rilancio”), è erogato dall’Agenzia delle Entrate mediante accreditamento diretto in conto corrente bancario o postale intestato al beneficiario<sup>7</sup>.

La crisi economica scaturita dalla diffusione del COVID-19, bloccando intere filiere produttive e i flussi di cassa, ha poi drammaticamente aumentato il bisogno di liquidità di imprese, famiglie e lavoratori in difficoltà per la perdita dell’impiego. In un’intervista al *Financial Times*<sup>8</sup>, l’ex Governatore della BCE Mario Draghi ha dipinto il quadro dell’economia mondiale nei prossimi anni: quello di una “economia del debito”, con aumento del debito pubblico degli Stati e il costante ricorso al credito delle banche, le quali dovrebbero permettere scoperture e concedere credito a bassi tassi di interesse.

Non a caso il legislatore è intervenuto con gli artt. 49-59 del d.l. 17 Marzo 2020, n. 18 (c.d. “Cura Italia”), conv. con l. 24 Aprile 2020, n. 27, e con gli artt. 1-3- del d.l. 8 Aprile 2020, n. 23 (c.d. “d.l. liquidità”), per favorire l’accesso al credito delle PMI, attraverso garanzie statali, e per sostenere i consumatori in difficoltà, allargando l’accesso al Fondo di solidarietà per i mutui sulla prima casa.

La stipula di contratti assicurativi risponde invece ad esigenze più complesse e riguarda soggetti con un livello di inclusione maggiore; l’investimento del risparmio, che ha comunque una componente di *moral hazard* e presuppone un *surplus* di denaro da destinare a scopi previdenziali, riguarda poi soggetti già finanziariamente inclusi e, dunque, interessa meno l’inclusione finanziaria nella sua accezione minima<sup>9</sup>. Tale

---

<sup>7</sup> Si tratta, dunque, di una misura di *helicopter money*, teorizzata dall’economista Milton Friedman, in estrema sintesi, per sostenere i consumi in caso di fallimento degli altri strumenti di politica monetaria: si veda M. FRIEDMAN, *The Optimum Quantity of Money*, in *Journal of Money, Credit and Banking* Vol. 2, No. 4 (Nov., 1970), p. 397 ss. Nei paesi in via di sviluppo l’erogazione di aiuti finanziari a molti individui è resa problematica dal mancato possesso di un conto corrente, anche a causa della mancanza di sufficienti documenti di identità. Dal 2016 l’ONU fornisce aiuti finanziari ai rifugiati in Giordania, sotto forma di contributi a fondo perduto o voucher per il cibo, utilizzando un sistema di identificazione biometrico (*Iris Guard’s Eye Pay*) per identificare i beneficiari, i quali possono così effettuare pagamenti e ritirare il contante anche in mancanza di un conto corrente: D. W. ARNER, R. P. BUCKLEY, D. A. ZETZSCHE, R. VEIDT, *Sustainability, FinTech and Financial Inclusion*, in *European Business Organization Law Review*, 21, 2020, p. 7 ss.

<sup>8</sup> FINANCIAL TIMES, 25 Marzo 2020, *Draghi: we face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, in <https://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b>.

<sup>9</sup> Come dimostrano dati empirici, infatti, solo dopo un periodo di permanenza nel territorio italiano il migrante acquisisce un profilo finanziario evoluto stipulando polizze assicurative, mentre l’investimento in prodotti finanziari, pur in aumento, interessa ancora una bassa percentuale di immigrati. La percentuale di polizze assicurative stipulate è direttamente proporzionale all’anzianità migratoria: v. D. FRIGERI (a cura di), *Osservatorio nazionale sull’inclusione finanziaria dei migranti, sesto rapporto*, 2017, p. 67, in [www.migrantiefinanza.it](http://www.migrantiefinanza.it). Al 31 Dicembre 2016, tra gli immigrati possessori di un conto corrente, solo il 3,4 % aveva investito in un fondo di investimento: v. ID., op. ult. cit., p. 25. Cfr. G. CORRADO, *L’esclusione*



considerazione è suffragata non solo dalla dottrina che si è occupata del tema, la quale si focalizza principalmente sull'accesso al credito – spesso con riferimento al microcredito – e sui servizi di pagamento<sup>10</sup>, ma anche dal legislatore europeo, che (v. *infra*, cap. IV) si è preoccupato principalmente di assicurare l'accesso universale al conto corrente. Per tali motivi, il presente lavoro si focalizzerà sull'accesso ai servizi bancari.

La definizione di esclusione finanziaria, ovviamente, si riferisce ai prodotti e ai servizi acquistabili nel mercato finanziario legale, e, pertanto, non può considerarsi finanziariamente incluso l'immigrato che abbia accesso soltanto al mercato del credito usurario<sup>11</sup>.

Altri autori evidenziano la rilevanza del luogo di residenza del soggetto nel processo di esclusione finanziaria, alla luce della chiusura di filiali bancarie nei paesi in via di sviluppo o limitate aree dei paesi industrializzati<sup>12</sup>; tale fattore, però, riguarda marginalmente l'esclusione finanziaria degli immigrati nel contesto occidentale.

Per inclusione finanziaria, invece, si intende il complesso di attività sviluppate per favorire l'accesso e l'utilizzo efficace dei servizi bancari da parte di soggetti non integrati nel sistema finanziario<sup>13</sup>. Tra le attività sviluppate per aumentare l'inclusione finanziaria vi è l'educazione finanziaria, che, come evidenziano numerosi autori, contribuisce a diffondere la conoscenza dei prodotti e dei servizi finanziari e dei relativi rischi<sup>14</sup>. In

---

*finanziaria*, cit., p. 9, per la quale, invece, l'accesso ai prodotti di risparmio costituisce una forma specifica di inclusione finanziaria.

<sup>10</sup> Su tutti v. G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen. Social and Financial Inclusion through European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2018, passim.

<sup>11</sup> Per un'analisi critica della normativa antiusura del 1996 v. D. MASCIANDARO, *Usura e antiusura in Italia: l'analisi economica*, in F. MACARIO, A. MANNA, *Mercato del credito e usura*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 65-81.

<sup>12</sup> A. LEYSHON, N. THRIFT, *Geographies of financial exclusion: financial abandonment in Britain and the United States*, in *Transactions of the Institute of British Geographers, New Series*, Vol. 20, No. 3 (1995), p. 312 ss.

<sup>13</sup> D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, sesto rapporto*, cit., p. 10. Non mancano definizioni più generiche: v. *World Bank, Global Financial Development Report 2014: Financial Inclusion*, Washington, p. 1, ove per inclusione finanziaria si intende genericamente la percentuale di individui ed imprese che accedono ai servizi finanziari.

<sup>14</sup> A. DI SALVATORE, F. FRANCESCHI, A. NERI, F. ZANICHELLI, *Measuring the financial literacy of the adult population: the experience of Banca d'Italia*, in *Quest. Ec. Fin. (Occasional Papers)*, 2018., 435, p. 5. Sul tema v. anche L. KLAPPER, A. LUSARD, P. VAN OUDHEUSDEN, *Financial Literacy Around the World (2015): Insights From The Standard & Poor's Ratings Services Global Financial Literacy Survey*, [http://gflec.org/wp-content/uploads/2015/11/Finlit\\_paper\\_16\\_F2\\_singles.pdf](http://gflec.org/wp-content/uploads/2015/11/Finlit_paper_16_F2_singles.pdf). L'OCSE ha definito l'educazione finanziaria come «il processo attraverso il quale i risparmiatori e gli investitori, e in generale la più ampia platea dei consumatori dei servizi finanziari, migliorano la propria comprensione di prodotti e nozioni finanziarie e [...] sviluppano le capacità e la fiducia necessarie per diventare maggiormente

ritardo rispetto ad altri paesi, l'Italia ha adottato una strategia per l'educazione finanziaria con l'art. 24-bis, l. n. 15 del 2017<sup>15</sup>, la quale, pur costituendo astrattamente uno strumento di *empowerment*, non è sufficiente per assicurare l'inclusione finanziaria degli immigrati. Ed infatti, i processi educativi in materia finanziaria prendono i cittadini italiani come *target* di riferimento, considerandoli a prescindere dalla coincidenza o meno con lo *status* di consumatore<sup>16</sup>, trascurando le peculiarità (di tipo linguistico) che caratterizzano l'esclusione finanziaria degli immigrati, per i quali occorrerebbero, dunque, costosi programmi di educazione finanziaria *ad hoc* sull'esempio di altri paesi<sup>17</sup>.

L'educazione finanziaria, inoltre, non sembra la panacea di tutti i mali, dato che non può avere effetti immediati sulla popolazione dei consumatori e agisce solo su una delle parti dei contratti, mentre l'esclusione finanziaria è spesso cagionata dalla violazione delle regole di condotta gravanti sugli intermediari. Vi sono poi forme di esclusione finanziaria volontaria, come quella degli immigrati musulmani, che non sono eliminabili con l'educazione finanziaria; dato che per gli immigrati musulmani il rispetto dei precetti della *Shari'ah* è fondamentale anche nei rapporti di diritto privato<sup>18</sup>, occorrerebbe l'utilizzo da parte degli intermediari di negozi *Shari'ah compliant*.

---

*consapevoli dei rischi e delle opportunità finanziarie [...]»: OECD, Advancing National Strategies for Financial Education. A Joint Publication by Russia's G20 Presidency and the OECD, p. 17, in [https://www.oecd.org/finance/financial-education/G20\\_OECD\\_NSFinancialEducation.pdf](https://www.oecd.org/finance/financial-education/G20_OECD_NSFinancialEducation.pdf). Attualmente 45 Stati membri dell'OCSE hanno adottato proprie strategie nazionali per l'educazione finanziaria degli individui, il cui riesame e coordinamento spetta, per quanto riguarda i paesi europei, ai sensi degli artt. 9, comma 1, lett. b), reg. UE 1093, 1094 e 1095 all'EBA (*European Banking Authority*), all'EIOPA (*European Insurance and Occupational Pension Authority*) e all'ESMA (*European Security Market Authority*).*

<sup>15</sup> Istitutiva del Comitato di programmazione e coordinamento delle attività di educazione finanziaria, tra le cui iniziative si annovera la creazione di un sito *internet* dedicato alla diffusione della cultura finanziaria (disponibile peraltro solo in lingua italiana, non in inglese): <http://www.quellocheconta.gov.it>. Il ddl. 50/2018 mira ad introdurre norme per l'educazione alla cittadinanza economica della popolazione adulta: l'art. 2, ddl. 50/2018 vuole in particolare sperimentare l'introduzione dell'educazione finanziaria nei *curricula* scolastici nell'ambito dell'insegnamento "Cittadinanza e Costituzione".

<sup>16</sup> M. T. PARACAMPO, *Il ruolo dell'educazione finanziaria nella recente disciplina del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, dirittobancario.it, 6, 2011, p.14.

<sup>17</sup> E' il caso degli Stati Uniti. Da quanto è stata inaugurata, nel 2006, la Strategia nazionale per l'Educazione finanziaria, il governo federale, città e fornitori di servizi per immigrati hanno lanciato programmi di alfabetizzazione finanziaria su misura per gli immigrati (in particolare ispanici), essendo svolti in diverse lingue e culturalmente sensibili. V. A. ATKINSON, F. A. MESSY, *Financial Education for Migrants and their Families, OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions* No. 38, 2015, pp. 31-33, in [www.oecd.org](http://www.oecd.org).

<sup>18</sup> V. *Inclusione Finanziaria e Mercato del Migrant Banking. Aspetti e criticità del mercato, esperienze nazionali e internazionali, proposte di sviluppo*, p. 40, in <http://briguglio.asgi.it/immigrazione-e-asilo/2011/giugno/rapp-interno-incl-finanz.pdf>; Cfr. D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione*

Negli ultimi anni, infine, all'aumento vertiginoso della complessità dei prodotti finanziari non è corrisposto un adeguato incremento del livello medio di alfabetizzazione finanziaria; ciò rende anacronistico l'uso di programmi o glossari di educazione finanziaria soggetti a rapida obsolescenza<sup>19</sup>. Il quadro appena dipinto si colora di tinte ancora più fosche con riferimento agli immigrati, la cui cultura finanziaria è mediamente più bassa di quella dei cittadini europei<sup>20</sup>, con conseguente maggiore *gap* da colmare tra la complessità dei prodotti finanziari e le conoscenze finanziarie degli immigrati.

Parimenti inadeguata si rivelerebbe una tutela del cliente immigrato basata solo sull'eliminazione delle asimmetrie informative, poiché gli studi della *behavioral economics* hanno dimostrato che anche un consumatore informato prende decisioni economiche irrazionali – diverse da quelle che prenderebbe il paradigmatico *homo oeconomicus* della visione liberista – usando in modo distorto le informazioni ricevute o ignorandole nei propri processi decisionali<sup>21</sup>. Le informazioni, inoltre, sono spesso fornite in un linguaggio tecnico, che può risultare incomprensibile non solo a un immigrato ma persino ai clienti con un'esperienza in materia e, dunque, con un elevato livello di alfabetizzazione finanziaria<sup>22</sup>.

---

*finanziaria*, cit., p. 84, ove si evidenzia che tra i *drivers* del rapporto banca-immigrato rientra il rispetto delle norme religiose (21%). L'esclusione finanziaria per motivi religiosi è maggiore nei paesi in via di sviluppo con popolazione a maggioranza musulmana, privi di una normativa *Shari'ah compliant*, nei quali il 25% degli individui bancarizzati individua nel mancato rispetto della propria religione un ostacolo all'inclusione finanziaria: A. DEMIRGUC-KUNT, L. KLAPPER, D. SINGER, P. VAN OUDHEUSDEN, *The Global Findex Database 2014, Measuring Financial Inclusion around the World*, in *World Bank Policy Research Working Paper* 7255, April 2015, in <http://documents.worldbank.org/curated/en/187761468179367706/pdf/WPS7255.pdf>, p. 61.

<sup>19</sup> V. M. T. PARACAMPO, cit. p. 18. Per l'A. i programmi di educazione finanziaria potrebbero incrementare alcune distorsioni comportamentali dei consumatori, come la tendenza a sopravvalutare le proprie competenze finanziarie. *Contra* F. P. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr.impr.*, 2015, 6, p. 1437, per il quale non vi è rischio di *overconfidence*; l'A. riconosce però che la continua evoluzione del mercato impedisce di predisporre un'istruzione al passo con i sofisticati prodotti del mercato.

<sup>20</sup> V. L. KLAPPER, A. LUSARD, P. VAN OUDHEUSDEN, cit., pp. 7-14. Le minoranze etniche escluse dal circuito finanziario soffrono di maggiori asimmetrie informative e, per tale ragione, possono essere oggetto di un'attività di *targeting* da parte degli intermediari: v. K. C. ENGEL, P. A. MCCOY, *Predatory Lending and Community Development at Loggerheads*, in *Research Paper 05-105, January 2006*, Cleveland State University, passim; K. C. ENGEL, P. A. MCCOY, "A Tale of Three Markets: The Law and Economics of Predatory Lending." *Texas Law Review* 80, no.6 (2002), passim.

<sup>21</sup> C. E. SCHNEIDER, O. BEN-SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, in 159 *U. Pa. L. Rev.* 647, 2011, p. 697.

<sup>22</sup> C. E. SCHNEIDER, O. BEN-SHAHAR, op. ult. cit., p. 692.

Per effetto della crisi finanziaria è cresciuta a livello internazionale l'attenzione al tema dell'inclusione finanziaria: di esso si sono occupati l'OCSE, il G-20<sup>23</sup> e la Banca Mondiale, che ha istituito il *database Global Findex*. Per il legislatore europeo, però, l'inclusione finanziaria sembra più uno strumento per ampliare il mercato interno e non un obiettivo in sé: si vedano il considerando 2 della Raccomandazione UE 18 Luglio 2011 sul conto corrente, il considerando 3 della Direttiva 2014/92 UE<sup>24</sup> – istitutiva del diritto al conto di base –, il quale riconosce l'importanza di servizi di pagamento universalmente accessibili per il funzionamento del mercato interno e lo sviluppo di un'economia inclusiva, ed il considerando 6 della Direttiva 2014/17 UE<sup>25</sup>, per il quale l'inclusione finanziaria è essenziale per il funzionamento del mercato immobiliare.

Il funzionamento del mercato interno, però, deve anche tenere conto della stabilità del sistema finanziario, la quale sarebbe pregiudicata dall'inclusione finanziaria di tutti gli *unbanked*<sup>26</sup>. La crisi finanziaria del 2008 è scaturita da un'eccessiva prodigalità degli intermediari nella concessione di mutui *sub-prime*, spesso proprio ad immigrati, bersaglio di attività di *targeting* condotte in base al reddito o all'appartenenza ad una determinata etnia<sup>27</sup>; si sono così evidenziati i limiti di un accesso al credito indiscriminato, guidato più dagli intenti predatori degli intermediari che da una reale inclusione finanziaria.

---

<sup>23</sup> Nel Summit del G20 di Toronto del 2010 il *Financial Inclusion Experts Group* (FIEG) ha elaborato il «*Principles for Innovative Financial Inclusion*», sancendo l'impegno dei governi del G-20 per un'inclusione finanziaria finalizzata a ridurre la povertà, a promuovere l'educazione finanziaria e le innovazioni tecnologiche: v. *G20 Financial Inclusion Experts Group, Innovative Financial Inclusion. Principles and Report on Innovative Financial Inclusion from the Access through Innovation Sub-Group of the G20 Financial Inclusion Experts Group, 25 May 2010*, p. 1 ss.

<sup>24</sup> Sulla direttiva 2014/92/UE ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano, V. in generale R. FERRETTI, *Art. 126-decies*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo II, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, pp. 2295-2301; sulla direttiva v. anche G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen. Social and Financial Inclusion through European Private Law*, cit., pp. 88-114.

<sup>25</sup> Sulla direttiva 2014/17/UE v. in generale S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, *passim*.

<sup>26</sup> V. G. COMPARATO, *The financialisation of the citizen. Social and Financial Inclusion through European Private Law*, cit., p. 5: «*Concept such as democratisation and inclusion offered a "win-win" for all the parties involved: retail financial services providers reaching out to more customers and customers having monies readily available to increase their own welfare. This generally came at the price of a certain trivialisation of the risks generally associated with the notion, and a shift to the notion of access to the financial market rather than protection from financial risks and their detrimental social repercussions*».

<sup>27</sup> Sul punto v. in generale A. LUPOI, *Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan*, in *Riv. dir. banc.*, 2015, 7, pp. 6-15; K. C. ENGEL, P. A. MCCOY, *Predatory Lending and Community Development at Loggerheads*, cit., pp. 3-41; *Id.* "A Tale of Three Markets: The Law and Economics of Predatory Lending.", cit., pp. 1280-1294; C. W. CALORIMIS, C. M. KAHN, S. D. LONGHOFER, *Housing-Finance Intervention and*

In base alla definizione di esclusione finanziaria enucleata, i prodotti e i servizi bancari potrebbero ritenersi adeguati ai bisogni degli immigrati solo se tenessero conto delle diverse esigenze linguistiche, religiose e della diversa alfabetizzazione finanziaria di tali individui. Lo scopo del presente lavoro è verificare se e in che misura ciò avvenga.

La letteratura si focalizza per lo più sull'inclusione finanziaria in generale, sull'accesso al microcredito, o, quando si occupa degli immigrati, sull'uso delle rimesse<sup>28</sup>: manca una trattazione sistematica delle peculiarità dell'esclusione finanziaria degli immigrati e dell'apparato di rimedi a tutela di tali consumatori. Lo scopo del presente lavoro, pertanto, è indagare sistematicamente le cause dell'esclusione finanziaria degli immigrati focalizzandosi sui servizi bancari, dimostrando che, alla luce del quadro giuridico, la maggiore vulnerabilità dei clienti impone agli intermediari obblighi di comportamento più rigorosi.

## 2. La configurabilità di una "cittadinanza "economica" e la funzione sociale dell'accesso al credito.

La necessità di un sistema finanziario inclusivo per gli immigrati è resa pressante dalle difficoltà che essi incontrano nell'accesso allo *status* di cittadino e nel godimento dei diritti sociali connessi a tale *status*. Il tema è estremamente attuale alla luce del dibattito politico sull'attribuzione della cittadinanza italiana a chi è nato nel territorio della Repubblica da genitori immigrati extracomunitari (c.d. *ius soli*).

---

*Private Incentives: Helping Minorities and the Poor*, in *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 26, No. 3, Part 2: *Federal Credit, Theory, Evidence, and History* (Aug., 1994), p. 634 ss.

<sup>28</sup> Sull'inclusione finanziaria in generale V. G. COMPARATO, *The financialisation of the citizen*, cit., passim; sul microcredito M. YUNUS, *Banker to the Poor*, trad. it., *Il banchiere dei poveri*, Feltrinelli, Milano, 2013, passim; E. MACCHIAVELLO, *Microfinance and Financial Inclusion. The Challenge of Regulating Alternative Forms of Finance*, Taylor & Francis Group, New York, 2018, passim; ID., *Microfinance Regulation and Supervision: A Multi-Faced Prism of Structures, Levels and Issues* (November 15, 2012), in *New York University Journal of Law and Business*, Vol. 9, N. 1, 2012, pp. 125-196; M. NOWAK, *Non si presta solo ai ricchi. La rivoluzione del microcredito*, Einaudi, Torino, 2005, passim; M. ARNONE, *Il microcredito come strumento per combattere l'esclusione finanziaria in Italia: quali differenze a livello regionale e locale*, in *Rass. ec.*, 2015, 2, pp. 10-45; LARIVERA, *Il microcredito. Uno strumento per combattere la povertà*, in *La Civiltà Cattolica*, 555-558, 2005, passim. Sull'accesso degli immigrati alle rimesse v. L. ANDERLONI, *Migrants and Remittances* (2007), in L. ANDERLONI, M. D. BRAGA, E. M. CARLUCCIO (a cura di), *New Frontiers in Banking Services*. Springer, Berlin, Heidelberg, passim; sull'accesso ai servizi finanziari, con particolare riferimento alla *financial literacy* degli immigrati, v. L. ANDERLONI, *Flussi migratori e flussi finanziari: il social banking*, in D. MASCIANDARO (a cura di), *Secondo Rapporto Bocconi, DIA, DNA, UIC, Immigrazioni e flussi finanziari*, Milano, Egea, passim.

L'art. 9, comma 1, lett. f), l. 91/92 subordina l'acquisto della cittadinanza per gli individui non nati in Italia alla residenza in Italia da almeno 10 anni, o 5 in caso di apolide; gli individui nati in Italia da genitori immigrati, invece, possono ottenere la cittadinanza se vi hanno risieduto *senza interruzioni* fino al compimento del 18° anno di età (art. 4, comma 2, l. 91/92). Tuttavia, per effetto della l. 132/2018, di conversione del d.l. 113/2018 (c.d. "Decreto sicurezza"), l'ottenimento dello *status* per residenza postula anche l'ulteriore requisito della adeguata conoscenza della lingua italiana<sup>29</sup>. Il vero nodo problematico, comunque, è l'elevata discrezionalità della p.a. nell'emanazione del provvedimento di concessione della cittadinanza, assimilato dalla giurisprudenza ad un atto di alta amministrazione, così limitando fortemente il sindacato giurisdizionale e la tutela dell'immigrato<sup>30</sup>.

Occorre premettere che il *Welfare State* ha subito negli ultimi anni un ridimensionamento per le politiche di austerità imposte dall'Unione europea; per effetto del Patto di stabilità (cd. *Fiscal Compact*), gli Stati Membri si sono impegnati ad introdurre, con norme costituzionali, la regola del pareggio di bilancio dello Stato e delle p.a., poi introdotta in Italia nell'art. 81 Cost. Negli anni precedenti alla crisi finanziaria del 2008 la diminuzione della spesa pubblica è stata compensata dall'aumento costante dell'erogazione del credito da parte delle banche. Anzichè ricevere sostegno dalla spesa pubblica dello Stato gli individui hanno trovato sostegno nel sistema creditizio, che incentivava l'assunzione di debito privato aumentando le possibilità di ottenere finanziamenti e carte di credito<sup>31</sup>. Tale processo è stato efficacemente descritto come

---

<sup>29</sup> V. però F. PATERNITI, *I figli dell'immigrazione nel percorso di transizione da "seconde generazioni" dell'immigrazione a "nuove generazioni" della cittadinanza*, in *Rivista Aic*, 2019, 3, p. 20 in nota, per il quale tale previsione di legge recepisce in realtà una prassi consolidata delle autorità preposte, che, anche nel vigore del regime pregresso, valutavano il possesso di una adeguata conoscenza della lingua italiana ai fini del rispetto dei requisiti di legge. In senso critico di tale prassi, a volte sfociata in dinieghi di concessione della cittadinanza per "mancata integrazione" o "rifiuto di integrazione" v. D. ANSELMO, *La cittadinanza tra teoria e prassi. Brevi riflessioni a partire dalla giurisprudenza amministrativa italiana*, in *Dir. quest. pubb.*, 2016, 1, p. 125.

<sup>30</sup> D. ANSELMO, op. ult. cit., *ibidem*, per il quale dietro la locuzione giurisprudenziale di atto di alta amministrazione si nasconde un atto politico, influenzato dal programma politico del governo di turno. In giurisprudenza, *ex multis*, TAR LAZIO, Sez. II *quater*, 11 gennaio 2012, n. 27, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); TAR LAZIO, Sez. II *quater*, 24 gennaio 2012, n. 772, *ivi*; CONS. STATO, 24 Marzo 2014, n. 1404, *ivi*.

<sup>31</sup> I. DOMURATH, *Mortgage debt and the Social Function of Contract*, in *Eur. law jour.*, 2016, 6, Vol. 22, p. 759. Nel 2004 il credito al consumo rappresentava il 2,4% del PIL italiano, un valore elevato ma inferiore alla media europea (6,8%), aumentando ulteriormente il suo volume negli anni successivi fino a raggiungere nel 2007 il 13,8%: G. CARRIERO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo*:

"*privatised keynesianism*", in quanto la crescita economia non era stimolata dall'aumento del debito pubblico degli Stati ma dall'indebitamento degli individui<sup>32</sup>; in tale contesto, però, il credito al consumo è diventato uno strumento della morale edonistica per massimizzare il benessere individuale e soddisfare qualsiasi tipo di bisogno<sup>33</sup>.

Anche il diritto ha preso atto di un cambio di paradigma nel quale l'assunzione del debito non è più stigmatizzata ma va "gestita": dato l'aumento dell'accesso al credito, in un contesto in cui spesso il consumatore non deve fronteggiare un inadempimento isolato ma più debiti, la gestione della crisi da sovraindebitamento cessa di essere appannaggio solo dell'imprenditore per divenire un paradigma generale estindibile anche al *consumatore*<sup>34</sup>.

Con l'aumento costante dei prezzi degli immobili, infatti, divenne comune concedere mutui anche a mutuatari *subprime*, data la doppia possibilità di soddisfacimento del creditore col flusso di cassa e l'escussione della garanzia ipotecaria, il cui apprezzamento futuro – previsione rivelatasi fallace – avrebbe garantito la restituzione del finanziamento<sup>35</sup>. Ricorrere al credito privato per raggiungere gli scopi

---

*linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in G. DE CRISTOFARO, (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 37.

<sup>32</sup> C. CROUCH, *Privatised Keynesianism: An Unacknowledged Policy Regime*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, 2009, vol. 11, p. 390. Tale cambio di paradigma viene altrettanto lucidamente descritto nella dottrina italiana: cfr. S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Pers. merc.*, 2014, 2, pp. 104-107, che parla di *homo consumens* che sostituisce *l'homo faber*, in una società in cui l'assunzione di debito è incentivata e non più considerata una colpa. La parabola del debito come regola si inserisce nel contesto europeo di uno spiccato *favor market oriented*, volto ad eliminare i costi transattivi e a favorire l'espletamento del maggior numero di transazioni. Per l'A. anche il paradigma del prestito responsabile, accostato alla disciplina europea del credito al consumo, non è in realtà lo scopo di tale disciplina ma è strumentale a far sì che il consumatore consumi.

<sup>33</sup> A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed «economia del debito»: dinamiche della giustizia ed autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 3, p. 353 ss.

<sup>34</sup> A. IULIANI, op. ult. cit., p. 366. Oltre a disciplinare la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento per il debitore civile, la l. 3/2012 ha introdotto una variante semplificata di tale procedura per il consumatore, che a differenza del primo non svolge un'attività imprenditoriale o professionale. Per una ricostruzione dei requisiti soggettivi e oggettivi di tali procedure V. in generale F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, Cacucci, Bari, 2014, pp. 19-41. Per un'analisi critica della l. 3/2012 v. L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 329 ss. Per un commento sulla riforma del 2019 v. in generale G. D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, 3, pp. 318 ss.

<sup>35</sup> S. L. SCHWARCZ, *The Financial Crisis and Credit Unavailability: Cause or Effect ?*, in *72 Business Lawyer* (2017), pp. 409 ss., in [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/3673/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3673/); v. ID., *Secured Transactions and Financial Stability: Regulatory Challenges*, in *81 Law and Contemporary Problems*, 2018, pp. 45-62, in <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol81/iss1/3/>.

prima assegnati al *welfare* ha reso i contratti di credito mezzi per superare problemi sociali, come l'acquisto di un'abitazione<sup>36</sup>.

Analoghe considerazioni valgono con riferimento ai contratti di investimento relativi a prodotti finanziari, la cui stipula è divenuta uno strumento alternativo alle forme di previdenza pubblica; ciò ha spinto la giurisprudenza ad intervenire con vigore, sanzionando con la nullità contratti relativi a prodotti finanziari che, presentati come piani pensionistici a basso rischio, occultavano operazioni speculative volte a sfruttare le preoccupazioni previdenziali dei clienti<sup>37</sup>.

Lo stato sociale, comunque, mantiene un ruolo di primo piano anche nel contesto italiano, potendosi anzi notare una riespansione delle misure pubbliche a sostegno della disoccupazione in occasione dell'emergenza COVID-19; il settore pubblico fa affidamento su *partnership* col settore privato per attuare le politiche sociali, in una sorta di *tertium genus* tra dirigismo e *laissez faire* in diverse aree dell'economia<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Sul ruolo del credito nella tutela del diritto all'abitazione v. A. MUSIO, *Il diritto all'abitazione di proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 3, pp. 373-395. Con riferimento al contesto italiano, evidenze empiriche confermano tali rilievi: v. G. D'ALESSIO, R. GAMBACORTA, *L'accesso alla abitazione di residenza in Italia*, in *Quest. ec. fin. (Occasional papers)*, 2007, n. 7, p. 6. Secondo lo studio condotto da Banca d'Italia, l'Italia, che all'inizio degli anni '80 aveva una quota di famiglie proprietarie dell'abitazione di residenza poco al di sopra della media dei paesi europei, nel 2003 si collocava decisamente tra quelli con le quote più elevate. In particolare, nel 1977 il 41,3 per cento delle famiglie abitava in case in affitto; la restante parte abitava in una casa di proprietà dei suoi componenti o a riscatto (53,2 per cento) o di altri familiari non conviventi (5,5 per cento)<sup>7</sup>. Nel 2004 la quota di famiglie in affitto si era all'incirca dimezzata, risultando pari al 21,3 per cento; quella delle famiglie in proprietà si era corrispondentemente ampliata (68,3 e 10,4 per cento rispettivamente per le abitazioni di proprietà della famiglia o di altri familiari non conviventi).

<sup>37</sup> Si tratta della nota vicenda dei contratti "For You": v. CASS., 30 Settembre 2015, n. 19559, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 2, pp. 137-150, commentata da A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, ivi: per la Corte il coinvolgimento degli artt. 47 e 38 Cost. induce ad un maggior rigore nel sanzionare tali contratti, «a maggior ragione in un contesto storico [...] notoriamente caratterizzato dalla presa di coscienza della potenziale insufficienza del solo sistema pubblico e dall'adozione di una serie di misure, legislative e non, ad incoraggiamento e tutela delle forme complementari di previdenza». V. anche CASS., 15 Febbraio 2016, n. 2900, in [www.dirittocivilecontemporaneo.it](http://www.dirittocivilecontemporaneo.it). Sul tema v. R. FORNASARI, *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contr. impr.*, 2017, 4, p. 1281 ss.; M. LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c., tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ricerche giuridiche*, Vol. 5-Num.2-Dicembre 2016, pp. 211-232; A.A. DOLMETTA, "My way", "for you", "piano visione europa" e Corte di Cassazione, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), pp. 22-33; v. anche CASS., 10 Gennaio 2018, n. 383, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

<sup>38</sup> G. COMPARATO, I. DOMURATH, *Financialisation and Its Implications for Private Autonomy in Consumer Credit Law*, in *Oss. Dir. civ. comm.*, 2015, 2, p. 229. V. E. BARGELLI, *Abitazione (Diritto alla)*, cit., p. 8. Osserva l'A. che il Piano Nazionale di edilizia abitativa, di cui al d.l. 112/2008, si caratterizza per il coinvolgimento di investitori privati nelle politiche per l'edilizia sociale ed il rinnovo dell'habitat urbano e



La garanzia di diritti come quello all'abitazione, però, dipende sempre più dall'accesso al credito bancario: come evidenziano dati empirici, l'Italia è tra i paesi con minori risorse destinate all'edilizia sociale, e le abitazioni popolari rappresentano solo il 4 % del totale del patrimonio abitativo, contro il 21% di Svezia e Regno Unito e il 35% dell'Olanda<sup>39</sup>.

Per gli immigrati, inoltre, l'accesso alle erogazioni pubbliche è subordinato a requisiti più restrittivi rispetto ai cittadini italiani, essendo spesso negato – quando non si tratta di far fronte a situazioni di urgenza legate a disabilità – in mancanza del requisito della presenza stabile sul territorio italiano<sup>40</sup>. Per la Corte Costituzionale, infatti, «è possibile [...] subordinare l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata [...]».

L'accesso al “reddito di cittadinanza” dei cittadini extracomunitari, introdotto con d.l. 4/2019 in sostituzione del R.E.I.<sup>41</sup>, è subordinato a requisiti più restrittivi del precedente strumento, essendo necessario che il richiedente, privo della cittadinanza italiana o di paesi dell'UE, sia titolare del diritto di soggiorno o sia cittadino di paesi terzi in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, e residente in Italia per almeno 10 anni, di cui gli ultimi due in modo continuativo<sup>42</sup>.

Il *vulnus* di tutela degli immigrati è evidente per il godimento del diritto all'abitazione, poiché la legge, con una sorta di paradosso di Epimenide, richiede che tali

---

per l'uso della finanza a progetto, con un passaggio dal modello dell'edilizia residenziale pubblica a quello dell'edilizia residenziale sociale.

<sup>39</sup> G. D'ALESSIO, R. GAMBACORTA, cit., p. 26. Limitato è altresì l'ammontare dei contributi pubblici alla destinati al pagamento dell'affitto delle famiglie disagiate: in Italia la quota destinata ai servizi abitativi ammonta allo 0,1% della spesa sociale contro il 3,5 % dei paesi europei: EAD., op. ult. cit., *ibidem*.

<sup>40</sup> V. CORTE COST., 30 Luglio 2008, n. 306, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), e dell'art. 9, comma 1, del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. immigrazione) nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito ora previsti, per effetto del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo. Cfr. CASS., 1 Ottobre 2018, n. 23763, in [www.altalex.it](http://www.altalex.it), relativa all'illegittima richiesta del permesso di soggiorno per la pensione di invalidità civile.

<sup>41</sup> Per la percezione del R.E.I. (c.d. “reddito di inclusione”), entrato in vigore il 1 Gennaio 2018, i cittadini di paesi terzi dovevano essere residenti in Italia da almeno due anni e possedere il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

<sup>42</sup> Art. 2, comma 1, d.l. n. 4/2019, conv. con l. n. 26/2019, in G.U. 29 Marzo 2019, n. 75, Serie Generale.

individui, per accedere all'edilizia pubblica, già godano del medesimo bene oggetto del diritto. L'art. 11 del d.l. 112/2008 (conv. in l. 133/2008), infatti, subordina l'accesso degli stranieri alle abitazioni di edilizia residenziale alla residenza decennale nel territorio nazionale o quinquennale nella stessa regione; tuttavia, a monte il d.lgs. 286/1998 subordina il rinnovo del permesso di soggiorno – necessario per la permanenza nel territorio italiano – al possesso di un'abitazione adeguata, e la direttiva 2003/109/CE richiede il possesso di un alloggio per il rilascio del permesso di soggiorno di lungo periodo<sup>43</sup>.

L'art. 13, d.l. 4/2019, inoltre, subordina il godimento delle agevolazioni per l'accesso alle abitazioni in locazione, di cui all'art. 11 l. 431/1998, il godimento delle agevolazioni di cui ai commi 475 ss. dell'art. 2 della l. 244/2007, nonché la facoltà di sospendere il pagamento delle rate di mutuo, di cui al comma 476 della medesima legge, al previo ottenimento del reddito di cittadinanza, per il quale occorre una lunga permanenza nel territorio italiano.

L'esclusione nel primo periodo di permanenza in Italia dalle provvidenze economiche concesse ai cittadini, con ritardo del processo di inclusione sociale, rende più urgente l'accesso al credito, necessario non solo per godere del diritto all'abitazione – presupposto del diritto al rispetto della vita privata e familiare, ai sensi degli artt. 7, Carta dir. UE e 8, Conv. eur. dir. uomo<sup>44</sup> - ma anche per affrontare le spese di sostentamento.

---

<sup>43</sup> F. PALLANTE, *Gli stranieri e il diritto all'abitazione*, cit., pp. 147-149. Non è dunque sufficiente il possesso di un permesso di soggiorno biennale, come prescrive l'art. 40, comma 6, d.lgs. 58/1998. Analoghe considerazioni valgono anche in riferimento ad alcune normative regionali, della cui legittimità costituzionale si è recentemente dubitato, per la previsione, al fine di accedere all'edilizia residenziale pubblica, del requisito della residenza anagrafica o dello svolgimento di attività lavorativa nella Regione per almeno cinque anni. Il Tribunale di Milano ha di recente sollevato questione di legittimità costituzionale della l. reg. Lombardia n. 16/2016, per contrasto con gli artt. 3, 10 e 117, comma 1, Cost.: TRIB. MILANO, ord. 22 Gennaio 2019, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it). Nel caso di specie, il ricorrente, cittadino tunisino residente in Lombardia dal 2015, aveva presentato domanda per un alloggio di edilizia residenziale pubblica nel 2017, ma il Comune di Milano l'aveva rigettata per l'assenza del requisito previsto dalla legge della residenza o del lavoro nel quinquennio antecedente. Tale requisito, peraltro, è richiesto anche per i nuclei familiari in condizioni di indigenza, con ISEE inferiore a euro 3.000 e attestazione dei servizi sociali circa l'impossibilità del nucleo di "soddisfare autonomamente i propri bisogni primari" (art. 23, comma 3 della legge e art. 13 del regolamento).

<sup>44</sup> Nella giurisprudenza europea l'art. 7 Carta dir. ue è invocato nelle controversie aventi ad oggetto esecuzioni immobiliari derivanti dall'inadempimento di contratti di credito ipotecario, v. CGUE, 10 Settembre 2014, *Kusionova c. Smart Capital a.s.*, C-34/13, punti 63-64-65-66, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu); v. anche CGUE, 14 Marzo 2013, *Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, C-415/11, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

Il possesso di un'abitazione, inoltre, è presupposto per il godimento del diritto alla salute: l'iscrizione dei soggiornanti per asilo al servizio sanitario nazionale, presso l'azienda sanitaria locale ove si abbia la residenza o la dimora, viene talvolta negata in presenza di situazioni di precarietà abitativa<sup>45</sup>.

Alla luce del fenomeno globale della migrazione, dunque, lo *status* di cittadino ha assunto di fatto un carattere escludente, smentendo le riflessioni di sociologi come T. H. Marshall, per il quale il percorso storico della cittadinanza avrebbe ridotto le disuguaglianze prodotte dal capitalismo, ampliando il novero dei soggetti inclusi nello *status* di cittadino e i diritti a questi ultimi attribuiti<sup>46</sup>.

Secondo il sociologo vi sarebbe una contraddizione tra il principio di cittadinanza e il mercato capitalista, poiché con la cittadinanza sarebbe più difficile una conservazione delle disuguaglianze economiche prodotte dal capitalismo<sup>47</sup>; la tesi, però, risulta datata a fronte delle tensioni che, oggi, appaiono scaricarsi sul concetto di cittadinanza nel contesto dei processi di globalizzazione e dei rapporti tra diritti di cittadinanza e diritti umani<sup>48</sup>. Numerose sono state le proposte dottrinali di un superamento della cittadinanza nazionale, in favore di una cittadinanza “sociale”<sup>49</sup>, legata all'esercizio di un'attività lavorativa, o “universale”, da riconoscere a tutti in quanto persone facenti parte di una comunità globale con gli stessi diritti umani<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Jovene, Napoli, 2016, p. 94.

<sup>46</sup> T. H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di Sandro Mezzadra, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 31.

<sup>47</sup> T. MARSHALL, op. ult. cit., p. 81.

<sup>48</sup> S. MEZZADRA, *Diritti di cittadinanza e Welfare State. «Citizenship and Social Class» di Tom Marshall cinquant'anni dopo*, in T. H. MARSHALL, op. ult. cit., p. XXIX. V. le utili riflessioni di F. MACIOCE, *Il nuovo noi. La migrazione e l'integrazione come problemi di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 18-19, nonché p. 155 ss., sul legame problematico tra cittadinanza e integrazione.

<sup>49</sup> G. BASCHERINI, *Verso una cittadinanza sociale?* in *Giur. cost.*, 1999, 1, pp. 381-396. Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 130-138, 384-389, il quale parla di una cittadinanza “digitale”. Nello spazio di *internet* tutti acquistano la possibilità di prendere la parola, di acquisire conoscenze, di esercitare il diritto di critica, rivendicando in sostanza il diritto di essere egualmente cittadini. Tale cittadinanza dinamica integra i diritti del cittadino tutte le volte che il suo ampliamento è imposto dall'innovazione tecnologica. Per realizzare tale idea, Rodotà si chiede se davvero occorra configurare un diritto di accesso ad *internet*, dato che l'art. 21 Cost. garantisce il diritto di manifestare il proprio pensiero con *ogni mezzo di diffusione*.

<sup>50</sup> L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 263 ss., spec. 288-289. Per l'A. la limitazione di alcuni diritti fondamentali allo status di cittadino appare una vera e propria limitazione per legge del principio di uguaglianza, una sorta di *apartheid*; V. ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, ed. III, Laterza, Roma-Bari, pp. 15-16, nel senso che la cittadinanza e la capacità d'agire sono rimasti gli unici

Il ridimensionamento del *welfare state*, l'importanza dell'accesso al conto corrente e al credito impongono la configurazione di una "cittadinanza economica", cioè di un mercato finanziario più aperto alle necessità di soggetti con diverse basi linguistiche, religiose e diversi livelli di educazione finanziaria<sup>51</sup>.

Il processo di finanziarizzazione dell'economia, in particolare, impone una rilettura critica delle disposizioni costituzionali (art. 47 Cost.) e delle politiche di *social housing*: al fine di tutelare indirettamente il diritto all'abitazione, il legislatore dovrebbe favorire l'accesso dei singoli al mercato bancario, proteggendo gli investimenti privati tramite la regolazione degli obblighi di correttezza e di trasparenza degli intermediari<sup>52</sup>.

In altre parole, la tutela del diritto all'abitazione dovrebbe avvenire tramite l'inclusione finanziaria, incentrandosi non solo sull'art. 2 ma anche sull'art. 47 Cost., che al primo comma tutela il risparmio e al secondo comma collega il risparmio all'accesso all'abitazione di proprietà, con un chiaro riferimento alla stipulazione dei contratti di mutuo. Il legislatore ha già preso atto della necessità di sostenere il mercato immobiliare in crisi, introducendo nuovi strumenti negoziali utilizzabili da soggetti esclusi dal sistema bancario, privi della provvista per acquistare un immobile ma non aventi titolo per accedere agli alloggi di edilizia pubblica<sup>53</sup>. Si tratta dell'art. 23, d.l. 133/2014, conv. in l. 164/2014, introduttivo di un contratto di godimento in funzione della successiva alienazione (c.d. *rent to buy*), e dell'art. 1, commi 76-84, l. 208/2015, che ha esteso anche agli immobili residenziali lo strumento del *leasing* (su cui v. infra, cap. III, par. 7). Tali strumenti, alternativi al tradizionale mutuo ipotecario collegato ad un preliminare di compravendita<sup>54</sup>, consentono di ottenere subito il godimento di un immobile senza

---

parametri di inclusione ed esclusione degli esseri umani tra i titolari dei diritti e quindi i parametri della loro uguaglianza e disuguaglianza. V. anche le riflessioni di ID., *Cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, IX, 1993, pp. 63 ss.

<sup>51</sup> V. F. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza e finanza etica*, ed. I, Laterza, Roma, 1997, pp. 38-55, sull'imprescindibilità della valorizzazione delle esigenze delle persona nel mercato, soprattutto alla luce della crisi dello Stato sociale.

<sup>52</sup> F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2010, 3/4, pp. 243-244.

<sup>53</sup> A. MUSIO, *Il diritto all'abitazione di proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 3, p. 388.

<sup>54</sup> A. MUSIO, op. ult. cit., p. 383. Sul contratto di *rent to buy* v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in A. ALBANESE, S. MAZZAMUTO (a cura di), *RENT to BUY. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà. Profili civilistici, processuali e tributari*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 1-14; sul *leasing* immobiliare v. R. MARSEGLIA, *Il leasing immobiliare per l'acquisto dell'abitazione principale*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 223 ss. A differenza del mutuo ipotecario, la stipulazione di tali contratti non richiede la concessione di garanzie ipotecarie al

anticipare alcuna somma, rateizzando il pagamento e imputando parte dei canoni corrisposti al futuro acquisto del bene.

### 3. *L'esclusione finanziaria come violazione dei diritti fondamentali.*

Alla luce dei limiti che gli immigrati incontrano nell'accesso all'edilizia residenziale pubblica, l'accesso al credito è condizione essenziale affinché gli immigrati possano godere del diritto all'abitazione<sup>55</sup>, il quale, del resto, per la Corte costituzionale è un diritto sociale, da soddisfarsi in proporzione alle risorse pubbliche e in base alla discrezionalità del legislatore<sup>56</sup>. Più in generale, l'esclusione finanziaria intercetta il tema dei diritti fondamentali, dato che il mancato accesso ai servizi bancari preclude il godimento effettivo di una serie di diritti fondamentali.

Ad avviso della Corte Costituzionale, il diritto all'abitazione costituisce un fondamentale diritto sociale, il cui godimento da parte dei cittadini è essenziale in uno stato democratico; esso ha un fondamento normativo a livello internazionale negli artt. 25

---

creditore, essendo quest'ultimo già garantito dalla proprietà dell'immobile, che rimane in capo a quest'ultimo fino all'esercizio dell'opzione di acquisto.

<sup>55</sup> Su cui v. in generale U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, Milano, 1980, passim, spec. 1-76; ID., *Il diritto all'abitare. L'abitare e i diritti sociali*, XXI secolo (2009), in [www.treccani.it](http://www.treccani.it); T. MARTINES, *Opere, IV, Libertà e altri temi*, Giuffrè, Milano, 2000, passim; M. BALDINI, *La casa degli italiani*, Il Mulino, Bologna, 2010, passim; E. BARGELLI, *Abitazione (Diritto alla)*, in *Enc. dir., Ann. VI, Abitazione-Volontariato*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 1-19. Nel nostro ordinamento, peraltro, la tutela del diritto all'abitazione ha comportato interventi legislativi limitativi dell'autonomia privata e del diritto di proprietà, su tutti la l. 392/ 1978 (c.d. legge sull'"equo canone"), che stabiliva un tetto massimo ai canoni di locazione e una durata minima dei contratti, la cui legittimità costituzionale è stata messa in discussione in varie occasioni: V. in generale R. PREDEN, N. IZZO, *Locazioni e costituzione: problemi di costituzionalità della legge sull'equo canone nel quadro della giurisprudenza costituzionale sulle locazioni*, Giuffrè, Milano, 1981, passim.

<sup>56</sup> In tal senso CORTE COST., 16 Maggio 1989, n. 282, in [www.giurscost.it](http://www.giurscost.it). Si ritiene, infatti, che la garanzia dei diritti sociali dipenda da obblighi positivi dello Stato di intervenire per fornire servizi, mentre la garanzia dei diritti civili richiede un obbligo di astensione da azioni tali da violare la libertà e l'autonomia degli individui. Tale prospettiva però rappresenta una trivializzazione del rapporto Stato-diritti: anche i diritti civili implicano obblighi positivi quali la creazione di un sistema di *enforcement* per punire le violazioni dei diritti – si pensi alla tutela giurisdizionale dei diritti –. V. S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, cit., p. 45: «Gli individui godono di diritti, in senso giuridico piuttosto che in senso morale, soltanto se l'ordinamento cui appartengono pone riparo in modo equo e prevedibile alle violazioni che essi subiscono. Questa semplice affermazione la dice lunga sull'inadeguatezza della distinzione tra diritti negativi e diritti positivi. Ciò sta a dimostrare, infatti, che tutti i diritti giuridicamente protetti sono necessariamente diritti positivi. I diritti costano perché tutelarli costa, e soprattutto costa garantirli in modo uniforme ed equo». Come osserva l'A. (ID., op. ult. cit., p. 47), «Quando il titolare di un diritto subisce un torto, di norme può far ricorso ad un giudice il cui salario è a carico dei contribuenti». Nella dottrina italiana, su tutti v. E. PARIOTTI, *I diritti umani*, cit., pp. 24-26.

della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, 11 del Patto internazionale dei diritti economici, sociali e culturali, che lo configurano come diritto umano, e, a livello europeo, nell'art. 7 della Carta dir. UE<sup>57</sup>; nel nostro ordinamento il diritto all'abitazione è implicitamente protetto a livello costituzionale dagli artt. 2 e 47 Cost<sup>58</sup>.

Il diritto all'abitazione non coincide con il diritto di proprietà sull'abitazione<sup>59</sup>, ma ha un contenuto più ampio, potendo essere soddisfatto anche dall'attribuzione di un diritto di godimento di natura personale tramite contratti di locazione o di *leasing*<sup>60</sup>. Mentre la tutela del diritto all'abitazione tramite l'accesso alla proprietà trova riconoscimento esplicito nell'art. 47, comma 2 Cost., anche se più come "sbocco" del risparmio privato<sup>61</sup>, le altre forme di godimento del diritto trovano implicito riconoscimento nell'art. 2 Cost.

Secondo il premio Nobel Muhammad Yunus, fondatore della Grameen Bank in Bangladesh, anche l'accesso al credito, in quanto mezzo per combattere la povertà, sarebbe un diritto umano<sup>62</sup>; in sostanza si tratterebbe di un diritto strumentale all'esercizio

---

<sup>57</sup> CGUE, 10 Settembre 2014, C-34/13, *Kusionova c. Smart Capital a.s.*, par. 65, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

<sup>58</sup> CORTE COST., 25 Febbraio 1988, n. 217, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); CORTE COST., 7 Aprile 1998, n. 404, *ivi*, entrambe nel senso che il diritto all'abitazione costituisce un diritto inviolabile ai sensi dell'art. 2 Cost, sebbene la seconda sentenza rinvenga il suo fondamento anche nell'art. 3, 2° comma, Cost., in quanto trattasi di un diritto strumentale a realizzare il principio di uguaglianza sostanziale. Nella giurisprudenza di legittimità, rinviene il fondamento di tale diritto nell'art. 2 Cost. CASS. PEN., 26 Settembre 2007, n. 35580, in *Foro it.*, 2007, II, p. 678. In senso contrario alla configurabilità del diritto all'abitazione nel nostro ordinamento, v. CORTE COST., 28 Luglio 1983, n. 252, in *Foro it.*, 1983, I, p. 2628 ss.

<sup>59</sup> Il diritto di proprietà, come diritto umano, è protetto dall'art. 17 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e, a livello europeo, dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e dall'art. 1, Protocollo addizionale n. 1 alla Conv. eur. dir. uomo.

<sup>60</sup> OFFICE OF THE UNITED NATION, *cit.*, p. 7.

<sup>61</sup> F. PALLANTE, *Gli stranieri e il diritto all'abitazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 3, p. 136. V. F. MERUSI, Art. 47, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici, Tomo III*, Zanichelli – Soc.ed. Foro italiano, Bologna – Roma, 1980, p. 183-185. Ad avviso dell'A., meritevole di tutela secondo l'art. 47 è il risparmio che si traduce in una utilizzazione economica del *surplus* monetario, non invece il semplice accantonamento di moneta, e ciò conseguentemente avalla l'idea che l'abitazione, il cui acquisto è destinazione del risparmio, sia protetta anche dall'art. 47; Cfr. P. PERLINGIERI, M. MARINARO, *Art. 47*, in P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana.*, ed. II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, pp. 324-328, per il quale la norma costituisce attuazione dell'art. 42, 2° comma, Cost., che impone al legislatore il compito di dettare norme per rendere la proprietà accessibile a tutti.

<sup>62</sup> V. l'intervento del Prof. Muhammad Yunus tenuto all'Università di Bologna, in occasione del conferimento della Laurea Honoris Causa in Pedagogia, in [www.fraternity.it](http://www.fraternity.it), nonché M. YUNUS, *The banker to the poor*, trad. it. *Il banchiere dei poveri*, Feltrinelli, 2013, Milano, *passim*; ma v. anche il Manifesto della finanza etica, 1998, in [www.bancaetica.it](http://www.bancaetica.it). La Grameen Bank, fondata nel 1980, ha come obiettivo la concessione in prestito di piccole somme di danaro a soggetti esclusi dal circuito creditizio tradizionale, soprattutto donne, senza richiesta di garanzie. Tale modello di microcredito fa leva soprattutto sulla responsabilizzazione del debitore, per il quale la restituzione del prestito diventa una questione di

di altri diritti economici riconosciuti dal Patto internazionale sui Diritti economici, sociali e culturali<sup>63</sup>, come quello, di cui all'art. 11, ad un tenore di vita adeguato ed alla libertà dalla fame. Com'è noto, però, in base al diritto positivo non è configurabile un obbligo giuridico degli intermediari di concedere credito, che contrasterebbe con il ruolo selettivo che, in un'economia di mercato, la banca svolge per un'allocazione ottimale delle risorse<sup>64</sup>. In ogni caso l'accesso al credito, nonostante sia preconditione del godimento di numerosi diritti, non sembra accostabile agli altri diritti umani<sup>65</sup>, per due motivi.

In primo luogo un riconoscimento normativo si tradurrebbe nella creazione di un diritto "manifesto", la cui soddisfazione da parte degli obbligati (banche, intermediari) sarebbe praticamente impossibile<sup>66</sup> – se non pregiudicando la stabilità del sistema finanziario – non trattandosi di un bene a disponibilità illimitata. In secondo luogo, mentre l'esercizio degli altri diritti a contenuto economico ha un impatto positivo sul

---

onorabilità all'interno del gruppo sociale di riferimento, data la dimensione locale di operatività della banca e la prassi di concedere garanzie collettive, che, organizzando i mutuatari in piccoli gruppi, rendono ciascun membro responsabile della solvibilità dell'altro. Il modello della Grameen Bank è stato sviluppato in Europa, tra gli altri, da Maria Nowak, fondatrice della *Association pour le droit à la initiative économique*, la cui pubblica utilità è stata riconosciuta nel 2005; v. M. NOWAK, *Non si presta solo ai ricchi. La rivoluzione del microcredito*, Einaudi, Torino, 2005, passim.

<sup>63</sup> M. HUDON, *Should Access to Credit Be a Right?* in *Journal of Business Ethics*, 2009, 1, vol. 84, p. 19. In senso diverso A. SEN, *Development as freedom*, Knopf, New York, 2000, p. 39, che non annovera l'accesso al credito tra i diritti umani, bensì tra le libertà economiche strumentali alla condizione complessiva di libertà dell'individuo.

<sup>64</sup> Così P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 531; nella manualistica F. GIORGIANNI, C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Giuffrè, Milano, 2012, 411-413, per i quali non depone in favore di un generale obbligo di erogare credito la previsione di obblighi a contrarre per i finanziamenti agevolati e/o convenzionati con contributo dello Stato, in mancanza di una espressa norma di legge che lo preveda. Per gli AA., in ogni caso, il rifiuto ingiustificato di concedere credito può essere sindacato alla luce del principio di buona fede e del divieto di abuso del diritto nonché degli obblighi comportamentali gravanti sugli intermediari. V. A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/Ce*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009, 190, nel senso della possibilità di sindacare il rifiuto di credito basato su informazioni inadeguate. La giurisprudenza dell'ABF, pur escludendo un obbligo di concedere credito, configura in ossequio al principio di buona fede un dovere dell'intermediario di comunicare le ragioni ostative dell'erogazione del credito: *ex multis* ABF, 21 Settembre 2016, n. 8100; ABF, 29 Novembre 2013, n. 6182; ABF, 12 Dicembre 2011, n. 2683.

<sup>65</sup> Secondo una definizione accreditata dai filosofi del diritto, sono diritti umani i diritti riconosciuti da fonti internazionali che abbiano un legame con dimensioni essenziali dell'essere umano E. PARIOTTI, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Utet, Torino, 2008, p. 5.

<sup>66</sup> M. HUDON, cit., pp. 14-17. Del resto, «I diritti [...] non sono un regalo del cielo, né un frutto della natura; non si impongono da sé e non si possono garantire in modo affidabile se lo stato è senza soldi o troppo debole»: così S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), trad. it. di E. Cagliari, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 231.

titolare, l'accesso al credito può avere pesanti ripercussioni sul patrimonio del debitore, dando luogo a situazioni di sovra indebitamento<sup>67</sup>.

L'esclusione finanziaria degli immigrati può essere cagionata da una discriminazione, con violazione degli artt. 43 e 44 d.lgs. 286/1998, 2 d.lgs. 215/2003<sup>68</sup>, applicazioni del principio già affermato dagli artt. 7, Dic. univ. dir. uomo, 21 Carta dir. Ue, 14 Conv. eur. dir. uomo, 3, comma 1, Cost<sup>69</sup>. La dottrina ha chiarito che il divieto di discriminazione non è un mero riflesso del principio di uguaglianza<sup>70</sup> e, di conseguenza, non impone la parità di trattamento dei contraenti; ciò comporterebbe, peraltro, la distruzione dell'autonomia privata realizzando per mezzo del diritto privato una sorta di società utopica in cui tutti sono eguali in tutto<sup>71</sup>.

Vietato, invece, è il trattamento peggiore di un contraente sulla base di un preconcetto, a causa di una qualità personale presa in considerazione dalla legge come fattore di discriminazione, a prescindere da un confronto col reale trattamento riservato ad altre controparti<sup>72</sup>. Ed infatti la discriminazione può assumere due forme: il rifiuto di contrattare, che nel caso di servizi bancari produce esclusione finanziaria, e la contrattazione a condizioni peggiori di quelle applicate alla generalità della clientela, che sfocia in un'imperfetta inclusione finanziaria. Se, infatti, l'impresa che abbia rivolto un

---

<sup>67</sup> M. HUDON, cit., pp. 14-17.

<sup>68</sup> Decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero; Decreto legislativo 9 luglio 2003, n. 215, Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

<sup>69</sup> L'attuazione in Italia della dir. 2000/43, ad opera del d.lgs. 215/2003, non ha dato seguito all'art. 14, lett. a) della dir., che disponeva l'abrogazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative contrarie alla parità di trattamento. Tuttavia, avendo l'art. 6 della direttiva autorizzato l'introduzione o il mantenimento di disposizioni più favorevoli, e avendo statuito che la Direttiva non può ridurre il livello di tutela preesistente, si può ritenere che gli artt. 43 e 44 del t.u. immigrazione siano stati considerati maggiormente protettivi nei confronti dei soggetti discriminati. Ne consegue, però, la necessità di un coordinamento tra le varie leggi antidiscriminatorie. Per una disamina approfondita delle differenze tra il d.lgs. 286/1998 e il d.lgs. 215/2003 v. L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 241-307.

<sup>70</sup> La dottrina tradizionale ha trattato del principio di uguaglianza nell'ambito dei rapporti giuridici associativi, quali le associazioni e le società: v. P. RESCIGNO, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato (a proposito d'un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1515-1532.

<sup>71</sup> V. N. BOBBIO, *Eguaglianza e egualitarismo*, Armando, Roma, 1978, pp. 14-17. L'A. considera egualitaria ogni concezione per la quale è desiderabile che gli uomini siano uguali in tutti i campi della vita; tra le concezioni più egualitarie vi sarebbe il marxismo, poiché fonda l'uguaglianza degli uomini sul criterio egualitario per eccellenza, ovvero il bisogno, che accomuna indistintamente tutti gli uomini. Sul principio di uguaglianza nel diritto privato, v. in generale D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, Torino, 2008, passim.

<sup>72</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 60.



invito ad offrire rifiutasse, in base ad una qualità personale del contraente, la prima proposta che le sia giunta, sussisterebbe discriminazione pur essendo impossibile un confronto con altri contraenti<sup>73</sup>.

Sull'ambito applicativo del divieto di discriminazione ci si soffermerà in seguito (v. *infra*, cap. III, par. 3); in ogni caso l'applicazione del divieto di discriminazione alla fornitura dei servizi bancari non è revocabile in dubbio, dato il chiaro disposto dell'art. 3, comma 1, lett. h), dir. 2000/43, il quale si riferisce anche i soggetti privati fornitori di beni o servizi. Corollario di tale principio è l'art. 15, dir. 2014/92/Ue, che impone agli Stati membri di assicurare che gli enti creditizi non discriminino, in base alla cittadinanza, al luogo di residenza o per i motivi di cui all'articolo 21, Carta dir. Ue, i consumatori legalmente soggiornanti nell'Unione nell'accesso alla stipula di un conto di pagamento con caratteristiche di base (v. *amplius*, cap. IV).

Non si può invocare in senso contrario il dato testuale dell'art. 116, comma 4, t.u.b., che, escludendo la natura di offerta al pubblico (art. 1336 c.c.) della pubblicità dei tassi e delle condizioni praticate dalle banche, ne suggerisce la natura di inviti ad offrire. Com'è noto, le maggiori controversie dottrinali sull'ambito del principio di non discriminazione hanno riguardato l'inclusione non solo delle dichiarazioni rivolte al pubblico ma anche delle dichiarazioni individualizzate<sup>74</sup>. In generale, la dottrina distingue tra offerta al pubblico ed invito ad offrire in quanto la prima, avendo valore di proposta, espone il dichiarante al pericolo dell'accettazione da parte di soggetti sgraditi, mentre il

---

<sup>73</sup> Così D. MAFFEIS, op. ult. cit., p. 63. Non distingue invece tra parità di trattamento e non discriminazione R. SACCO, Voce «Parità di trattamento», in *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., IV ed., VII agg., Utet, Torino, 2012, pp. 737 ss.

<sup>74</sup> V. D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1, 2015, pp. 161-180, nel senso che il divieto non è applicabile alle dichiarazioni contrattuali individualizzate ma solo quando il contraente si rivolge al pubblico; ID., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 215-217, nel senso che tale tesi non depotenzierebbe l'efficacia del divieto, che non sarebbe aggirato tramite la plurima emissione di dichiarazioni individuali, posto che la rinuncia a rivolgersi al pubblico è costosa, implicando la ricerca separata di numerose controparti con le quali avviare plurime trattative individuali; E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, pp. 560-561; A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 2, pp. 221-223. In senso contrario, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 106; ID., *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., pp. 1398-1405; B. CECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 3, pp. 195-197, che arriva a tale conclusione in base ad un'interpretazione meramente letterale dell'art. 43, d.lgs. 286/1998, che non distinguerebbe in base alle modalità di conclusione del contratto; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., pp. 303-304.

secondo schema gli consente di selezionare tra i vari offerenti<sup>75</sup>. La migliore dottrina, tuttavia, non distingue tra i due schemi, entrambi soggiacendo al divieto di discriminazione per fattori presi in considerazione dalle leggi antidiscriminatorie. Ed infatti, poiché sono dati opinabili come le circostanze o gli usi a distinguere l'offerta al pubblico dall'invito ad offrire, un'esclusione del secondo schema dall'ambito di applicazione del divieto di discriminazione sarebbe irragionevole<sup>76</sup>.

In ogni caso, per effetto di un processo di segmentazione della normativa di trasparenza<sup>77</sup>, le disposizioni di cui agli artt. 115-120 *quater* t.u.b. non si applicano, in mancanza di un espresso richiamo (art. 115, comma 3, t.u.b.), ai contratti di credito al consumo, ai contratti di credito immobiliare e ai servizi di pagamento. Ne consegue che non si può escludere che la pubblicazione delle condizioni contrattuali costituisca offerta al pubblico, qualora contenesse gli elementi essenziali del contratto, con conseguente soggezione al divieto di discriminazione.

Andrebbe poi respinta ogni interpretazione meramente letterale dell'art. 43, comma 1, t.u. immigrazione, la quale, facendo leva sul riferimento allo scopo o alla compromissione dei diritti umani e delle libertà fondamentali, richiederebbe la lesione attuale o potenziale di un diritto fondamentale: ciò escluderebbe la tutela antidiscriminatoria nell'esercizio dell'autonomia privata ogni qual volta il contratto non soddisfi un interesse fondamentale della persona, data la discordanza di opinioni sulla copertura costituzionale dell'autonomia privata<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> V. G. CIAN, *L'offerta al pubblico e l'art. 3 del d.lgs. 31 Maggio 1998, n. 114, in materia di vendite al dettaglio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 316, per il quale l'interesse a selezionare tra i vari aderenti è altresì funzionale ad evitare di trattare con un soggetto col quale il dichiarante non voleva avere rapporti contrattuali.

<sup>76</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 209-210.

<sup>77</sup> Segnalato in dottrina da A. MIRONI, *La trasparenza bancaria*, Cedam, Padova, 2012, pp. 3-12 e ora ID., *Sistemi e sottosistemi della nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 4, pp. 377-418.

<sup>78</sup> Avverte il pericolo di un'interpretazione restrittiva L. SITZIA, cit., pp. 73 ss., criticando l'impostazione di G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 808; nell'ottica di quest'ultimo autore, tuttavia, l'interpretazione restrittiva è solo funzionale ad escludere l'applicazione del principio di non discriminazione agli atti giuridicamente irrilevanti. Ritiene che l'autonomia privata trovi una copertura costituzionale solo indiretta nell'art. 41 L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss. Non manca però chi la annovera tra i diritti fondamentali, asserendo che essa, costituendo il mezzo per esplicitare liberamente la propria personalità nei rapporti economici privati, rinverrebbe il proprio fondamento all'art. 3, comma 2, Cost. In tal senso C. M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, III ed., Giuffrè, Milano, 2019, pp. 22-24.

Com'è ovvio, però, l'esclusione finanziaria degli immigrati non si riduce alla mera discriminazione di tali soggetti per la loro nazionalità, etnia, religione o per altri fattori rilevanti ai sensi della normativa antidiscriminatoria, ma è un fenomeno ben più complesso.

#### 4. *Il rapporto tra inclusione finanziaria e limiti all'autonomia privata.*

L'obiettivo dell'inclusione finanziaria è perseguito dal legislatore con penetranti limiti all'autonomia privata, che si trovano in un rapporto di proporzionalità inversa con l'aumento dell'inclusione dei soggetti *unbanked*<sup>79</sup>, tanto che, parafrasando il Messineo, si potrebbe parlare di una nuova «crisi dell'istituto del contratto»<sup>80</sup>. La dottrina definisce spesso paternalistiche le limitazioni dell'autonomia privata<sup>81</sup> presenti nella recente normativa dei servizi bancari e finanziari, in quanto esse configurerebbero un approccio che andrebbe oltre anche al c.d. paternalismo liberale, pur sempre volto a salvaguardare la libertà di scelta del cliente<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> In tal senso v. G. COMPARATO, *Private Autonomy and Regulation in EU case-law*, in H. W. MICKLITZ, Y. SVETIEV, G. COMPARATO (a cura di), *European Regulatory Private Law- The Paradigms Tested*, EUI Working Paper LAW 2014/04, p. 8: «it is clear that laying down mandatory rules might be an appropriate market-design tool to define a contrario a wider sphere of legitimate activities, while the imposition of duties on one parties might have the effect of including in the market categories of subjects who would otherwise be excluded, extending the autonomy of these latter, as in the case of non-discrimination». Che la finalità di tale modello di tutela sia la protezione e l'inclusione dei clienti, peraltro, emerge dagli stessi considerando delle direttive: v. considerando n. 6, Direttiva 2014/17 UE.

<sup>80</sup> F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, Tratt. Cicu-Messineo, vol. XXI, t. I, Giuffrè, Milano, 1968, p. 40 ss, spec. pp. 52-54. Per l'A. emblematico di tale crisi è il fenomeno del contratto "dettato", non liberamente accettato da uno dei soggetti, come sarebbe il contratto costituito *ex art.* 2932 c.c., e l'inserzione automatica di clausole, *ex art.* 1339 c.c., che sostituisce la volontà della p.a. alla volontà dei contraenti; secondo l'A., se il contratto è comune volontà delle parti, il contratto "dettato" non rientra in tale definizione. In senso contrario v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 49.

<sup>81</sup> In tal senso, con riferimento alle regole di *product governance* nel mercato finanziario, A. PERRONE, *Servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2019, 1, p. 6; F. GRECO, *Dall'informazione pre-contrattuale alla product governance: la tutela del risparmiatore tra paternalismo normativo e nuovi modelli di controllo*, in *Riv. dir. banc.*, [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), 25, 2017, pp. 1-15; con riferimento alla normativa sul credito immobiliare, O. CHEREDNYCHENKO, *Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?* in *Eur. rev. cont. law*, 2014, 3, vol 10, p. 412; con riferimento al rilievo d'ufficio della violazione di obblighi informativi, F. BARTOLINI, *The Consumer-Debtor Dimension, Some Further Steps for the Principle of Effectiveness within Consumer Credit Contracts*, in *Eur. rev. cont. law*, 2016, 12, p. 300.

<sup>82</sup> C. SUNSTEIN, R. THALER, *Libertarian Paternalism*, in 93 *Am. Econ. Rev.* 175 (2003), pp. 175-179; ID., *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, ed. I, Milano, 2014, pp. 7-21.

Basti pensare al generale obbligo, introdotto dall'art. 16 della direttiva 2014/92/UE<sup>83</sup>, di stipulare un contratto avente ad oggetto un conto di pagamento di base, con correlativo diritto soggettivo azionabile dai consumatori in caso di rifiuto di stipulazione del contratto, il cui contenuto minimo è interamente tipizzato in via amministrativa, consentendo di usufruire solo delle operazioni e dei servizi determinati con decreto M.E.F., ai sensi dell'art. 126 *vicies semel*, t.u.b. Si pensi anche alla direttiva 2014/17/UE, che, secondo alcuni, introdurrebbe un obbligo di astensione del finanziatore dalla stipula di un contratto di credito inadeguato, con conseguente protezione del consumatore anche dalle sue stesse scelte inavvedute.

In sostanza, sembrerebbe che la regolazione influisca fortemente sugli aspetti fondamentali dell'autonomia privata, quali l'*an* e il *quomodo* del contratto<sup>84</sup>. Tuttavia, un'analisi complessiva potrebbe escludere forme di paternalismo nella regolazione dei servizi bancari, poiché questa da un lato mira ad evitare esternalità negative<sup>85</sup> per il sistema finanziario, dall'altro a garantire l'effettivo esercizio dell'autonomia privata di soggetti irrazionali e privi di competenze finanziarie, la cui autonomia non è limitata ma garantita nei presupposti di esercizio. La crisi finanziaria del 2008, del resto, ha messo in crisi gli assunti della teoria economica neoclassica, come la capacità degli individui di compiere scelte razionali e corrispondenti al proprio interesse. Tale crisi anche "scientifica"<sup>86</sup>, dunque, ha avuto delle ricadute inevitabili sulla legislazione successiva, la quale, limitando l'autonomia privata degli intermediari, ha compreso l'insufficienza di una tutela dei clienti basata solo sugli obblighi di *disclosure*.

---

<sup>83</sup> Sulla direttiva 2014/92 v. in generale G. COMPARATO, *The financialisation of the citizen*, cit., pp. 110-114; sulla normativa italiana ed europea precedente la direttiva v. V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della ricchezza*, cit., pp. 56-78; ID., *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base: sollecitazioni comunitarie e disciplina nazionale*, in *Ass.*, 2014, 3, pp. 445-463.

<sup>84</sup> G. COMPARATO, *Private Autonomy and Regulation in EU case-law*, cit., p. 8. Con riguardo alla limitazione della facoltà di determinare le condizioni economiche, si veda l'art. 18 della direttiva 2014/92/UE, per il quale i servizi compresi nel conto corrente di base devono essere offerti gratuitamente o ad un costo ragionevole.

<sup>85</sup> Le decisioni individuali possono imporre costi agli altri (esternalità negative, nel linguaggio dell'analisi economica del diritto); le regole che limitano le esternalità negative attraverso dei correttivi non sono regole paternaliste: R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, II, p. 772.

<sup>86</sup> R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., p. 24.

Paternalistico è ogni comportamento che riduce la libertà decisionale dell'individuo al fine di proteggerlo dalle conseguenze negative delle sue scelte<sup>87</sup>, anche di tipo economico; non tutte le regole protettive dell'individuo, però, sono paternalistiche, ma solo quelle che limitano la volontà di un individuo adulto, «*anche qualora le sue scelte siano[...] sufficientemente coerenti, basate sulla conoscenza dei fatti rilevanti e libere da coazione, al fine [...] di tutelare [...] i suoi interessi...*»<sup>88</sup>. Accostare il termine paternalismo al diritto privato è sempre sembrato un ossimoro<sup>89</sup>: la nozione di contratto postula un'intoccabile sfera di autonomia dei contraenti, i quali determinano liberamente il contenuto del contratto (art. 1322, 1° comma, c.c.).

Per l'antipaternalismo radicale lo Stato non ha mai il diritto di limitare la libertà dell'individuo per evitare che questi cagioni un danno a se stesso<sup>90</sup>; l'antipaternalismo moderato, invece, esclude un intervento sulla volontà dell'individuo solo qualora essa si sia formata in modo razionale, si basi sulla conoscenza dei fatti e sia libera da pressioni coercitive<sup>91</sup>. Tali condizioni normalmente non trovano riscontro nella contrattazione bancaria e finanziaria; gli studi della *behavioural economics*, infatti, hanno dimostrato che il processo decisionale dei consumatori è *sistematicamente* affetto da *bias*, consistenti nel ricorso ad euristiche, con ciò venendo meno il presupposto dell'*efficient capital market hypothesis*<sup>92</sup>. Gli individui sono in grado di comprendere solo alcune informazioni

---

<sup>87</sup> H. L. HART, *Law, Liberty and morality*, Oxford University press, Oxford-New York, 1962, p. 31: «*The rules excluding the victim's consent as a defence to charges of murder or assault may perfectly well be explained as a piece of paternalism, designed to protect individuals against themselves*»; D. KENNEDY, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, in *Maryland Law Review*, 1982, 4, vol. 41, p. 570.

<sup>88</sup> G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 2.

<sup>89</sup> Sul tema v. in generale R. CATERINA, *Paternalismo e antipaternalismo nel diritto privato*, cit., pp. 771-796; G. MANIACI, *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, in *Etica & Politica*, 2013, 2, pp. 342-379.

<sup>90</sup> Per dirla con Kant, «*nessuno mi può costringere ad essere felice a suo modo (come cioè egli immagina il benessere degli altri uomini) ma ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona, purchè non rechi pregiudizio alla libertà degli altri di tendere allo stesso scopo*»: I. KANT, *Scritti politici di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Torino, UTET, 1995, p. 255. Anche gli antipaternalisti, tuttavia, ammettono un intervento dell'autorità limitativo dell'altrui libertà in caso di pericolo di danni a terzi..

<sup>91</sup> G. MANIACI, *Teorie della coercizione*, cit., pp. 342-343.

<sup>92</sup> Le euristiche sono procedimenti di ragionamento semplificati, delle scorciatoie mentali, che l'individuo sfrutta per risolvere problemi in realtà complessi. Per una trattazione completa di tali euristiche si rinvia a E. RIGHINI, *Behavioural Law and Economics. Problemi di policy, assetti normativi e di vigilanza*, FrancoAngeli, Milano, 2012, pp. 26 ss. In sintesi, l'*efficient capital market hypothesis*, formulata da Eugene Fama, sosteneva, invece, che gli investitori non agiscono irrazionalmente, e che eventuali comportamenti irrazionali rimangono isolati o vengono assorbiti dall'opera degli arbitraggisti, che, operando su più

per volta, per cui è limitata l'utilità degli obblighi informativi, che anzi possono generare un *information overloading* mettendo in secondo piano le informazioni essenziali<sup>93</sup>; come confermano dati empirici<sup>94</sup>, inoltre, gli individui anche se informati tendono ad usare in modo distorto le informazioni ricevute o ad ignorarle nei processi decisionali<sup>95</sup>.

I beni negoziati nei mercati bancari, comunque, sono *credence goods* le cui qualità non sono conoscibili nemmeno dopo il consumo; in tal caso, dunque, il modello della *mandatory disclosure* (che si fonda sull'ingenuo convincimento che un consumatore informato sia anche un consumatore razionale), di per sé, non può tutelare effettivamente i consumatori.

Di conseguenza, sia nella disciplina dei contratti dei consumatori che in altri settori del diritto privato – come l'amministrazione di sostegno –, il legislatore ha preso atto dell'impossibilità di formulare una rigida dicotomia tra soggetti perfettamente razionali e consapevoli e soggetti totalmente incapaci perché affetti da vizi di mente: al contrario, la maggioranza si colloca in una fascia intermedia, nella quale nessuno è incapace ai sensi dell'art. 428 c.c., ma non è nelle condizioni di curare autonomamente i propri interessi<sup>96</sup>. Tale consapevolezza è divenuta l'assunto di fondo delle recenti riforme dei mercati regolati, per le quali il processo decisionale del cliente deve essere guidato con obblighi non solo informativi ma anche esplicativi delle qualità dei prodotti finanziari.

Nei casi di esclusione finanziaria, inoltre, pur in assenza di comportamenti violenti del contraente forte, il contraente debole può essere sottoposto a pressioni coercitive che ne riducono il *bargaining power*, già ridotto da un *unequal bargaining position* con le

---

mercati, riportano i prezzi di mercato al corretto valore fondamentale; sul punto v. *amplius* E. RIGHINI, op. ult. cit., pp. 96 ss.

<sup>93</sup> C. E. SCHNEIDER, O. BEN-SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, cit., p. 686 ss.

<sup>94</sup> N. LINCiano, M. GENTILE, P. SOCCORSO, *Report on financial investments of Italian households*, CONSOB, 2017, p. 6, ove si evidenzia che una notevole percentuale di investitori non legge nemmeno i documenti contenenti le informative precontrattuali, perché teme di trovarle eccessivamente difficili e preferisce affidarsi ciecamente ad un professionista. Nello stesso senso, v. C. E. SCHNEIDER, O. BEN-SHAHAR, cit., pp. 727-728: «Mandated disclosure assumes that people want to make decisions themselves, and that they do so by gathering and evaluating information about their choices. In areas subject to mandated disclosure, both parts of this assumption are unreliable [...] People avoid financial decisions and use less information than they need and could get[...] The drudgery of learning, the agony of indecision, the risks of responsibility, the inevitability of incompetence, the recognition of perils, are avoided».

<sup>95</sup> C. E. SCHNEIDER, O. BEN-SHAHAR, op. ult. cit., p. 48.

<sup>96</sup> R. CATERINA, cit., pp. 782-783.

banche, i cui contratti non sono negoziabili ma da “*prendere o lasciare*”<sup>97</sup>. La libertà da pressioni coercitive, infatti, richiede anche la libertà da pressioni “sistemiche”, dovute alla mancata tutela dei diritti fondamentali e dalla pressione del mercato capitalistico<sup>98</sup>. Si pensi agli immigrati, i quali, esclusi dal *Welfare State*, non possono che aderire alle condizioni predisposte dagli intermediari per ottenere le risorse economiche necessarie all’esercizio dei diritti fondamentali, come quelli connessi alla salute o al possesso di un’abitazione.

L’impossibilità di definire paternalistiche le recenti riforme dei mercati regolati, poi, deriva dalla consapevolezza del reale obiettivo perseguito dal legislatore italo-europeo. Alcuni autori, infatti, parlano di paternalismo del legislatore talvolta riferendosi alle regole di impositive di obblighi informativi<sup>99</sup>, altre volte alla generica idea che il diritto abbia una funzione assistenzialista degli interessi più deboli sul mercato<sup>100</sup>.

In realtà, gli obblighi informativi sono volti a permettere alle parti il reale esercizio della propria autonomia privata; data la discrepanza tra le prassi negoziali e il modello ipotetico di economia di mercato, «*alla legge spetta [...] esclusivamente di garantire i presupposti della libertà del volere, ossia di garantire che il contratto si formi sulla base di un consenso consapevole e informato*»<sup>101</sup>. E’ agevole evidenziare, peraltro, che l’obbligo di *disclosure* limita l’autonomia negoziale del professionista ma amplia quella del cliente: tacciare di paternalismo gli obblighi di *disclosure* è figlio di una concezione dell’autonomia privata come libertà negativa da ogni interferenza esterna. Anche un liberale come Berlin, però, distingue tra libertà negativa e libertà positiva: la seconda accezione implica una signoria sulle proprie decisioni, che non devono essere

---

<sup>97</sup> G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, cit., p. 28; ID., *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, cit., pp. 367-368.

<sup>98</sup> G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, cit., p. 30 in nota; ID., *Teoria della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, cit., pp. 353-354. Com’è noto, una parte della dottrina ha sostenuto, in modo radicale, che gli schemi di cui agli artt. 1341-1342 c.c. prescindono dall’accordo delle parti, poiché in tali fattispecie il contratto consisterebbe nell’emissione di due atti unilaterali separati (la redazione delle condizioni generali o dei moduli o formulari e la successiva adesione o sottoscrizione), senza che vi sia un dialogo tra le parti: N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

<sup>99</sup> F. GRECO, *Dall’informazione pre-contrattuale alla product governance*, cit., p. 4.

<sup>100</sup> F. GRECO, op. ult. cit., p. 3.

<sup>101</sup> M. BARCELLONA, *L’interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 2, p. 338; nello stesso senso C. E. SCHNEIDER, O. BEN-SHAHAR, cit., p. 681.

guidate da forze esterne (le asimmetrie informative), ma da consapevolezza e raziocinio<sup>102</sup>.

L'obiezione maggiore all'uso del termine paternalismo riguarda la precomprensione del reale scopo delle condotte imposte agli intermediari, che non è solo la protezione della clientela, ma soprattutto preservare il funzionamento e la sopravvivenza del mercato<sup>103</sup>. Nemmeno l'uso di informazioni precontrattuali, dunque, si riduce ad una prospettiva microindividuale di riequilibrio del singolo rapporto negoziale<sup>104</sup>: attribuire agli obblighi informativi una funzione meramente protettiva significa assimilarli indebitamente al principio di buona fede di cui all'art. 1375 c.c., il che è condivisibilmente escluso da una parte della dottrina<sup>105</sup>.

Lo stesso antipaternalismo, infatti, ammette limiti all'agire altrui in caso di possibili danni a terzi: i limiti all'autonomia privata nei mercati finanziari spesso sono necessari di tutelare la stabilità del sistema<sup>106</sup>.

La direttiva 2014/17/UE sul credito immobiliare ai consumatori sembra superare un modello di tutela paternalistico-libertario<sup>107</sup>; da un lato, però, i limiti all'autonomia privata paventati non sussistono, dall'altro lato essi, anche se sussistenti, avrebbero una *ratio* antipaternalistica. Nella prima proposta di direttiva sul credito al consumo, invero, i cenni al credito responsabile sono stati eliminati a causa delle pressioni del settore creditizio, contrario ad un sistema nel quale la responsabilità del processo decisionale

---

<sup>102</sup> V. I. BERLIN, *Two concepts of liberty. Four essays on liberty*, Oxford University press, 1969, pp. 118-172.

<sup>103</sup> R. NATOLI, *Il contratto «adeguato»*, cit., p. 69; nello stesso senso, R. LENER, A. M. BENTIVEGNA, *Il conto corrente bancario nella giurisprudenza dell'Abf*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, 1, p. 3, per i quali la disciplina di trasparenza, pur limitando l'autonomia negoziale degli intermediari, tutela interessi generali riferibili alla stabilità, all'efficienza ed alla competitività del sistema bancario, come si evince anche dalle finalità della vigilanza bancaria di cui all'art. 5 t.u.b.

<sup>104</sup> C. SOLINAS, *Il contratto «amministrato». La conformazione dell'operazione economica agli interessi generali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, p. 169.

<sup>105</sup> R. NATOLI, *Il contratto «adeguato»*, cit., pp. 78-85; conforme, D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 450-453; *contra*, G. M. UDA, *L'informativa alla clientela in relazione ai servizi di investimento*, in V. TROIANO, R. MOTRONI (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela-regole di governance-mercati*, Cedam, Milano, 2016, pp. 36-40; R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Soc.*, 2008, 3, pp. 269-272

<sup>106</sup> *L'Harm to Others Principle*, elaborato da Mill, ammette del resto un intervento limitativo della libertà altrui onde evitare che si producano danni a terzi, proprio per assicurare la pacifica coesistenza di tutti: J. S. MILL, *Saggio sulla libertà* (1859), Milano, Il Saggiatore, 1997, p. 12 ss.

<sup>107</sup> R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Libertarian paternalism*, cit., pp. 175 ss.



gravasse sugli intermediari<sup>108</sup>. Nel testo definitivo dell'art. 5, dir. 2008/48/Ce, infatti, il concetto di adeguatezza è riferito ai chiarimenti da fornire al cliente, che è l'unico a dover valutare se il contratto sia adatto alle sue esigenze finanziarie<sup>109</sup>; in capo al finanziatore, comunque, si giustappongono più obblighi non solo informativi ma anche di messa in guardia dall'assunzione di impegni finanziariamente insostenibili, analogamente alla prestazione di servizi di investimento assoggettati alla regola dell'appropriatezza<sup>110</sup>.

Una delle novità della direttiva 2014/17 sarebbe la possibile enucleazione di un obbligo del finanziatore di astensione dalla stipulazione del contratto, con riferimento al quale non è mancato chi ha ipotizzato un cambio di paradigma nella tutela del cliente bancario, scorgendo l'ombra del paternalismo<sup>111</sup>. Da un lato, però, tale obbligo come si dirà (v. *infra*, cap. III, par. 4.1.) non sussiste, dall'altro esso avrebbe comunque una *ratio* antipaternalistica.

La migliore dottrina, infatti, ha evidenziato la natura duale della dir. 2014/17, che impone al finanziatore una serie di condotte di assistenza dalla natura bicefala, volte da un lato a proteggere il mutuatario, dall'altro lato a regolare il mercato per fini di interesse generale<sup>112</sup>. Così, la valutazione del merito creditizio (art. 18) è seguita senza ritardo dalla fornitura di informazioni personalizzate (art. 14) e di spiegazioni adeguate (art. 16); dunque, pur se nell'ambito di una libertà contrattuale «*disqualifièè*», si può parlare più di un *droit directeur* che di un *droit protecteur*<sup>113</sup>.

---

<sup>108</sup> E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e alla ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 72 ss. evidenzia che il settore bancario e alcuni Stati membri hanno espressamente richiesto che permanesse in capo al consumatore la responsabilità della decisione finale di conclusione del contratto di credito, onde evitare automatici addebiti di responsabilità in capo all'intermediario in caso di finanziamento insostenibile.

<sup>109</sup> Non è mancato chi, forzando il dato testuale della direttiva, abbia configurato in capo all'intermediario un obbligo di astensione dalla concessione di finanziamenti insostenibili per il debitore: A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla consulenza nell'erogazione del credito?* in A.A. V.V., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti*, Torino, 2010, p. 29 ss.

<sup>110</sup> R. NATOLI, cit., pp. 150-163; E. PELLECCIA, cit., pp. 91 ss.

<sup>111</sup> O. CHEREDNYCHENKO, *Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?* in *Eur. rev. cont. law*, 2014, 3, vol 10, p. 412, parla di *hard paternalism*.

<sup>112</sup> S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE*, cit., p. 528 ss. Si veda il considerando n. 15, per il quale l'obiettivo della direttiva del 2014 è garantire un elevato livello di protezione dei consumatori che sottoscrivano contratti di credito relativi a beni immobili; nonché il considerando n. 3, per il quale «*la crisi finanziaria ha dimostrato che un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, [...] e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico*».

<sup>113</sup> S. PAGLIANTINI, op. ult. cit., *ibidem*.

Anche gli obblighi di informazione previsti dagli artt. 5, dir. 2008/48 e 14, dir. 2014/17 mirano a contemperare l'interesse generale del mercato e la protezione dei clienti; sia la fornitura del modulo con le «*Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori*», sia la fornitura del «*Prospetto Informativo Europeo Standardizzato*» svolgono non solo la funzione di permettere al consumatore una decisione consapevole e informata, ma anche di promuovere la concorrenza nel mercato tramite una migliore comparazione dei prezzi<sup>114</sup>.

Non vi è dubbio che un obbligo di astensione dall'erogazione del credito risponderrebbe anche ad un principio di *responsible lending*<sup>115</sup>, dato il nesso tra la scorretta valutazione delle capacità economiche del cliente e il sovraindebitamento; tuttavia la crisi ha dimostrato che una scorretta valutazione della solvibilità del debitore può mettere a repentaglio la stabilità del sistema finanziario, data la prassi degli intermediari di cartolarizzare i crediti e cederli a terzi, sicchè la valutazione di cui all'art. 120 *undecies* di fatto tutela interessi generali riferibili al mercato.

Ciò equivale a dire che, nei mercati regolati, i contratti producono effetti (non giuridici, *ex art.* 1372 c.c., ma) empirici sui terzi: si pensi alla concessione irresponsabile del credito, poi cartolarizzato, o alla promozione di prodotti finanziari rischiosi, acquistati in massa a causa di comportamenti gregari<sup>116</sup>. La circostanza che la valutazione di sostenibilità del prestito trascenda l'interesse del singolo consumatore è confermata dal fatto che, nella disciplina in esame, si intrecciano tutela civilistica e vigilanza bancaria, il che impone un approccio interpretativo coerente con la pluralità degli interessi protetti<sup>117</sup>: ed infatti l'art. 144 t.u.b., a differenza di quanto previsto per il credito al consumo, punisce con sanzioni amministrative la violazione dell'art. 120 *undecies* t.u.b.

Quanto detto vale anche per la contrattazione relativa ai servizi di investimento: la diffusione di strumenti finanziari complessi e la crescente interconnessione tra i diversi segmenti del mercato, in pratica, rende impossibile scindere la tutela dell'investitore da

---

<sup>114</sup> G. COMPARATO, I. DOMURATH, *Financialisation and its Implications for Private Autonomy in Consumer Credit Law*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, 1, p. 237.

<sup>115</sup> Sul tema v. in generale V. MAK, *What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands*, in *Jour. cons. pol.*, 2015, pp. 411-429; U. REIFNER, *Responsible Credit in European Law*, in *Italian Law Journal*, 2018, 2, vol. 4, pp. 421-448.

<sup>116</sup> Sull'argomento v. H. W. MICKLITZ, *Herd behaviour and Third Party Impact as a Legal Concept: On Tulips, Pyramid Games, and Asset-backed Securities*, in S. GRUNDMANN, F. MOSLEIN, K. RIESENHUBER, *Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford publishing, Oxford, 2015, p. 106 ss.

<sup>117</sup> S. TOMMASI, *cit.*, p. 90

quella dell'integrità del sistema<sup>118</sup>, la cui *ratio* corrisponderebbe al principio *Harm to others* di origine milliana e non ad una forma di paternalismo<sup>119</sup>.

4.1. *L'inclusione finanziaria come conseguenza della garanzia dell'autonomia privata.*

In definitiva non si può parlare di paternalismo con riferimento alla regolazione dei servizi bancari: semmai è l'uso del termine paternalismo ad avere subito un'eterogenesi dei fini. Da un lato, in capo ai consumatori difettano i presupposti della razionalità e, talvolta, della libertà da pressioni coercitive; dall'altro lato la protezione di questi ultimi è un riflesso della tutela della stabilità del sistema finanziario<sup>120</sup>.

Con riferimento alla normativa dei servizi finanziari, dei trasporti, delle telecomunicazioni ed energia si è parlato di autonomia «regolata», intendendo la regolazione uno strumento atto a funzionalizzare l'autonomia privata verso l'obiettivo di *policy* del regolatore<sup>121</sup>, cioè far sì che i consumatori accedano al mercato unico e, muniti degli strumenti giuridici idonei a tutelare la propria pretesa, usufruiscano di una maggiore disponibilità di beni e servizi, realizzando la c.d. “*access justice*”<sup>122</sup>.

Così, ai sensi dell'art. 36 della Carta dir. UE, tutti i consumatori devono usufruire dei servizi di interesse economico generale; corollario di tale norma è con l'art. 16 della dir. 2014/92/UE, che prevede un diritto di tutti i consumatori all'accesso al conto di pagamento e un corrispondente obbligo di servizio universale in capo alle imprese. L'accesso ai beni e servizi, inoltre, deve avvenire senza discriminazioni etniche, razziali o di nazionalità, ai sensi degli artt. 3, comma 1, lett. h) dir. 2000/43 e 44 t.u. dlgs 286/1998: nella società multiculturale, il contratto può essere funzionale al mercato in quanto sia

---

<sup>118</sup> A. PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, p. 33.

<sup>119</sup> Anche chi evidenzia l'inscindibilità delle due tutele poi si contraddice, ritenendo che la normativa successiva alla crisi finanziaria avrebbe impresso un'impronta paternalistica alla tutela del cliente nei servizi di investimento: in tal senso A. PERRONE, *Servizi di investimento e tutela dell'investitore*, cit., p. 6.

<sup>120</sup> Ciò è confermato dal fatto che, tra gli obiettivi della vigilanza delle autorità indipendenti, di cui agli artt. 5, 127 t.u.b. e 5, t.u.f., si sovrappongono tutela dei clienti e degli investitori e tutela della stabilità del sistema: in tal senso R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”*, cit., p. 66.

<sup>121</sup> G. COMPARATO, op. ult. cit., pp. 7-8. Del resto, né il mercato né la concorrenza perfetta esistono in *rerum natura*, ma sono il frutto della regolazione del diritto. Sull'argomento v. N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, ed. II, Laterza, Roma, 2004, passim, spec. pp. 1-50.

<sup>122</sup> H. MICKLITZ, *Social justice and Access Justice in Private Law*, pp. 22-23.

uno strumento inclusivo, cui possono accedere il maggior numero di persone indipendentemente dalle qualità personali<sup>123</sup>.

Il divieto di discriminazione non si traduce, però, in un diniego dell'autonomia privata: in un dibattito animato da ideologiche prese di posizione in favore dell'autonomia privata o dei diritti fondamentali, è più saggio riferirsi alla lettera della legge e a ragioni logiche, che indicano che il divieto non si applica alle dichiarazioni individualizzate.

Tale limite, già contenuto nell'art. 43, comma 2, lett. b), d.lgs. 286/1998, è stato ribadito dall'art. 3, comma 1, dir. 2000/43, in tutte le versioni linguistiche, e solo per una mera dimenticanza non è stato inserito nella versione italiana della direttiva. Ciò è confermato dai Principles of the Existing EC Contract Law dell'Acquis Group, aventi lo scopo di fornire una base per l'interpretazione del diritto europeo (art. 1:101, comma 3), i quali indicano all'art. 3:201, comma 1 che il divieto di discriminazione è limitato all'offerta di beni e servizi al pubblico. Anche l'art. 3, comma 1, dir. 2004/113/CE in materia di discriminazioni basate sul sesso, specifica che il divieto non si applica ai beni e servizi offerti nell'ambito della vita privata e familiare. Tale esclusione, che va coordinata con il previo riferimento ai beni e servizi offerti al pubblico, indica due ambiti separati, che comprendono l'uno le dichiarazioni individualizzate, l'altro la materia testamentaria e i negozi familiari; la dottrina contestata, invece, legge tale disposizione come un'endiade, riferendola solo ai negozi posti in essere nella vita familiare. L'essenza del concetto di discriminazione diretta, inoltre, pur non risiedendo in una disparità di trattamento *reale*, postula comunque un giudizio di comparazione ipotetico<sup>124</sup>. Mentre nell'offerta al pubblico o nell'offerta priva degli elementi essenziali, valevole come invito ad offrire, vi è una regola preesistente comune agli oblati o ai clienti alla quale fare riferimento, così non è nel caso di dichiarazioni individualizzate. Ciò rende impossibile, dunque, formulare un giudizio ipotetico sul contenuto del contratto che sarebbe stato stipulato se il contraente fosse stato privo di una determinata qualità personale<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 29.

<sup>124</sup> Così L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 248 che richiama l'art. 2, comma 1, lett. a), dir. 2000/43, per la quale ricorre discriminazione diretta in presenza di un trattamento peggiore di quello praticato o che *sarebbe* stato praticato a una persona priva del fattore di rischio in una situazione analoga; nello stesso senso D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 69.

<sup>125</sup> In tal senso A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, cit., pp. 221-223. Nel senso sostenuto nel testo, in giurisprudenza, cfr. CASS., 20 Luglio 2018, n. 19443, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com): «E' dubbio, quindi, specularmente, se invece rientrano nella tutela della libertà di manifestazione del pensiero le mere dichiarazioni, che non presentino almeno le caratteristiche di un'offerta al pubblico (cfr. art. 1336 c.c.)».

Data la mancanza di una regola preesistente, anche incompleta, sarebbe poi impossibile un intervento giudiziale che integri, rettifichi il contratto o ne produca gli effetti con sentenza costitutiva. In mancanza di condizioni generali di contratto cui fare riferimento, infatti, qualunque integrazione o sentenza costitutiva sarebbe arbitraria<sup>126</sup>.

Il concetto di discriminazione indiretta, peraltro, richiede espressamente la precostituzione di una regola, di un criterio o di una prassi applicata indistintamente a molteplici fattispecie, presupponendo implicitamente una contrattazione seriale tramite condizioni generali. Non vale obiettare che il divieto di discriminazione non richiede parità di trattamento, e che quindi è possibile la discriminazione anche nelle dichiarazioni individualizzate, dato che la discriminazione è un concetto ontologicamente relazionale<sup>127</sup>. Tale conclusione, peraltro, non implica alcun *vulnus* di tutela per i clienti delle banche, posto che queste ultime negoziano proprio con offerte al pubblico o inviti ad offrire.

Nel diritto europeo, dunque, l'autonomia privata è garantita nei suoi presupposti di esercizio effettivo da obblighi a contrarre, da divieti di discriminazione, da obblighi informativi e di assistenza, funzionali all'espansione dell'autonomia negoziale dei clienti<sup>128</sup>. Gli obblighi imposti agli intermediari sono funzionali all'inclusione finanziaria di un maggior numero di soggetti e non sono semplici limiti all'autonomia privata.

Non a caso, per la migliore dottrina l'obbligo a contrarre non è un mero dovere legale: mentre il dovere legale si esaurisce in un limite alla sfera di autonomia dell'imprenditore, la costruzione di un'obbligazione, con correlativo diritto dell'utente, evidenzia l'interesse del singolo all'esercizio (con correlativa espansione) della propria autonomia privata<sup>129</sup>. L'imposizione di un obbligo di contrarre in materia di conti di

---

<sup>126</sup> Di tale aspetto sembra consapevole L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 303, il quale però ritiene contrario all'interpretazione letterale e sistematica della legge una limitazione del divieto di discriminazione ai beni e servizi offerti al pubblico.

<sup>127</sup> L. SITZIA, op. ult. cit., p. 69.

<sup>128</sup> Si tratta di una contraddizione solo apparente, come spiega V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 48, per il quale gli interventi pubblici che, nell'interesse delle categorie sociali deboli, limitano la libertà contrattuale dei contraenti forti, rimediano alle sostanziali limitazioni di libertà che questi ultimi impongono di fatto ai contraenti deboli: «quelle che sono restrizioni di libertà a carico di contraenti forti determinano un recupero di libertà, a favore dei contraenti deboli».

<sup>129</sup> P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 56. Dalla differenza qualitativa tra intervento sostitutivo nella costituzione del rapporto e limiti all'autonomia privata (come quello di cui all'art. 1339 c.c.) l'A. trae il corollario secondo il quale l'obbligo a contrarre può configurarsi al di fuori dei casi previsti dalla legge, applicando analogicamente l'art. 2597 c.c. alle ipotesi di monopolio di fatto: ID., op. ult. cit., pp. 129-135. Favorevoli all'applicazione analogica, tra gli altri, L. NIVARRA,

pagamento è una conseguenza della valutazione di essenzialità di tale servizio per soddisfare il fine dell'inclusione finanziaria<sup>130</sup>. Lo stesso vale per l'imposizione di un canone ragionevole: anche la determinazione autoritativa del (modo in cui è determinato) il corrispettivo mira a rendere accessibile un servizio a soggetti che sarebbero esclusi, se il professionista potesse determinarne liberamente le condizioni del contratto<sup>131</sup>.

Il modello dell'*access justice*, però, non è sufficiente per assicurare l'inclusione finanziaria degli immigrati, non solo perché è focalizzato principalmente sull'accesso al mercato tramite la rimozione delle discriminazioni, ma soprattutto perché si basa sul paradigma del consumatore medio europeo.

##### 5. Le peculiarità dell'esclusione finanziaria degli immigrati.

Il diritto europeo dei contratti, anche nell'interpretazione della giurisprudenza, non ha come riferimento l'uomo o la donna di colore che devono pagare di più per un auto rispetto ad un bianco<sup>132</sup>, bensì il consueto paradigma del consumatore informato, coscienzioso e razionale, che si muove all'interno del mercato unico europeo per coglierne le opportunità<sup>133</sup>.

Ed infatti, per gli artt. 5, par. 2, lett. b) e 6, par. 1, dir. 2005/29, la scorrettezza delle pratiche commerciali dipende dalla loro idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore *medio*; il consumatore con capacità inferiori alla media, pertanto, rischia di rimanere privo di tutela contro pratiche commerciali che ne falsino le

---

*L'obbligo a contrarre e il mercato*, Cedam, Padova, 1989, pp. 88-101; ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio. Art. 2597 c.c.*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 31 ss; C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Torino, 2004, *passim*. Contrario all'applicazione analogica è C. M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, ed. III, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 182-183, poiché la situazione di monopolio di fatto non è comparabile con quella di monopolio di diritto e non comporterebbe l'obbligo di approvvigionamento del mercato gravante su chi ha il privilegio giuridico dell'esclusiva.

<sup>130</sup> V. P. BARCELLONA, cit., p. 91, con riferimento all'imposizione di qualsiasi obbligo a contrarre.

<sup>131</sup> V. P. BARCELLONA, op. ult. cit., pp. 140-141; nello stesso senso v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., pp. 15 ss.

<sup>132</sup> L. AYRES, *Fair driving: gender and race discrimination in retail car negotiations*, in *Harv. Law Rev.*, 1991, 104, 4, p. 817 ss.

<sup>133</sup> H. MICKLITZ, *Social justice and Access Justice in Private Law*, cit., p. 21. Sul concetto di consumatore v. in generale G. ALPA, *Consumatore*, in *Contr. Impr.*, 1987, pp. 313-324.

decisioni di consumo<sup>134</sup>. Nonostante introduca il concetto di consumatore vulnerabile, l'art. 5, par. 3, della direttiva, considera fattori di vulnerabilità solo l'età, l'infermità e l'ingenuità, per cui non è chiaro se possano essere considerati vulnerabili consumatori con diversità linguistiche, religiose ed etniche<sup>135</sup>.

Al di fuori della materia delle pratiche commerciali scorrette il riferimento della giurisprudenza della Corte di giustizia è solo il consumatore medio: il requisito di chiarezza e comprensibilità delle clausole dei contratti *b2c*, di cui all'art. 4, dir. 93/13/Ce, è soddisfatto quando le stesse sono grammaticalmente chiare e permettono al *consumatore medio, informato e circospetto*, di comprendere tutte le conseguenze economiche implicate dal contratto<sup>136</sup>. Tale circostanza rileva soprattutto per quanto riguarda il rischio linguistico degli immigrati (v. *infra*, cap. II).

Com'è noto, il paradigma del consumatore razionale ha suscitato ampie critiche in dottrina e negli studiosi di economia comportamentale, concordi nell'affermare l'irrealisticità di tali assunzioni, ampiamente falsificate dalla recente crisi finanziaria<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr./Eur.*, 2007, 2, p. 735. Ai sensi dell'art. 5, par. 2, lett. b) una pratica commerciale è sleale «*se falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico [...] del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori*». A favore del concetto di consumatore medio è invece N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2012, pp. 74-79, poichè la tutela del soggetto medio, cumulata con la tutela del consumatore vulnerabile, riuscirebbe a garantire un elevato livello di protezione.

<sup>135</sup> C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, cit., p. 756. La Corte di giustizia ha temperato l'astrattezza della figura di consumatore medio; da un lato ha giudicato con rigore pratiche commerciali aventi ad oggetto beni di largo consumo, in quanto il consumatore medio non specializzato, per il basso prezzo, procederebbe all'acquisto senza un'adeguata ponderazione; dall'altro ha giudicato scorrette pratiche che abusavano della vulnerabilità di determinati soggetti – obesi e bambini – seppure non offensive per il consumatore medio. V. N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., pp. 1-79.

<sup>136</sup> CGUE, 30 Aprile 2014, C-26/13, *Kásler and Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt.*, par. 74, in <http://curia.europa.eu>; CGUE, 20 Settembre 2017, C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc e altri c Banca Românească SA*, ivi; in dottrina, nota un tendenziale allargamento del sindacato di vessatorietà, anche oltre il limite di cui all'art. 4, dir. 93/13, M. DELLACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 6, pp. 324-338; in favore di un controllo di abusività sulla perequazione tra corrispettivo e beni o servizi scambiati M. W. HESSELINK, *Unfair Prices in the Common European Sales Law*, November 2014, in S. VOGENAUER, L. GULLIFER (eds.), *English and European perspectives on contract and commercial law: essays in honour of Hugh Beale*, Oxford, Hart publishing, 2014, p. 225 ss.

<sup>137</sup> Su tutti C. E. SCHNEIDER, O. BEN-SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, in *159 U. Pa. L. Rev.* 647, 2011, pp. 649-749; nella dottrina italiana v. R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 22-24, 49-53.

Il riferimento a tale caricatura del consumatore reale – che invece è disinformato, eccessivamente confidente nelle proprie capacità e incapace di processare molte informazioni – non è privo di conseguenze sull'esclusione finanziaria degli immigrati: ed infatti nel diritto europeo non solo l'adeguatezza delle pratiche commerciali, ma anche degli obblighi di informazione posti in capo ai professionisti è parametrata alle caratteristiche del consumatore medio europeo, mentre gli immigrati che accedono ai servizi finanziari presentano profili di vulnerabilità ulteriori.

L'eccessiva standardizzazione degli obblighi informativi previsti dalle direttive europee, confermata dalla direttiva 2011/83/UE, riduce l'obbligo informativo alla mera consegna di un modulo con le informazioni legalmente previste, come dispone espressamente l'art. 5, dir. 2008/48/UE, lasciando fuori ogni apprezzamento dell'adeguatezza del comportamento del professionista nei confronti di *quel* consumatore<sup>138</sup>. L'idoneità dell'informazione, in altri termini, è misurata non in rapporto al tasso di dati adeguato ad assicurare una scelta consapevole a *quel* consumatore, ma ad un parametro uniforme del quale può chiedersi il rispetto ad ogni professionista<sup>139</sup>.

Ciò sembra emergere in alcune pronunce dell'A.B.F.<sup>140</sup>, nelle quali l'adempimento degli obblighi informativi *standard* crea una presunzione di consenso informato del

---

<sup>138</sup> Così R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, p. 325. Per l'A. l'esito è paradossale se si considera che scopo dell'informazione dovrebbe essere soprattutto nei servizi di credito la formazione di una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto, che, in pratica, dovrebbe essere un processo concreto e personale. In senso analogo v. S. PAGLIANTINI, *Il credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit., pp. 105-106.

<sup>139</sup> R. ALESSI, op. ult. cit., p. 326.

<sup>140</sup> V. A.B.F., Collegio di Milano, 17 Febbraio 2012, n. 537 in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it). Nella fattispecie, degli immigrati di nazionalità romena eccepivano ex art. 1418 c.c. la nullità di un contratto derivato a copertura del rischio di variazione del tasso di interesse di un finanziamento, in quanto non adeguatamente informati dall'intermediario, anche a causa del difetto di comprensione della lingua italiana. Il Collegio, rigettando il ricorso, si limita a rilevare l'avvenuta sottoscrizione della documentazione (il contratto quadro per le operazioni su strumenti finanziari derivati e il documento sulla natura e i rischi degli strumenti finanziari derivati), dalla quale risulta il corretto espletamento degli obblighi di comportamento previsti dalla legge. V. R. ALESSI, cit., p. 327, per la quale nemmeno la disciplina dei servizi di investimento è esente dal vizio della standardizzazione. Ed infatti, secondo la disciplina MiFid I, l'intermediario doveva fornire ai suoi interlocutori tutte le informazioni necessarie cosicché essi potessero comprendere la natura del servizio di investimento, il tipo di strumento finanziario che veniva loro proposto e i rischi connessi e, di conseguenza, potessero prendere una decisione di investimento con cognizione di causa. Ma anche a questo riguardo si consentiva, ex art. 19, § 3, dir. 2004/39, che tali informazioni fossero fornite in formato standardizzato, pur con le precauzioni e i limiti di cui all'art. 3 della direttiva 2006/73, ma solo nel caso in cui non si trattasse di informazione versata in supporto cartaceo. Tale scelta, peraltro, è stata confermata



cliente, che impedisce a soggetti immigrati, con una scarsa conoscenza della lingua italiana, di far valere una responsabilità, anche risarcitoria, dell'intermediario<sup>141</sup>.

Ed infatti, il t.u.b. non impone un obbligo di traduzione delle condizioni generali di contratto o dei documenti informativi nella lingua dell'altro contraente, diversamente dagli obblighi traduzione previsti agli artt. 122 c.p.c. e 143 c.p.p. nell'ambito del processo civile e penale<sup>142</sup>. Occorrerebbe, tuttavia, un'informazione personalizzata per agevolare soggetti come gli immigrati, che spesso non padroneggiano la lingua<sup>143</sup> nella quale sono redatte le informative precontrattuali o i testi dei contratti bancari.

In definitiva, sul cliente immigrato graverebbe il rischio linguistico, cioè il rischio di dover sopportare le conseguenze negative derivanti dalla mancata o errata comprensione della dichiarazione di volontà a causa della lingua<sup>144</sup>. Come dimostrano

---

dall'art. 24, dir. 2014/65/UE (c.d. MiFID II). Per un commento alla MiFID II v. A. PERRONE, *Servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2019, 1, pp. 1-16.

<sup>141</sup> V. O. BEN-SHAHAR, O. B. GILL, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*, in *50 Common Market Law Review* 109, 2013, p. 118 «*This kind of mandated disclosure could be costly and harmful. It is costly because it compounds the transactions costs with extra forms, signatures, clicks, and much ceremony. It is harmful because it creates a presumption of "informed consent" that weakens the effect of other protections. When a term is disclosed, it is no longer "hidden". If courts are willing to strike ridde one-sided terms, they might hold back if consumers are presumed to be fully aware. For example, "written disclosure requirements, without other protections, can have the unintended effect of insulating predatory lenders where fraud or deception may have occurred*».

<sup>142</sup> L'Art. 122, comma 2, c.p.c. dispone che «Quando deve essere sentito chi non conosce la lingua italiana, il giudice può nominare un interprete»; l'art. 137 c.p.p. prevede che «L'imputato che non conosce la lingua italiana ha diritto di farsi assistere gratuitamente [...] da un interprete al fine di potere comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti cui partecipa. Ha altresì diritto all'assistenza gratuita di un interprete per le comunicazioni con il difensore prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria [...] (comma 1). Negli stessi casi l'autorità procedente dispone la traduzione scritta [...] dell'informazione di garanzia, dell'informazione sul diritto di difesa, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna (comma 2)».

<sup>143</sup> In base ad alcuni dati raccolti tramite *focus group* e interviste ad immigrati, al di là del profilo economico del richiedente o delle oggettive condizioni di mercato, l'accesso al credito sarebbe ostacolato da una minore conoscenza del contesto italiano e soprattutto dalle difficoltà con la lingua italiana: «*Inclusione Finanziaria e Mercato del Migrant Banking*». *Aspetti e criticità del mercato, esperienze nazionali e internazionali, proposte di sviluppo*, p. 7, in [www.programmainteгра.it](http://www.programmainteгра.it); con riferimento al contesto inglese, v. S. HIRSCHLER, *Migrants and financial inclusion*, in [www.ecosocdoc.be](http://www.ecosocdoc.be).

<sup>144</sup> Sul rischio linguistico nel diritto privato v. D. MEMMO, *La lingua nel diritto. Il rischio linguistico nella dichiarazione contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1985, 2, pp. 475-493; ID., *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, Cedam, Padova, 1990, pp. 29-30, spec. pp. 73-148; ID., *Cittadini e stranieri nel diritto privato della modernità*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 163 ss.; C. CICALA, *Lingua straniera e testo contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 15-182. Più in generale v. L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 145-150; V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Zatti-Iudica*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 187-188.

studi empirici, gli immigrati con difficoltà linguistiche hanno maggiori difficoltà ad integrarsi rispetto agli immigrati che parlano la lingua del luogo; ciò comporta una minore *price sensitive* e maggiori prezzi corrisposti per l'acquisto di beni come un'abitazione<sup>145</sup>.

La mancanza di obblighi di traduzione nella lingua degli immigrati rende necessario individuare degli adeguati strumenti di tutela, per evitare che le difficoltà linguistiche vengano sfruttate dagli intermediari per porre in essere pratiche di *predatory lending*. Emblematica è la vicenda dei mutui *subprime* statunitensi, fonte della crisi finanziaria del 2008: secondo alcune commissioni di inchiesta i soggetti che stipularono mutui *subprime* erano prevalentemente afro americani o ispanici, con limitata conoscenza della lingua inglese, spinti a sottoscrivere contratti in tale lingua a condizioni peggiori rispetto a quelle pattuite nelle trattative, svoltesi, invece, nella loro lingua madre<sup>146</sup>.

Mentre la giurisprudenza statunitense ha trattato espressamente di questioni attinenti alla tutela di clienti stranieri nei confronti delle banche (v. *infra*, cap. II), la questione della diversità linguistica del consumatore è sostanzialmente sconosciuta alla giurisprudenza italiana.

In definitiva, è necessario il superamento del modello dell'*access justice*, che, pur rimuovendo le discriminazioni nell'accesso ai beni o servizi, si basa ancora sulla figura del consumatore medio. L'obsolescenza del paradigma di consumatore medio è già stata evidenziata in una Risoluzione del Parlamento Europeo, che ha sottolineato l'incapacità delle direttive consumeristiche di tenere conto delle vulnerabilità sociali, economiche e della scarsa alfabetizzazione di alcuni consumatori, essendo necessario invece introdurre misure a tutela dei consumatori vulnerabili in settori a rischio come quello finanziario<sup>147</sup>.

---

<sup>145</sup> A. M. FISCHER, *Immigrant Language Barriers and House Prices*, in *Federal Reserve Bank of Dallas Globalization and Monetary Policy Institute Working Paper No. 97*, <https://www.dallasfed.org/~/media/documents/institute/wpapers/2011/0097.pdf>, pp. 1-32.

<sup>146</sup> NATIONAL COMMISSION ON THE CAUSES OF THE FINANCIAL AND ECONOMIC CRISIS IN THE UNITED STATES, *The Financial Crisis Inquiry Report*, 2011, p. 109. Sul *predatory lending* v. in generale K. C. ENGEL, P. A. MCCOY, *Predatory Lending and Community Development at Loggerheads*, cit., pp. 3-41; K. C. ENGEL, P. A. MCCOY, "A Tale of Three Markets: The Law and Economics of Predatory Lending", cit., pp. 1280-1294; C. W. CALORIMIS, C. M. KAHN, S. D. LONGHOFER, *Housing-Finance Intervention and Private Incentives: Helping Minorities and the Poor*, in *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 26, No. 3, Part 2: *Federal Credit, Theory, Evidence, and History* (Aug., 1994), pp. 634-674.

<sup>147</sup> Risoluzione del Parlamento Europeo del 22 Maggio 2012 su una strategia per rafforzare i diritti dei consumatori vulnerabili (2011/2272 (INI)), p. 3 ss., in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:52012IP0209>.

Il diritto europeo dei contratti, invero, si preoccupa solo di eliminare le asimmetrie informative, presupponendo che il consumatore sia debole solo perché non conosce il regolamento contrattuale e le caratteristiche del bene o servizio; tale impostazione, che esclude altre “debolezze”, non regge alla prova dei fatti, potendosi distinguere tra il consumatore in generale, vulnerabile per asimmetrie informative, e il consumatore svantaggiato anche per motivi linguistici, di scarsa alfabetizzazione ed economici<sup>148</sup>.

L’insensibilità alle peculiari condizioni di debolezza economica del debitore, del resto, è una caratteristica del rapporto obbligatorio delineato dalla dottrina, imponendosi l’esecuzione della prestazione anche in caso di impotenza finanziaria (v. *infra*, cap. III, par. 5).

Da quanto esposto consegue la necessità di superare un approccio basato sulla standardizzazione degli obblighi informativi, individuando una possibile soluzione ai problemi citati negli obblighi di assistenza presenti nel t.u.b. e, più in generale, nella capacità espansiva del principio di buona fede, fonte di integrazione del contratto. Come si tenterà di dimostrare, da alcuni indici normativi si evince la codificazione della figura del consumatore “vulnerabile” nei servizi bancari. Le disposizioni del t.u.b. che introducono elementi di “personalizzazione” del rapporto negoziale obbligano gli intermediari a tenere conto delle diverse basi linguistiche e cognitive dei consumatori<sup>149</sup>, garantendo nei loro confronti un *surplus* di tutela che colmi lo iato tra la tutela *standard* del consumatore medio e quella del consumatore vulnerabile; alcune disposizioni, inoltre, impongono una condotta maggiormente cooperativa in presenza di una vulnerabilità economica del consumatore.

#### 6. Il principio di effettività della tutela: oltre il consumatore medio.

---

<sup>148</sup> Si veda il rapporto della Conferenza delle Nazioni Unite sul Commercio e lo Sviluppo: UNCTAD, *Working Group on Vulnerable and Disadvantaged Consumers*, 2018, p. 9. Sulla *ratio* della tutela del consumatore v. A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 374: «Il consumatore in definitiva è debole perché non sa, e questa sua ignoranza spazia dai contenuti dell’affare di cui il contratto è veste giuridica (nel duplice loro senso economico: caratteristiche del bene o servizio [...] contenuto del regolamento contrattuale [...]) alle modalità anche procedurali con cui egli è chiamato ad esprimere la propria volontà di concluderlo». Cfr. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 4, p. 769 ss.

<sup>149</sup> Cfr. S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, cit., p. 106, per il quale nel diritto dei consumatori il consumatore rileva non in quanto persona, dotata di individualità e caratteristiche proprie, ma in quanto figura asettica, membro di una categoria anonima che sceglie tra i diversi prodotti sul mercato.

Una tappa nel percorso di superamento della tutela standardizzata, incentrata sul consumatore razionale, è rappresentata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Quello che emerge è il superamento dell'idea, destituita di fondamento, del consumatore quale soggetto sempre in grado di esercitare da sé i propri diritti, e la consapevolezza della necessità di surrogare con un intervento esterno l'inerzia dei consumatori più vulnerabili, come gli immigrati, scarsamente consapevoli dei propri diritti. Il discorso si inserisce nella c.d. "costituzionalizzazione" del diritto europeo, che attraverso il principio di effettività della tutela, di cui all'art. 47 Carta dir. Ue, ha contribuito all'innalzamento della tutela dei consumatori. Si tratta di un diritto di "secondo grado: l'art. 47 richiede che un diritto sia già attribuito da una direttiva, ed entra in gioco quando le disposizioni nazionali di attuazione del diritto europeo non assicurino una tutela effettiva, imponendone una interpretazione conforme all'art. 47, in alcuni casi in combinato con l'art. 38 Carta dir. Ue<sup>150</sup>.

L'ampiezza riconosciuta dalla Corte di giustizia al principio di effettività comporta, di fatto, una corrispondente limitazione della autonomia degli Stati membri. Se, in linea di principio, spetta a questi ultimi stabilire la competenza degli organi giurisdizionali e le modalità procedurali delle azioni a tutela dei diritti dei consumatori, la specificità di tali regole non deve tradursi in una privazione dei loro diritti. Secondo il "test" inaugurato nei casi *Comet* e *Rewe*<sup>151</sup>, ciò avviene quando i rimedi nazionali o le regole procedurali rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti previsti dal diritto dell'Unione europea<sup>152</sup>.

In dottrina si parla di un "hybridization approach" della Corte, la quale combina l'autonomia procedurale degli Stati membri con il test di effettività: se risulta che le regole procedurali nazionali non assicurano un livello adeguato di effettività, esse devono essere modificate per conformarsi allo standard europeo<sup>153</sup>. La sensazione, tuttavia, è che tramite il principio di effettività la Corte di giustizia stia procedendo surrettiziamente ad

---

<sup>150</sup> Art. 38 Carta dir. Ue ("*Protezione dei consumatori*"): «Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori».

<sup>151</sup> CGCE, 16 Dicembre 1976, C-33/76, *Rewe Central Finanz*, e CGCE, 16 Dicembre 1976, C-45/76, *Comet*, in curia.europa.eu.

<sup>152</sup> Il secondo criterio guida per giudicare la conformità delle regole procedurali nazionali all'art. 47 Carta dir. UE è quello dell'equivalenza: l'esercizio dei diritti attribuiti da diritto europeo non deve soggiacere a preclusioni o regole procedurali più stringenti di quelle previste per i diritti attribuiti dall'ordinamento interno. Si tratta però di un criterio che più raramente conduce alla censura delle disposizioni nazionali.

<sup>153</sup> N. REICH, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2013, 2, p. 337 ss.

una armonizzazione delle regole di *enforcement* dei diritti dei consumatori<sup>154</sup>, invadendo l'autonomia procedurale degli Stati membri, anche in ambiti non direttamente oggetto di direttive, tanto che, nel caso della Spagna, si è resa necessaria una riforma di numerose norme del Codice di procedura civile<sup>155</sup>.

Il principio di effettività sottopone a scrutinio sia le garanzie procedurali che l'area dei rimedi privatistici. Quanto al primo ambito, si può notare, sin dalla sentenza *Oceano*<sup>156</sup>, una diffusa attenuazione del principio dispositivo, con l'imposizione di un obbligo di rilevare d'ufficio l'abusività delle clausole contrattuali nei contratti *b2c*<sup>157</sup>: la *ratio* è la presa di coscienza della scarsa conoscenza dei propri diritti da parte del

---

<sup>154</sup> In tal senso, v. S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 812; G. PALMA, *Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1151. Osserva in generale E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e Diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 86, che «l'affermazione della *Drittwirkung* non ha solo [...] l'effetto di potenziare il ruolo dell'interprete nell'elaborazione di nuove norme, ma anche e soprattutto l'effetto di incidere sulle competenze dell'Unione», e che «la *Drittwirkung*, associata al principio di effettività, ha creato [...] una connessione funzionale tra il diritto dell'Unione e il diritto degli Stati nazionali, tale da ascrivere al diritto di competenza dell'Unione le norme degli Stati nazionali finalizzate a garantire un apparato rimediabile ai diritti e alle finalità dell'UE [...] il cui effetto è [...] anche un'estensione della competenza dell'Unione sulle discipline rimediali degli Stati nazionali».

<sup>155</sup> A seguito della pronuncia *Aziz* (CGUE, 14 Marzo 2013, *Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya*, cit.) con la quale, in una controversia riguardante un immigrato di nazionalità marocchina, è stata censurata la normativa spagnola che non prevedeva la possibilità di sospendere l'esecuzione ipotecaria a causa dell'abusività di alcune clausole del contratto di mutuo, il legislatore spagnolo ha introdotto la *Ley 1/2013, "Medidas para reforzar la protecció de los deudores hipotecarios, reestructuració de deuda y alquiler social"*, che permette di sospendere l'esecuzione ipotecaria in caso di abusività di clausole contrattuali. Sulle misure adottate dal legislatore spagnolo v. P. GUTIERREZ DE CABIEDES, M. CANTERO GAMITO, *Country Report Spain*, in H. MICKLITZ, I. DOMURATH (a cura di), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, Ashgate, 2015, pp. 70-82; J. M. MOLINA, *Spanish Law in 2010-2012: The influence of European Union Law and the Impact of the Economic Crisis*, in *Journal of Civil Law Studies*, 2013, 1, vol. 6, pp. 426-434. Lo stesso è avvenuto in Ungheria a seguito della sentenza *Kaslér*: la Kuria (Corte Suprema ungherese), applicando i principi stabiliti dalla *Cgüe*, ha dichiarato l'abusività di clausole di mutui denominati in valuta estera, che al momento dell'acquisto dei fondi fissavano il tasso di cambio ufficiale ma permettevano alle banche di stabilire un tasso di cambio diverso al momento della restituzione. Ciò ha costretto il legislatore ad intervenire con le leggi DH 1 e DH2 del 2014, che, con riferimento ai contratti stipulati a partire dal 2004, prevedeva la nullità di tali clausole e la sostituzione imperativa con clausole fissate *ex lege*. V. M. JOZON, *Country Report Hungary*, in H. MICKLITZ, I. DOMURATH, cit., pp. 85-97.

<sup>156</sup> CGCE, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 a C-244/98, *Oceano Grupo c. Quintero*, par. 25-26, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu); v. *ex multis* CGUE, 4 Giugno 2009, C-243/08, *Pannon Gsm Zrt c. Sustiknè Gyorfí*, para. 35, *ibidem*; CGUE, 6 Ottobre 2009, C-40/08, *Asturcom c. Rodriguez*, par. 59, *ibidem*.

<sup>157</sup> Attenuazione che non equivale però al superamento del principio della domanda, poiché le nullità di protezione operano solo a vantaggio del consumatore. Come stabilito dalle Sezioni unite nel 2014, infatti, il giudice ha sempre l'obbligo di rilevare qualsiasi nullità, ma nel caso di nullità di protezione la relativa declaratoria è subordinata alla mancata opposizione del consumatore. V. CASS., SEZ. UN., 12 Dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit., commentata da F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite*, cit.

consumatore, il quale conseguentemente potrebbe potrebbe non esercitarli. Il principio di effettività, dunque, imponendo un'abbandono dell'idea del consumatore medio, informato e accorto, può contribuire all'inclusione ed alla tutela di consumatori, come gli immigrati, con una scarsa conoscenza dei propri diritti e degli obblighi gravanti sui professionisti.

Così, nel caso *Invitel*, la Corte ha stabilito che la dichiarazione di abusività di alcune clausole *ex art. 3, dir. 93/13/Ce*, utilizzate da un professionista – nella specie, una compagnia telefonica – nei contratti coi consumatori, non si limita a produrre effetti nella fattispecie concreta, ma i giudici nazionali devono attivarsi d'ufficio e dichiarare l'inefficacia di tali clausole anche nei confronti di altri consumatori cui il professionista applica tali clausole<sup>158</sup>. Si è poi riconosciuto il superamento di preclusioni processuali, ammettendo il rilievo d'ufficio delle nullità in sede esecutiva – anche dinanzi ad un titolo esecutivo definitivo – e la revisione di un giudicato causato dalla inerzia del consumatore<sup>159</sup>, determinando «un dovere pressochè illimitato del giudice nazionale di intervenire in soccorso della parte debole per supplire alla sua scarsa reattività processuale»<sup>160</sup>.

Per quanto riguarda i contratti di credito, nel caso *Radlinger* la Corte ha ritenuto il dovere dei giudici nazionali di rilevare d'ufficio, senza una previa domanda del consumatore, la violazione dei doveri informativi di cui all'art. 10, par. 2, dir. 2008/48/Ce. In questi casi viene in rilievo l'efficacia positiva del principio di effettività, che implica non solo la rimozione di ostacoli procedurali, ma addirittura la creazione di un rimedio – il rilievo d'ufficio – prima assente<sup>161</sup>, che viene ritenuto adeguato, *ex art. 23, dir. 2008/48/Ce*, a sanzionare l'inadempimento degli obblighi di *disclosure*.

La violazione degli obblighi informativi di cui all'art. 10, par. 2, della direttiva 2008/48, per la Corte di Giustizia, è rilevabile d'ufficio dal giudice nazionale, a prescindere da una domanda del consumatore, non solo perché il consumatore è un

---

<sup>158</sup> CGUE, 26 aprile 2012, C-472/10, *Hatóság c. Invitel*, in curia.europa.eu, commentata da N. REICH, cit., pp. 348-351.

<sup>159</sup> CGUE, 18 Febbraio 2016, C-49/14, *Finanmadrid EFC SA*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1143, con nota di G. PALMA, *Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore*, cit., 1147.

<sup>160</sup> G. PALMA, op. ult. cit., 1150.

<sup>161</sup> In tal senso, con riferimento alla sentenza *Radlinger*, v. F. BARTOLINI, *The Consumer-Debtor Dimension*, cit., p. 301. Per la Corte «le informazioni precedenti e concomitanti alla stipulazione di un contratto, relative alle condizioni contrattuali e alle conseguenze di detta stipulazione, rivestono per il consumatore un'importanza fondamentale. È segnatamente in base a tali informazioni che quest'ultimo decide se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista. Peraltro, esiste un rischio non trascurabile che, soprattutto per ignoranza, il consumatore non faccia valere la norma giuridica intesa a tutelarlo».

soggetto che non conosce i propri diritti, ma perché l'art. 23, dir. 2008/48, richiede sanzioni dissuasive per le violazioni delle disposizioni nazionali attuative della direttiva.

Nonostante alcuni commentatori abbiano definito paternalistico l'approccio della Corte, in spregio al principio di autonomia privata<sup>162</sup>, è evidente tale rilievo d'ufficio non solo sanziona anche la violazione di un interesse generale, come del resto quello della nullità nel diritto nazionale<sup>163</sup>, ma è coerente con il superamento dell'idea del consumatore come soggetto razionale, avveduto e circospetto.

La clausola generale di cui all'art. 23 fonda anche la pronuncia *Le Crédit Lyonnais SA*<sup>164</sup>, nella quale la Corte giudica contraria al diritto dell'Unione la normativa francese per la quale, in caso di violazione dell'obbligo di valutare la solvibilità del debitore, il creditore decade dal diritto agli interessi convenzionali ma beneficia degli interessi al tasso legale, qualora ciò crei un arricchimento rispetto all'ipotesi in cui egli abbia ottemperato a tale obbligo. Ed infatti, pur spettando agli Stati membri la predisposizione di sanzioni per le violazioni delle disposizioni nazionali attuative della direttiva (considerando 47 e art. 23), tali misure devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive. Nonostante non sia menzionato nella pronuncia, è evidente che il canone ermeneutico della Corte è rappresentato dal principio di effettività di cui all'art. 47 Carta dir. Ue., che, nella versione inglese, riferendosi alla garanzia di un rimedio effettivo, sembra comprendere, non solo la garanzia dell'accesso ad un procedimento giurisdizionale, ma altresì a rimedi di diritto privato idonei a restaurare la violazione del bene della vita<sup>165</sup>.

In definitiva, l'indirizzo adottato dalla Corte di giustizia, basandosi sull'interpretazione della normativa consumeristica conformemente al principio di effettività, ha comportato il superamento di un modello di tutela fondato su un

---

<sup>162</sup> F. BARTOLINI, *The Consumer-Debtor Dimension*, cit., p. 300.

<sup>163</sup> *Ex multis*, CASS., SEZ. UN., 12 Dicembre 2014, n. 26242, pp. 14-15, in [www.dirittocivilecontemporaneo.it](http://www.dirittocivilecontemporaneo.it), commentata da F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)* e di N. RIZZO, *Accertamento della nullità e azioni di impugnazione del contratto*.

<sup>164</sup> CGUE, 27 marzo 2014, C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais SA c. Kalhan*, in *Contr.*, 2014, 10, pp. 873-887, commentata da T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, ivi, e da T. DALLA MASSARA, *Obbligo del creditore di valutare la solvibilità del debitore: la Corte di Giustizia sulla sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali prevista nell'ordinamento francese*, in *Dir. civ. cont.*, 2014, 3, Ottobre/Dicembre.

<sup>165</sup> Così S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo di insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 4, p. 815; v. N. REICH, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2013, 2, p. 339.

consumatore “astratto”, prendendo come riferimento il c.d. consumatore “costituzionalizzato”<sup>166</sup>. L’indirizzo della Corte, però, non costituisce un dato isolato, inserendosi in un più ampio *trend* della normativa dei servizi bancari, come si dimostrerà nei capitoli seguenti.

---

<sup>166</sup> Tale definizione viene coniata da H. W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercantizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, pp. 879-888, ed è ripresa da E. BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il right to respect for the home ai sensi dell’art. 8 CEDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1, p. 81 ss.



## CAPITOLO II

### IL RISCHIO LINGUISTICO DEL CONSUMATORE STRANIERO

1. *Gli obblighi degli intermediari di fronte al rischio linguistico; indicazioni di behavioural law and economics.*

Il nostro ordinamento, salvo eccezioni, come quella prevista dalla legge notarile<sup>167</sup>, riconosce in generale ai privati la libertà di utilizzare qualsiasi lingua per manifestare la propria volontà negoziale; il fondamento di tale libertà risiede non solo nel principio di autonomia privata, ma anche nel principio costituzionale di eguaglianza senza distinzione di lingua e nella libertà di manifestazione del pensiero (artt. 3 e 21 Cost), difficilmente compatibili con prescrizioni di uso obbligatorio di una lingua nei rapporti privati<sup>168</sup>.

Siccome, però, il t.u.b. non contiene alcun obbligo di tradurre le condizioni generali di contratto o le informative precontrattuali nella lingua del consumatore, è evidente che l'immigrato dovrà subire la scelta linguistica dell'intermediario, dato che è quest'ultimo a predisporre unilateralmente il regolamento contrattuale; il rischio linguistico, dunque, riguarda soprattutto i contratti b2c, essendo difficile che nei contratti non unilateralmente predisposti una parte esprima una dichiarazione di volontà in una lingua a sé sconosciuta<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> La l. 16 Febbraio 1993, n. 89 (legge notarile) contiene una disciplina specifica dell'uso della lingua nell'atto pubblico. Ai sensi dell'art. 54, comma 1, gli atti notarili devono essere scritti in lingua italiana; l'atto può essere rogato in lingua straniera solo se le parti dichiarino di non conoscere la lingua italiana e se la lingua straniera è conosciuta dal notaio e dai testimoni (art. 54, comma 2). Se non il notaio non conosce la lingua straniera, l'atto deve essere scritto in lingua italiana, ma di fronte all'originale o in calce al medesimo dovrà porsi anche la traduzione in lingua straniera operata dall'interprete (art. 55, comma 4). L'uso della lingua straniera, dunque, è residuale: in base all'orientamento prevalente e restrittivo, è nullo l'atto notarile rogato in lingua straniera in mancanza della dichiarazione delle parti di non conoscere l'italiano, nonostante il notaio e i testimoni di fatto conoscano la lingua straniera. In tal senso C. CICALA, *Lingua straniera e testo contrattuale*, cit., pp. 90-96.

<sup>168</sup> D. MEMMO, *Cittadini e stranieri nel diritto privato della modernità*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 164; ID., *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, cit., p. 15; ID., *La lingua nel diritto. Il rischio linguistico nella dichiarazione contrattuale*, cit., pp. 476-477.

<sup>169</sup> Evidenza che il rischio linguistico è maggiore nei contratti conclusi mediante l'adesione a condizioni generali di contratto D. MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, cit., p. 128; ID., *La lingua nel diritto. Il rischio linguistico nella dichiarazione contrattuale*, cit., pp. 486-487. L'unilaterale predisposizione e la generalità e astrattezza del contenuto, applicabile a tutti i negozi posti in essere dall'impresa, ha fondato l'accostamento tra condizioni generali di contratto e fonti del diritto. V. M. COSTANZA, *Natura normativa delle condizioni generali di contratto*, in C. M. BIANCA (a cura di), *Le*

Come si evince dall'art. 127, comma 1-*bis* t.u.b., la traduzione dei contratti o dei documenti informativi in altra lingua è una mera facoltà dell'intermediario: tale disposizione, infatti, prevede che le informazioni del titolo sulla "Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti" (artt. 115 ss. t.u.b.) siano fornite a questi ultimi almeno in lingua italiana. Tale riferimento dovrebbe comprendere non solo i documenti informativi ma anche i contratti, la cui redazione per iscritto, disciplinata dall'art. 117 t.u.b. (collocato appunto nel titolo sulla trasparenza), ha notoriamente una funzione informativa<sup>170</sup>.

Per quanto riguarda i conti di pagamento, tale interpretazione è confermata dall'art. 4, par. 2, lett. d), dir. 2014/92 UE, il quale impone solo la redazione del documento informativo sulle spese del conto nella lingua ufficiale dello Stato membro in cui il conto è offerto, rimettendo all'accordo delle parti la traduzione in un'altra lingua.

Per comprendere l'orientamento sul punto del legislatore europeo, occorre allargare l'analisi alle altre disposizioni che regolano la questione linguistica, anche se non rientranti nell'oggetto del presente lavoro. L'art. 23, dir. 2016/97/UE<sup>171</sup> prevede che le informazioni relative all'intermediario assicurativo e ai conflitti di interesse siano redatte nella lingua ufficiale dello Stato membro in cui è situato il rischio o dello Stato membro dell'impegno o in un'altra lingua *concordata* dalle parti. L'art. 6, reg. UE 1286/2014, infine, prevede che il c.d. "*Documento informativo chiave per gli investitori*", relativo all'acquisto di prodotti di investimento e assicurativi pre-assemblati, vada redatto o tradotto per iscritto in una delle lingue ufficiali dello Stato membro. L'art. 72, comma 1, cod. cons., introdotto in attuazione della dir. 94/47/CE, prevede, invece, che il contratto di *time sharing* debba essere redatto, oltre che in lingua italiana, in una delle lingue dello

---

*condizioni generali di contratto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1979, p. 155 ss.; sulla natura meramente descrittiva della tesi v. V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 90 ss. Come evidenzia F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicc. Messineo*, vol. III, t. I, Giuffrè, Milano, 1988, p. 49, a differenza della legge il contratto per adesione necessita del consenso (sia pure formale) dell'aderente per produrre effetti; l'analogia con la legge non può dunque spingersi fino a concepire la contrattazione *standard* come espressione di potere normativo, trattandosi pur sempre di negozi sottoposti alle norme sui contratti, come si evince dall'art. 1370 c.c. V. anche C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, 1. *Dir. Civ.*, in *Enc. giur. Trecc.*, VII, Roma, 1988, pp. 1-2.

<sup>170</sup> In dottrina v. su tutti L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 122 ss. In giurisprudenza v. CASS., SEZ. UN., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, I, p. 928, con nota di C. MEDICI, *Contratti di investimento monofirma: l'avallo delle sezioni unite*.

<sup>171</sup> Direttiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016 sulla distribuzione assicurativa.

Stato UE in cui il consumatore risiede o di cui è cittadino, a sua scelta, purché si tratti di una lingua ufficiale della Unione europea<sup>172</sup>. In tale fattispecie, a differenza delle altre, il consumatore ha diritto a ricevere un testo contrattuale nella propria lingua, in quanto l'operazione economica di *time sharing* presenta spesso connotati internazionali, sia per le caratteristiche soggettive dei contraenti che per la collocazione geografica dell'immobile concesso in godimento<sup>173</sup>.

Se questa è la *ratio* della scelta normativa, essa pare contraddittoria. Lo stesso legislatore comunitario, infatti, ha adottato varie direttive che mirano alla creazione del mercato unico e ad aumentare la conclusione di contratti transfrontalieri, ma che non prevedono un obbligo di redigere il contratto nella lingua del consumatore, nonostante le barriere linguistiche costituiscano uno degli ostacoli maggiori alla conclusione di contratti internazionali<sup>174</sup>. Focalizzandosi sulle direttive riguardanti i servizi bancari, basti pensare, in via esemplificativa, alla direttiva 2014/17 ed alla direttiva 2014/92, le quali, come si evince nei loro considerando, perseguono l'obiettivo di incrementare il mercato transfrontaliero<sup>175</sup>, ma non si preoccupano di regolare la lingua dei contratti.

Ciò che rileva ai nostri fini, però, è che il legislatore europeo non considera rilevante il rischio linguistico nei contratti b2c non internazionali (le cui parti, cioè, risiedono nello stesso Stato), sul presupposto che le parti di tali contratti condividano sempre lo stesso patrimonio linguistico: tale assunto implicito, infatti, è messo in crisi dal

---

<sup>172</sup> Se il contratto ha ad oggetto un immobile specifico, l'operatore è obbligato a fornire al consumatore anche una traduzione del contratto nella lingua dello Stato UE in cui è situato l'immobile, salvo in ogni caso l'obbligo, per gli operatori che svolgono la propria attività nel territorio nazionale, di fornire al consumatore il contratto anche nella lingua italiana (art. 72, comma 2, cod. cons.).

<sup>173</sup> D. MEMMO, *Cittadini e stranieri nel diritto privato della modernità*, cit., p. 180.

<sup>174</sup> A. F. FARHOOMAND, V. K. TUUNAINEN, L. W. YEE, *Barriers to global electronic commerce: A cross-country study of Hong Kong and Finland*, in *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce*, (2000), vol. 10, p. 36.

<sup>175</sup> V. il considerando 7 della dir. 2014/17, secondo il quale « Per creare un autentico mercato interno, con un livello elevato ed equivalente di protezione dei consumatori, la presente direttiva stabilisce disposizioni che devono essere oggetto di piena armonizzazione» ed il considerando 8, per il quale «La presente direttiva dovrebbe migliorare le condizioni per l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno avvicinando le legislazioni degli Stati membri ». V. il considerando 6 della dir. 2014/92, secondo il quale «Le attività transfrontaliere nel mercato interno sono limitate dagli ostacoli che i consumatori devono affrontare per aprire un conto di pagamento all'estero. I criteri severi di accesso attualmente applicati possono impedire ai cittadini dell'Unione di muoversi liberamente all'interno di essa. Garantire a tutti i consumatori l'accesso a un conto di pagamento ne consentirà la partecipazione al mercato interno», e il considerando 7, per il quale «Una più ampia partecipazione dei consumatori al mercato interno incentiverebbe ulteriormente i prestatori di servizi a pagamento a entrare in nuovi mercati. Inoltre, la creazione di condizioni per consentire a tutti i consumatori di accedere al conto di pagamento è un mezzo necessario per promuovere la partecipazione dei consumatori al mercato interno».

fenomeno delle migrazioni che hanno reso multietnica la nostra società. Una conferma si trae dall'Allegato 1, n. 8, della dir. 2005/29, che considera pratica sleale l'impegno di prestare assistenza *post-vendita* al consumatore, se il professionista a lui si fosse rivolto, prima dell'operazione commerciale, in una lingua diversa da quella ufficiale dello Stato in cui è situato, se anche il servizio *post vendita* sia in un'altra lingua e ciò non fosse stato comunicato chiaramente; anche in tal caso, infatti, il rischio linguistico rileva solo perché il professionista comunica in una lingua terza, diversa da quella del luogo di residenza dei paciscenti.

Che il rischio linguistico rilevi, per il diritto europeo, solo nei contratti internazionali è confermato dalla dottrina, dato che del rischio linguistico si sono occupati prevalentemente i giuristi di diritto internazionale privato<sup>176</sup>, e dalla giurisprudenza europea, la quale ha affrontato il tema solo per quanto riguarda i contratti transfrontalieri, in quanto la lingua costituirebbe di un potenziale ostacolo alle libertà di circolazione previste nei trattati. La Corte di giustizia, in particolare, ha ritenuto che una normativa nazionale che imponga l'uso esclusivo di una lingua regionale (nella fattispecie, il fiammingo) per l'etichettatura dei prodotti alimentari, senza permettere l'utilizzo di un'altra lingua facilmente comprensibile dagli acquirenti<sup>177</sup>, osti al principio di libera circolazione delle merci, in contrasto con gli artt. 28 del Trattato Ce, 14, dir. 79/112. Di recente, la Corte ha ritenuto che l'art. 45 TFUE, che statuisce la libera circolazione dei lavoratori, osti ad una normativa di un ente federato di uno Stato membro che impone a tutti i datori di lavoro, stabiliti nel territorio dell'ente, di redigere i contratti di lavoro transfrontalieri solo nella lingua ufficiale di tale ente federato<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> La nozione di rischio linguistico (c.d. *Sprachrisiko*), infatti, è stata elaborata dalla dottrina internazionalprivatistica: v. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit International privé*, ed. 7, L.G.D.J, Paris, 1983, p. 331 e la dottrina citata alla nota 4; U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti*, Cedam, Padova, 1984, p. 105 ss. Per una panoramica della poca dottrina privatistica sul tema, v. la nota n. 110 (cap. I, par. 5.).

<sup>177</sup> CGCE, 18 Giugno 1991, c-369/89, *Asbl e altri c. Byba Peeters*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 2971 ss. L'imposizione di una lingua determinata costituisce una misura restrittiva delle esportazioni poiché pone il produttore o l'importatore di un prodotto di fabbricazione estera in una situazione di svantaggio, dovendo questi sopportare il maggior costo della traduzione e della diversa etichettatura della merce. Così C. CICALA, *Lingua straniera e testo contrattuale*, cit., p. 111.

<sup>178</sup> CGUE, 16 Aprile 2013, c-202/11, *A. Las c. PSA Antwerp NV*, in *curia.europa.eu*. Nella fattispecie, in base ad una Letter of Employment» redatta in lingua inglese, un cittadino neerlandese, residente nei Paesi Bassi, veniva assunto da una società con sede in Belgio, ma appartenente ad un gruppo multinazionale. Nel ricorso, il lavoratore contestava alla società il fatto che il contratto di lavoro e, in particolare, la sua clausola 8, relativa alle indennità di licenziamento, erano viziati da nullità, non essendo redatti in neerlandese,

Dato atto dell'inesistenza di un obbligo giuridico di tradurre le condizioni di contratto nella lingua del consumatore, si dovrebbe poi riflettere sull'effettiva utilità di un obbligo del genere, se cioè, *de jure condendo*, l'inclusione finanziaria degli immigrati possa essere incentivata introducendo *ex lege* obblighi di redazione o di traduzione nella lingua madre del consumatore, seguendo l'esempio di altri legislatori.

Il legislatore francese, ad esempio, con la l. 75/1349 del 1975 ha previsto che, su richiesta del lavoratore subordinato straniero, il contratto di lavoro deve essere tradotto nella sua lingua, e, in caso di discordanza tra i due testi, solo il testo in madre lingua potrà essere invocato contro il lavoratore<sup>179</sup>.

Volgendo lo sguardo oltreoceano, si può osservare come la legge federale degli Stati Uniti non preveda un generale dovere delle imprese di tradurre i contratti nella lingua dei consumatori appartenenti a minoranze linguistiche, sebbene alcune normative statutarie o leggi statali tendano a garantire una corrispondenza tra la lingua delle trattative e la lingua del contratto, onde evitare possibili sorprese: ad esempio, la *Federal Trade Commission* impone ai venditori porta a porta di redigere il contratto nella stessa lingua della trattativa orale, e ai venditori di auto usate, che abbiano condotto una trattativa in spagnolo, di consegnare le informazioni sulla garanzia in tale lingua<sup>180</sup>. Il Codice civile della California adotta la stessa impostazione, prevedendo al par. 1632 l'obbligo (il cui inadempimento è sanzionato con la rescissione) dell'impresa o del professionista, nel caso in cui negozi oralmente o per iscritto in spagnolo, cinese, vietnamita, coreano o tagalog contratti di credito o di locazione abitativa, di consegnare una copia del contratto nella stessa lingua<sup>181</sup>. Alcune leggi statali, però, forniscono una

---

conformemente all'art. 10 della legge regionale *Vlaamse Gemeenschap* del 19 luglio 1973 sull'uso delle lingue.

<sup>179</sup> Secondo la dottrina lo scopo di tutela del lavoratore straniero legittima un'interpretazione estensiva della norma, che, riferita espressamente alla stipulazione del contratto di lavoro subordinato, sarebbe applicabile anche alle altre dichiarazioni inerenti al contratto, come il recesso o la rinuncia, delle quali il lavoratore straniero avrà diritto a chiedere una traduzione. Così D. MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, cit., p. 48.

<sup>180</sup> S. W. BENDER, *Consumer Protection for Latinos: Overcoming Language Fraud and English-Only in the Marketplace*, in *45 Am. U. L. Rev.* 1027 (1996), p. 1043.

<sup>181</sup> Ad avviso della lettera h) del par. 1632, tuttavia, tale previsione non si applica all'impresa «*if the party with whom he or she is negotiating [...] negotiates the terms of the contract, lease, or other obligation through his or her own interpreter. As used in this subdivision, "his or her own interpreter" means a person, not a minor, able to speak fluently and read with full understanding both the English language and any of the languages specified in subdivision (b) in which the contract or agreement was negotiated, and who is not employed by, or whose service is made available through, the person engaged in the trade or business*». Nonostante non si tratti di una legge federale o statale, ma di un codice di condotta, è

tutela maggiore nei confronti delle minoranze linguistiche coinvolte nella stipula di contratti di credito: è il caso dell'Arizona, il cui Statuto prevede, al Titolo 6, par. 631, che il consumatore in ogni caso possa richiedere che l'informativa prevista dalla legge federale (il *Truth in Lending Act*) sia fornita in lingua spagnola, prima della sottoscrizione il contratto.

Numerosi studi empirici, tuttavia, hanno dimostrato che la maggior parte dei consumatori legge né i documenti informativi né le condizioni generali di contratto, in quanto le trovano eccessivamente lunghe o complesse e preferiscono affidarsi al professionista<sup>182</sup>. Sia il Codice civile che il diritto europeo hanno preso atto di tale tendenza: non a caso l'art. 1341, 2° comma, c.c., richiedendo la specifica approvazione delle clausole vessatorie, intende attirare l'attenzione dell'aderente; l'art. 34, comma 2, cod. cons., inoltre, esclude dal sindacato di vessatorietà solo le clausole relative al prezzo dei beni o servizi, trattandosi delle uniche clausole alle quali i consumatori prestano attenzione<sup>183</sup>.

Ma v'è di più. Recenti studi presentati alla Commissione europea sulle condizioni generali di contratto degli *stores online* evidenziano, in particolare, che i consumatori tendono a non leggere tali condizioni accettandole "alla cieca" indipendentemente dalla lingua nella quale sono redatte. Secondo lo studio, infatti, la redazione delle condizioni di contratto nella lingua madre del consumatore non incrementerebbe sostanzialmente la percentuale di consumatori che leggono tali clausole, essendovi una differenza minima tra la percentuale dei lettori delle clausole in lingua madre e la percentuale dei lettori delle stesse clausole redatte in inglese<sup>184</sup>. Anche i consumatori che leggono le condizioni generali di contratto, poi, si limitano a una lettura molto veloce<sup>185</sup>.

---

interessante evidenziare che, ai sensi del par. 5. 108, n. 4, lett. e) dell'*Uniform Consumer Credit Code*, costituisce *unconscionable conduct*, vietata, «*the fact that the seller, lessor, or lender has knowingly taken advantage of the inability of the consumer [...] to understand the language of the agreement*». Si veda anche la soluzione adottata dal legislatore israeliano, che vieta espressamente, qualificandola come indebita influenza, lo sfruttamento della scarsa padronanza che il consumatore ha della lingua del contratto: v. UNCTAD, *Working Group on Vulnerable and Disadvantaged Consumers*, cit., p. 29.

<sup>182</sup> Con riferimento al contesto italiano, si veda l'indagine condotta da N. LINCiano, M. GENTILE, P. SOCCORSO, *Report on financial investments of Italian households*, CONSOB, 2017, p. 6. In dottrina, v. tra tanti C. E. SCHNEIDER, O. BEN SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, cit., p. 671.

<sup>183</sup> M. DELLACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, cit., p. 324 ss

<sup>184</sup> V. M. ELSHOUT, M. ELSÉN, J. LEENHEER, M. LOOS, J. LUZAK, *Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&C). Final report 17 June 2016*, p. 72, in [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/terms\\_and\\_conditions\\_final\\_report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/terms_and_conditions_final_report_en.pdf), presentato alla

Di conseguenza, come emerge dallo studio, che prevede la formulazione di quesiti sul contenuto delle clausole, la redazione delle condizioni contrattuali in lingua madre non aumenta la comprensione del loro contenuto da parte dei consumatori<sup>186</sup>, nonostante le clausole in lingua straniera siano percepite come più complicate. A fronte delle centinaia di lingue diverse parlate dai consumatori immigrati in Italia, un obbligo di redazione in lingua madre, inoltre, non solo aumenterebbe i costi di transazione, tra cui rientrano anche i costi di redazione del contratto, ma richiederebbe l'assunzione di personale multilingua o di traduttori<sup>187</sup>; ciò potrebbe tradursi, come tutti gli obblighi di trasparenza, in un aumento del costo del servizio che verrebbe sopportato da tutti i consumatori<sup>188</sup>, senza un effettivo beneficio per la maggior parte dei consumatori stranieri.

Un dovere di traduzione sarebbe dunque in contrasto con la *ratio* dell'uso delle condizioni generali di contratto, che risiede nella riduzione dei *costs of bargaining* attraverso l'accelerazione della conclusione degli affari, con risparmio di tempo, di mezzi

---

Commissione Europea, ove si evidenzia che, mentre la percentuale di consumatori che legge per intero le condizioni generali di contratto, redatte in inglese, ammonta al 15,4%, la percentuale di consumatori che legge per intero le stesse clausole, redatte nella loro lingua madre, ammonta al 21%.

<sup>185</sup> Dallo studio (M. ELSHOUT, M. ELSSEN, J. LEENHEER, M. LOOS, J. LUZAK, op. ult. cit., p. 81) emerge che i consumatori impiegano in media solo 2 minuti per leggere 4 pagine di condizioni generali di uno *store online*, un tempo esiguo per leggere un testo giuridico con un contenuto complesso.

<sup>186</sup> V. M. ELSHOUT, M. ELSSEN, J. LEENHEER, M. LOOS, J. LUZAK, op. ult. cit., pp. 75-76, ove si evidenzia addirittura una maggiore comprensione delle clausole redatte in inglese rispetto alle clausole redatte nella lingua madre del consumatore.

<sup>187</sup> In senso contrario al rischio di un aumento dei costi di transazione a causa di un obbligo legislativo di tradurre il contratto nella lingua del consumatore v. S. W. BENDER, *Consumer Protection for Latinos: Overcoming Language Fraud and English-Only in the Marketplace*, cit., p. 1064. Con un'osservazione invero destituita di fondamento, l'A. osserva che l'intermediario verosimilmente avrà a che fare con un numero ristretto di minoranze etniche, e che in ogni caso si potrebbe esentare dall'obbligo di traduzione quanto il costo di transazione supera il valore del contratto stesso; anche in tal guisa, però, rimane l'inconveniente segnalato nel testo, consistente nell'aumento del costo del servizio quando un obbligo del genere fosse legislativamente previsto. La categoria dei costi di transazione è stata sviluppata dall'economista Ronald Coase, premio Nobel per l'Economia: v. R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics* 3, 1960, pp. 1 ss. Poiché la redazione per iscritto del contratto è fonte di costi, l'analisi economica del diritto evidenzia i vantaggi connessi alla conclusione del contratto per comportamenti concludenti, tra cui: il risparmio di costi transattivi connessi alla comunicazione dell'accettazione; la possibilità di anticipare l'esecuzione del contratto e godere prima del bene o servizio; l'opportunità di evitare che la controparte desista dalla trattativa per la difficoltà e le spese di un'accettazione espressa. In tal senso A.W. KATZ, *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*, in 89 *Mich. L. Rev.* 215, 1990, p. 251; cfr. R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 7ª ed., Wolters Kluwer Law and Business, 2007, p. 100.

<sup>188</sup> C. E. SCHNEIDER, O. BEN SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, cit., pp. 741-742.

e di attività<sup>189</sup>, e nell'esigenza di programmazione aziendale<sup>190</sup>, da un lato perchè renderebbe più macchinoso il procedimento di conclusione del contratto, dall'altro perchè, trattandosi di un dovere verso una fascia della clientela quantitativamente indeterminata, impedirebbe di fatto di determinare *a priori* il costo dei servizi. Non è poi da trascurare che per alcuni dei termini giuridici italiani possono non esservi dei termini omologhi nella lingua del consumatore, o che nella versione tradotta alcune clausole possono assumere un significato diverso da quello assunto nella lingua italiana, con incertezza sul reale contenuto del contratto stipulato, salvo l'utilizzo di una *language controlling clause*<sup>191</sup>.

In base ai motivi esposti, dunque, può escludersi che l'utilizzo da parte degli intermediari di moduli contrattuali e formulari in italiano violi il divieto di discriminazione indiretta di cui agli artt. 43, dlgs 286/1998 e 2, dlgs 215/2003, che vietano qualsiasi criterio, comportamento o prassi che possa svantaggiare gli individui di una razza, etnia o nazionalità. Tale eventualità, paventata in dottrina, era stata esclusa in base all'asserita inesistenza del divieto di discriminazioni indirette in ambito contrattuale<sup>192</sup>; sebbene buona parte della dottrina riconosca, invece, l'applicabilità del divieto di discriminazioni indirette anche in tale ambito<sup>193</sup>, l'esigenza di evitare l'aumento dei costi di transazione e di dovere assumere personale multilingua per le traduzioni

---

<sup>189</sup> V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 29 ss.

<sup>190</sup> L'uniformità di contenuto dei rapporti contrattuali con i terzi, attraverso i quali si realizza l'immissione dei beni e servizi sul mercato, è condizione necessaria della programmazione aziendale, che dovrebbe appunto basarsi su una previsione esatta del costo dell'erogazione dei servizi o della produzione dei beni: in tal senso C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, 1. *Dir. Civ.*, in *Enc. giur. Trecc.*, VII, Roma, 1988, p. 9; ID., voce *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, in *Dig.*, IV, *Disc. priv. Sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 397 ss.

<sup>191</sup> V. CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU, *Spotlight on serving limited English proficient consumers. Language access in the consumer financial marketplace*, November 2017, p. 13. Nei contratti internazionali la *language controlling clause* mira proprio a superare controversie interpretative, stabilendo in caso di diverso significato delle versioni contrattuali quella prevalente.

<sup>192</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 75 nota 43; ID., *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit., p. 174. Cfr. invece G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., p. 96 ss., il quale sostiene che l'uso della lingua italiana non creerebbe alcun effetto di disegualianza nei confronti degli stranieri. L'effetto di disegualianza in realtà esiste ed è rilevante, ma come sostenuto nel testo è giustificato da un fine legittimo.

<sup>193</sup> In tal senso L. SITIZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 215; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., p. 91 ss. Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull'immigrazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, pp. 123-124, che non menziona tale limite all'ambito applicativo divieto di discriminazione. Sul punto v. *amplius* cap. III, par 2.3.



rendono l'utilizzo di moduli e formulari in italiano proporzionato e giustificato da un fine legittimo ex art. 3, comma 4, d.lgs. 215/2003, anche se di tipo economico.

Pur non sussistendo un obbligo di tradurre sempre e comunque il contratto nella lingua del consumatore, non è però escluso che l'intermediario abbia *altri* obblighi in presenza di un consumatore con scarsa conoscenza della lingua italiana. In generale, il diritto dei servizi bancari e finanziari prescrive regole volte a semplificare la comunicazione contrattuale per renderla accessibile ai clienti; là dove esse non siano sufficienti per aiutare il cliente ad individuare da solo la proposta contrattuale più adeguata alle sue esigenze, soccorre una disciplina di protezione che obbliga l'intermediario a fornire assistenza qualificata al cliente. Come è stato osservato, dal combinato disposto degli artt. 5 e 8, dir. 2008/48 sono enucleabili obblighi di diversa intensità, tra cui quello di chiarimento ed esplicazione dei contenuti del contratto di credito<sup>194</sup>; maggiormente esplicito è l'art. 16, dir. 2014/17, rubricato "Spiegazioni adeguate", secondo il quale i finanziatori devono fornire spiegazioni adeguate sui contratti di credito, sulle informazioni precontrattuali e sui prodotti proposti.

Tali disposizioni, in sostanza, impongono all'intermediario una collaborazione nel processo di decodificazione ed elaborazione delle informazioni da parte del cliente, facendo emergere ciò che sottinteso in un'ottica relazione quale è quella connaturata al principio di buona fede<sup>195</sup>, senza limitarsi alla mera fornitura delle informazioni legalmente previste. Ciò logicamente presuppone che l'intermediario si rivolga al cliente straniero in una lingua a lui comprensibile, fornendo dei chiarimenti in tale lingua per iscritto o oralmente (v. *infra*, cap. III, par. I).

Come è stato osservato, infatti, se il cliente è noto come persona inesperta, il precetto di buona fede esigerà dalla banca una collaborazione più intensa, non limitata solo all'informazione del cliente sulle modalità e sui rischi dell'operazione, ma comprendente anche il suggerimento al cliente inesperto dei criteri per interpretare i fatti e trarre da questi conseguenze corrette<sup>196</sup>. Sebbene la normativa in materia di conti di

---

<sup>194</sup> R. NATOLI, *La protezione del cliente finanziariamente analfabeta tra irrazionalità del mercato e paternalismo liberale*, Aracne, Roma, 2012, p. 179; ID., *Il contratto "adeguato"*, cit., p. 142 ss.

<sup>195</sup> E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovra indebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 91 ss.

<sup>196</sup> P. ABBADESSA, *Banca e responsabilità precontrattuale: i doveri di informazione*, in *Jus*, 1981, p. 154, il quale osservava: «Sebbene tali suggerimenti eccedano il dovere di informazione strettamente inteso, non va infatti trascurato che la banca è un organismo dotato di una forte caratterizzazione professionale e che il principio di correttezza può pertanto ben imporle un dovere supplementare di orientamento del partner».

pagamento non preveda espressamente tali obblighi, ad analoghe conclusioni si può giungere applicando il criterio della buona fede. Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, infatti, la buona fede è fonte di integrazione del contratto, dato che l'elencazione dell'art. 1374 c.c. non è tassativa e il riferimento onnicomprensivo alla legge comprende anche l'art. 1375 c.c. imponendo a ciascuna parte di compiere gli atti giuridici o materiali necessari per salvaguardare l'utilità della controparte, sempreché non comportino un apprezzabile sacrificio<sup>197</sup>.

Dato che il comportamento imposto si attualizza nello svolgimento del rapporto e in funzione delle esigenze che esso comporta<sup>198</sup>, non è da escludersi che l'intermediario sia tenuto non solo a chiarire il significato dei documenti informativi e del contratto, ma anche a tradurli in una lingua diversa dall'italiano: tale ultimo obbligo, che come detto non sussiste in generale e che sarebbe sproporzionato imporre in ogni caso, sorgerà se nel caso concreto sia evidente che il cliente abbia una scarsa comprensione della lingua italiana.

Destà, pertanto, qualche perplessità una decisione adottata dall'A.B.F., in una fattispecie nella quale degli immigrati di nazionalità romena eccepivano la nullità di un contratto derivato, in quanto non adeguatamente informati dall'intermediario, anche a

---

<sup>197</sup> Senza pretesa di esaustività, v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 164 ss.; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss.; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 409 ss.; G. M. UDA, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, pp. 193-194; di recente, V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Zatti-Iudica*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 465; C. M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, III ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 454 ss. Parzialmente diversa è la posizione di G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 127, il quale ritiene che la buona fede costituisca un'autonoma fonte integrativa del contratto, dato che l'elenco di cui all'art. 1374 c.c. è tassativo e non include la buona fede. In giurisprudenza una delle prime pronunce espressive di tale indirizzo quella sul noto caso "Fiuggi": CASS., 20 Aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, 4, pp. 1296-1302; v. anche *ex multis* CASS., 18 ottobre 2004, n. 20399, in *Contr.*, 2005, I, p. 429. Un orientamento minoritario della dottrina ritiene, invece, che il principio di buona fede non possa ampliare gli effetti che compongono la struttura dell'obbligazione, ma fornisca solo al giudice un criterio di valutazione dell'attività esplicita dalle parti; si evidenzia, infatti, che il Codice ha riservato due disposizioni diverse all'integrazione (art. 1374 c.c.) e all'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), e che una serie di disposizioni codicistiche impongono già doveri strumentali e di protezione. In tal senso U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 1-27; conforme L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 154 ss.

<sup>198</sup> A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, cit., p. 410, il quale nega, pertanto, che la buona fede gonfi oltre misura il rapporto determinando una serie astratta e aprioristica di doveri di comportamento. Il fatto che il contenuto dei doveri integrativi si determini in relazione alle circostanze concrete, e non in base a criteri etici o morali, dovrebbe superare le critiche di eccessiva vaghezza sollevate contro la buona fede: G. M. UDA, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, cit., p. 192.

causa dell'imperfetta comprensione della lingua italiana. Ed infatti il Collegio, rigettando il ricorso, si limitava a rilevare l'avvenuta sottoscrizione del contratto quadro per le operazioni su derivati e il documento sulla natura e i rischi degli strumenti finanziari, dai quali risultava l'espletamento degli obblighi di comportamento previsti dalla normativa vigente<sup>199</sup>. Al di là della dubbia possibilità di invocare la nullità di un contratto per difetto di comprensione linguistica (su cui v. *infra*, par. 3), la pronuncia avrebbe dovuto stigmatizzare il comportamento dell'intermediario: data l'inesperienza del cliente e la scarsa conoscenza della lingua italiana, la buona fede avrebbe imposto un obbligo di spiegare al cliente, in una lingua a quest'ultimo comprensibile (l'inglese o, se necessario, un'altra lingua), le caratteristiche e i rischi dello strumento finanziario.

2. *Il trattamento del rischio linguistico nella giurisprudenza statunitense. La unconscionability doctrine.*

A questo punto si pone il problema di individuare le conseguenze giuridiche derivanti dall'incomprensione da parte del consumatore straniero delle clausole contrattuali redatte in italiano, qualora l'intermediario non le abbia tradotte o esplicate in un'altra lingua. Dato che la questione è sostanzialmente sconosciuta alla giurisprudenza italiana, sembra opportuno verificare le soluzioni sperimentate in altri ordinamenti, segnatamente in quello statunitense, dove il fenomeno dell'abuso da parte degli intermediari dell'ignoranza linguistica dei consumatori ispanici o afroamericani ha assunto dimensioni notevoli. Delle difficoltà linguistiche dei consumatori appartenenti a minoranze etniche si è recentemente occupato un rapporto del *Consumer Financial Protection Bureau*, dal quale emerge che, nonostante vari intermediari forniscano un servizio di traduzione ed interpretazione nella lingua del consumatore tramite personale bilingua, la maggior parte delle banche redige i propri contratti solo in lingua inglese<sup>200</sup>.

Sebbene le pratiche di *predatory lending* ai danni degli immigrati fossero in realtà radicate da decenni negli Stati Uniti<sup>201</sup>, come dimostrano alcuni rapporti pubblici esse

---

<sup>199</sup> A.B.F., MILANO, 17 Febbraio 2012, n. 537 in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

<sup>200</sup> CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU, *Spotlight on serving limited English proficient consumers*, cit., p. 5 ss.

<sup>201</sup> Secondo un'inchiesta del *Los Angeles Times*, in California vi era un diffuso sistema, in base al quale gli operatori prendevano di mira individui residenti nei quartieri periferici, come anziani o immigrati ispanici, incapaci di leggere e scrivere in inglese, che venivano convinti a rifinanziare il mutuo sulla propria casa,

sono esplose negli anni precedenti alla crisi finanziaria del 2008. Tra i mutui *sub-prime* più diffusi vi erano gli *ARMs* (c.d. *Hybrid Adjustable-rate Mortgages*), caratterizzati da un tasso d'interesse fisso nei primi anni, molto basso, che diventava un tasso variabile per il resto della durata del mutuo ed il cui ammontare poteva triplicare<sup>202</sup>. Ebbene, secondo tali rapporti, i soggetti cui furono venduti tali prodotti – pur non avendo nessuna possibilità di restituire il capitale – erano prevalentemente afro americani e ispanici, con limitata conoscenza della lingua inglese, oltre che anziani e disabili; molti di tali consumatori riferirono di avere condotto le trattative in lingua inglese per poi sottoscrivere documenti in lingua inglese con condizioni peggiori<sup>203</sup>.

Il debitore ideale di un *Predatory Loan*, dunque, è una persona culturalmente non istruita e finanziariamente poco sofisticata, a cui vengono imposti alti tassi di interesse, oneri e costi, clausole arbitrali, penali per il recesso anticipato, compulsivo rifinanziamento del *loan*<sup>204</sup>. Lo strumento giuridico per tutelare gli immigrati contro lo sfruttamento della loro scarsa conoscenza della lingua dei contratti è stato individuato dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel principio di *unconscionability*, codificato espressamente come regola del diritto nord-americano nella *section 2-302* dell'*Uniform Commercial Code*. Tale principio, presente nella giurisprudenza nord-americana ben prima della sua codificazione nel 1952<sup>205</sup>, consente di rifiutare l'*enforcement* di un contratto o di una clausola giudicati *unconscionable* al tempo della stipula del contratto; il termine, non privo di una certa vaghezza, si riferisce a contratti o clausole *one-sided*,

---

sottoscrivendo un modulo redatto in inglese col quale trasferivano la proprietà dell'immobile all'intermediario del credito: v. T. WILKINSON, *Elderly, Poor Are Easy Prey for Home-Equity Schemers*, LA. TIMES, Oct. 15, 1989. Per una trattazione esaustiva del tema v. A. W. BENDER, *Consumer Protection for Latinos*, cit., p. 1034 ss.

<sup>202</sup> V. A. LUPOI, *Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan*, in *Riv. dir. banc.*, 2015, 7, p. 3 ss.

<sup>203</sup> V. NATIONAL COMMISSION ON THE CAUSES OF THE FINANCIAL AND ECONOMIC CRISIS IN THE UNITED STATES, *The Financial Crisis Inquiry Report*, cit., p. 109. I dati resi pubblici dal U.S. Department of Housing and Urban Development del 1998 hanno dimostrato come di tutti i *loan* per l'acquisto di una abitazione erogati a individui delle comunità di colore a basso reddito quelli frutto di comportamento predatorio siano il 51%, mentre tale percentuale ammonta al 9% nelle comunità bianche di uguale reddito. Tale dato non muta nemmeno al crescere del reddito: nelle comunità di colore con reddito elevato il 39% dei *loan* per l'acquisto di una casa sono considerati *subprime* (nel senso di alti costi e interessi), rispetto al 6% di comunità bianche con medesimo reddito: così A. LUPOI, *Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan*, cit., p. 6. Sul *predatory lending* si rinvia alla dottrina citata alla nota 147, p. 42.

<sup>204</sup> A. LUPOI, op. ult. cit., pp. 6-7.

<sup>205</sup> Il principio fu invocato nel 1948 dalla U.S. Court of Appeal, Third Circuit, nel caso *Campbell Soup Co. v. Wentz*: 172 F. 2d80 (3 Cir. 1948), in <https://www.courtlistener.com/opinion/1546344/campbell-soup-co-v-wentz/>.

iniqui, totalmente sbilanciati a favore di una delle parti<sup>206</sup>. Sin dalla redazione delle prime versioni della disposizione emerge come, nell'intenzione del legislatore, tale strumento fosse destinato a contrastare l'utilizzo massiccio di contratti *standard* da parte delle imprese nei rapporti coi consumatori<sup>207</sup>; tale *ratio legis* si rinviene anche nel *Comment* alla versione definitiva della disposizione, il quale tra i dieci *cases* esemplificativi di *unconscionability* annovera tutte fattispecie riguardanti *preprinted forms*<sup>208</sup>.

Già i primi commentatori, tuttavia, evidenziarono che il mero ricorso a contratti per adesione predisposti da una sola parte non è sufficiente a rendere *unconscionable* il regolamento negoziale, ed il giudizio di *unconscionability* fu pertanto articolato in due fasi, una procedurale e una sostanziale, con uno schema integralmente recepito dalla giurisprudenza nord-americana<sup>209</sup>. La *procedural unconscionability* valuta il concreto processo di formazione del contratto e può essere integrata da disparità di potere negoziale tra le parti, dall'uso di un contratto per adesione e da *unfair surprise*, quest'ultima dovuta all'oscurità dei termini contrattuali redatti con caratteri microscopici o in un linguaggio altamente tecnico<sup>210</sup>; fra gli indici di *unconscionability* più rilevanti per

---

<sup>206</sup> A. A. LEFF, *Unconscionability and the Code. The Emperor's New Clause*, in 115 *U. Pa. L. Re.* (1967), p. 485 ss.; ID., *Unconscionability and the Crowd-Consumers and the Common Law Tradition*, in 31 *U. Pitt. L. Rev.* 349, 1969-1979, p. 349 ss.; U.M. NEIL BROWNE, L. BIKSACKY, *Unconscionability and the Contingent Assumptions of Contract Theory*, in 2013 *Mich. St. L. Rev.* 211, p. 212 ss.; L. A. DI MATTEO, B. L. RICH, *A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action*, in 33 *Fla. St. U. L. Rev.* 1067 (2006), p. 1068 ss. In giurisprudenza tale impostazione si rinviene nel già citato caso *Campbell Soup Co. v. Wentz*: ad avviso della Court of Appeal «*The basic test is whether, in the light of the general commercial background and the commercial needs of the particular trade or case, the clauses involved are so one-sided as to be unconscionable under the circumstances existing at the time of the making of the contract*».

<sup>207</sup> Come evidenzia A. A. LEFF, *Unconscionability and the Code*, cit., p. 492, la versione del 1943, antecedente della disposizione, era espressamente rubricata *Form Clause, Conscionable and Unconscionable*, e disponeva che «*A party who signs or accepts a writing evidencing a contract for sale which contains or incorporates one or more form clauses presented by the other party is bound by them unless the writing when read in its entirety including the form clauses is an unconscionable contract and he has not in fact read the form clauses before contracting, except that a merchant who signs and returns such a writing after having had a reasonable time to read it is bound by it*». Il *Comment* della disposizione espressamente affermava che «*The situation which gives rise to the section is the increasing use of forms prepared by one party which are not in fact examined by the other at the time of contracting*».

<sup>208</sup> Ne danno atto A. A. LEFF, op. ult. cit., p. 502 e V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., p. 263.

<sup>209</sup> La distinzione tra *procedural* e *substantive unconscionability* si deve a A. A. LEFF, *Unconscionability and the Code*, cit., p. 504 ss.

<sup>210</sup> U.M. NEIL BROWNE, L. BIKSACKY, *Unconscionability and the Contingent Assumptions of Contract Theory*, cit. p. 222.

i casi di *predatory lending* vi è lo scarso livello di istruzione dell'aderente e l'inesperienza nella materia oggetto del contratto<sup>211</sup>.

La *substantive unconscionability*, invece, è integrata da una squilibrata allocazione dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, derivante, in via meramente esemplificativa, dal carattere iniquo del corrispettivo per il bene o servizio<sup>212</sup>, da clausole di limitazione o esclusione della garanzia dovuta all'acquirente<sup>213</sup> o di devoluzione delle controversie ad arbitri. Il principio di *unconscionability*, dunque, si porrebbe come eccezione alla regola che, configurando un *duty to read the contract*, vincola il consumatore al contratto anche se non ne abbia letto i termini; secondo una massima giurisprudenziale, in realtà, tale regola si applicherebbe anche in una fattispecie nella quale il contraente non è in grado di leggere i termini del contratto, essendo suo dovere procurarsi una traduzione o una spiegazione<sup>214</sup>.

Come si evince dalla giurisprudenza, tuttavia, la mancata padronanza della lingua del contratto non è di per sé motivo per rifiutarne l'*enforcement*, costituendo essa al più un indizio della presenza di una procedurale *unconscionability*, di per sé non sufficiente in assenza di termini *unfair* o *one-sided*. In una fattispecie decisa dall'*Oregon Court of Appeal*, i ricorrenti, dei consumatori ispanici, citavano in giudizio un intermediario rappresentando che un funzionario, anch'esso di origini ispaniche, gli aveva proposto (nella loro lingua) di rifinanziare il mutuo sulla propria abitazione ad un tasso di interesse più basso di quello corrisposto per esso (7%), Successivamente il funzionario fece firmare

---

<sup>211</sup> U.M. NEIL BROWNE, L. BIKSACKY, op. ult. cit., p. 223; L. A. DI MATTEO, B. L. RICH, *A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action*, in 33 *Fla. St. U. L. Rev.* 1067 (2006), p. 1083.

<sup>212</sup> *Frostifresh Corp v. Reynoso*, 52 *Misc. 2d* 26 (N.Y. Dist. Ct. 1966), 274 *N.Y.S.2d* 757, in casetext.com.

<sup>213</sup> V. il caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*: 32 N.J. 358, 161 *A.2d* 69, in law.justitia.com. La sentenza viene commentata da V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., pp. 269-272.

<sup>214</sup> *Aluia v. Harrison Community Hosp.*, 139 *Mich. App.* 742 (1984) 362 *N.W.2d* 783. Nella fattispecie il ricorrente, figlio di una paziente deceduta per una caduta in ospedale, contestava la validità di un modulo contenente una clausola di arbitrato in quanto redatto in inglese, lingua sconosciuta alla madre (italiana) che lo aveva sottoscritto, sebbene esso le fosse stato tradotto dallo stesso ricorrente. Respingendo il ricorso accelerato la Corte afferma: «*We are aware of the significant authority which states that a party's lack of understanding of the language and contents of a contract which is voluntarily executed is not, in the absence of fraud, grounds for avoiding it. It is well settled that where a person cannot read the language in which a contract is written, it is ordinarily as much his duty to procure someone to read it to him as it would be to read the agreement before signing, were he able to do so. Failure of a party to obtain a reading and explanation is ordinarily negligence which will estop the party from avoiding the contract on the ground that the party was ignorant of the contract's provisions*». Che il contratto sia tendenzialmente vincolante anche in presenza di un'incapacità di leggerlo, data la possibilità di procurarsi una traduzione, è un principio riconosciuto anche in dottrina: D. PRESTON, "No Hablo Ingles" (*A Written Agreement Plus Consent Equals Contractual Liability of Illiterates?*), in 11 *San Diego L. Rev.* 415 (1974), p. 420.

ai sovvenuti (non in grado di leggere e parlare inglese) le informative e il contratto redatti in lingua inglese senza esporre la misura del tasso di interesse, che era più alto di quello promesso, ammontando al 13%. La Corte ha ritenuto il contratto non vincolante in base ad un'eccezione di *unconscionability*, trattandosi di termini sbilanciati a favore dell'intermediario, e condannando l'intermediario al pagamento di *punitive damages*<sup>215</sup>. Nella motivazione della sentenza, però, la scarsa padronanza della lingua inglese costituisce solo uno dei due indici di *procedural unconscionability*, dato che la mancanza di una reale negoziazione viene dedotta principalmente dal fatto che il contratto sottoscritto era unilateralmente predisposto, e che i ricorrenti erano stati indotti a credere che i termini fossero quelli esposti oralmente.

Emblematica, infine, è una pronuncia giurisprudenziale con la quale si ritenne non vincolante per un consumatore ispanico un contratto di compravendita, redatto in inglese ma negoziato in spagnolo, col quale l'acquirente si obbligava a pagare un corrispettivo tre volte superiore al valore di un elettrodomestico<sup>216</sup>. Dalla motivazione si evince che la mancata padronanza della lingua inglese non è elemento di per sé sufficiente a giudicare *unconscionable* il contratto, essendo decisiva invece l'enorme sproporzione dell'equilibrio economico del contratto, tanto che, secondo i commentatori, tale pronuncia fonderebbe la tesi per la quale l'*unconscionability* avrebbe soltanto una dimensione sostanziale<sup>217</sup>. Come riconosciuto dalla dottrina, infatti, l'*unconscionability* doctrine non è applicabile (e il contratto è vincolante) in assenza di un approfittamento delle difficoltà linguistiche che abbia determinato uno squilibrio economico o normativo, anche nel caso in cui il consumatore straniero non avrebbe sottoscritto il contratto se ne avesse compreso i termini<sup>218</sup>: in altre parole, non è sufficiente la sola *procedural unconscionability*, tra i cui indici rientra appunto la difficoltà linguistica del consumatore.

Tale rilievo è confermato dalla pronuncia *Teran v. Citicorp*, avente ad oggetto la sottoscrizione da parte di una coppia di origini latino-americane di un finanziamento per

---

<sup>215</sup> *Vasquez-Lopez v. Beneficial Oregon, Inc.*, 152 P.3d 940, 210 Or. App. 553 (2007), in <https://www.courtlistener.com/opinion/2635327/vasquez-lopez-v-beneficial-oregon-inc/>.

<sup>216</sup> *Frostifresh Corp v. Reynoso*, 52 Misc. 2d 26 (N.Y. Dist. Ct. 1966), 274 N.Y.S.2d 757, cit.

<sup>217</sup> V. S. W. BENDER, *Rate Regulation at the Crossroads of Usury and Unconscionability: The Case for Regulating Abusive Commercial and Consumer Interest Rates under the Unconscionability Standard*, in 31 *Hous. L. Rev.* 721 (1994), p. 749 ss. Nello stesso senso v. L. A. DI MATTEO, B. L. RICH, *A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action*, cit., p. 107 ss., i quale evidenziano che, da alcune pronunce, si evincerebbe che un contratto con condizioni economiche squilibrate è di per sé *unconscionable*.

<sup>218</sup> A. W. BENDER, *Consumer Protection for Latinos*, cit., p. 1037 e 1100 ss.

ristrutturare la propria abitazione; nella fattispecie i ricorrenti sostenevano di non essere vincolati dal contratto, in quanto, essendo redatto in inglese, essi non avevano compreso che il finanziamento era garantito da una ipoteca sull'abitazione. Ad avviso della Corte, tuttavia, il contratto era vincolante, mancando la prova del dolo e dell'abusivo sfruttamento delle difficoltà linguistiche da parte del finanziatore, dato che il tasso di interesse, pur alto, rimaneva al di sotto della soglia legale<sup>219</sup>. Nel nostro ordinamento, peraltro, in una fattispecie del genere il consumatore potrebbe impugnare il contratto invocando la sussistenza di errore-vizio della propria volontà negoziale.

In un'altra pronuncia, infine, la Corte ritenne *unconscionable* un contratto di compravendita avente ad oggetto un'autovettura difettosa sottoscritto da un consumatore latino-americano ma redatto in inglese; pur mancando nella motivazione una distinzione esplicita tra i motivi della *procedural* e della *substantive unconscionability*, è evidente che tale giudizio si basasse sulla presenza di una clausola di garanzia per vizi della durata di 30 giorni, la quale comportava dopo tale periodo una sostanziale rinuncia ad ogni pretesa per i difetti del bene<sup>220</sup>.

Tirando le fila del discorso, nell'ordinamento statunitense la mancata conoscenza della lingua del contratto non è motivo di per sé sufficiente a renderlo privo di effetti, occorrendo anche l'abusivo sfruttamento di tale condizione. Ciò è confermato anche dall'*Uniform Consumer Credit Code*: pur costituendo solo un codice di condotta, dopo avere considerato al par. 5. 108 *unconscionable conduct* lo sfruttamento delle difficoltà linguistiche del consumatore, il n. 4 del *Comment* specifica che è sanzionata l'imposizione di termini contrattuali sfavorevoli, ma soprattutto che «*the mere fact a consumer has little education and cannot read or write and must sign with an "X" is not itself determinative of unconscionability*». Pur nella diversità di tradizioni e principi tra un ordinamento di *common law* e uno di *civil law*, tale regola sembra valida anche nel nostro ordinamento.

### 3. La tutela del consumatore contro il rischio linguistico.

---

<sup>219</sup> *Teran v. Citicorp Person-To-Person Fin. Ctr.*, 706 P.2d 382 (Ariz. Ct. App. 1985), in courtlistener.com. Nella sottoscrizione dei documenti, peraltro, i ricorrenti erano stati assistiti da un funzionario di un altro intermediario (al quale si erano previamente rivolti per il finanziamento) che conosceva lo spagnolo.

<sup>220</sup> *Jefferson Corp. v. Marcano*, 60 Misc. 2d 138 (NY Civ. Ct. 1969) 302 N.Y.S. 2d 390, in casetext.com.



Il problema del rischio linguistico nella stipula di negozi giuridici è stato oggetto di un numero esiguo di contributi della dottrina italiana. Si è sostenuta, in particolare, la tesi della nullità del contratto nel caso di dichiarazioni recettizie emesse in una lingua che il dichiarante sa o dovrebbe sapere ignota al destinatario; tali dichiarazioni, infatti, sfuggirebbero alla presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c., in quanto la consapevolezza effettiva o potenziale dell'ignoranza linguistica esclude una legittima aspettativa del dichiarante sull'efficacia della dichiarazione, la quale, pertanto, dovrà considerarsi inefficace *ex art. 1334 c.c.*, dato che la dichiarazione in lingua ignota al destinatario è affetta da una anomalia del consenso che determina la nullità del contratto<sup>221</sup>.

Tale tesi è stata criticata con argomenti condivisibili, evidenziando che l'art. 1335 c.c. richiede la prova dell'impossibilità di avere avuto "notizia" della dichiarazione, termine diverso dalla "conoscenza" della dichiarazione; ed infatti per notizia può intendersi la mera informazione relativa ad un fatto, un'acquisizione intellettuale di grado inferiore alla conoscenza. Per vincere la presunzione di cui all'art. 1335 c.c., dunque, il destinatario dovrebbe dimostrare un evento eccezionale che abbia interrotto in modo assoluto il collegamento tra il luogo di arrivo della dichiarazione ed il soggetto. Una dichiarazione in lingua non conosciuta dal destinatario, in definitiva, può impedire a quest'ultimo di comprenderne il senso esatto, ma non gli impedisce di averne notizia ai sensi delle disposizioni citate<sup>222</sup>.

In ogni caso gli artt. 1334 e 1335 c.c. sono stati concepiti da legislatore per regolare i contratti bilateralmente predisposti, mentre la questione linguistica deve essere risolta facendo riferimento alle disposizioni che più specificamente regolano i contratti bancari, quali gli artt. 1341 c.c. e 33 ss. cod. cons<sup>223</sup>. Secondo la prima disposizione le condizioni generali unilateralmente predisposte sono efficaci nei confronti dell'aderente, se erano da questo conosciute o *conoscibili con l'ordinaria diligenza*. L'oggetto della conoscibilità è duplice, riguardando non solo l'esistenza della clausola ma anche la

---

<sup>221</sup> D. MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, cit., pp. 106-117.

<sup>222</sup> C. CICALA, *Lingua straniera e testo contrattuale*, cit., p. 25 ss., spec. pp. 43-61.

<sup>223</sup> Ai contratti bancari si applica sia la normativa del Codice civile che quella consumeristica, dato che si tratta di contratti conclusi tramite l'utilizzo di condizioni generali (presupposto per l'applicazione dell'art. 1341 c.c.) tra professionisti e consumatori (requisiti soggettivi la cui sussistenza è necessaria per l'applicazione degli artt. 33 ss. cod. cons.). Cfr. M. GIORGIANNI, *Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase della formazione del consenso*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 3, p. 1210.

possibilità di essere appresa nel suo contenuto in quanto redatta in modo comprensibile<sup>224</sup>. Vi è dunque un onere di *clare loqui*, ricavabile anche dalla regola dell'interpretatio *contra proferentem* di cui all'art. 1370 c.c., la quale, in caso di clausole ambigue, limita eventuali obblighi a ciò che avrebbe potuto risultare ad un aderente di medie capacità<sup>225</sup>; il rischio linguistico, però, ponendo un problema di conoscenza o conoscibilità delle clausole, chiama in causa direttamente l'art. 1341 cc.

Anche se la riproduzione delle clausole nel documento contrattuale o il rinvio espresso ad esse fa sorgere un dovere di conoscenza, non per questo, però, esse sarebbero automaticamente conoscibili dall'aderente; si nega, in particolare, che la mancata conoscenza di clausole riprodotte nel contratto sia in *re ipsa* colposa, dovendo anche in tal caso procedersi al *test* di conoscibilità con l'ordinaria diligenza, soprattutto in presenza di moduli densi, non leggibili per i caratteri di stampa microscopici e poco comprensibili nel contenuto<sup>226</sup>.

Una voce dottrinale, pur sostenendo che le condizioni generali siano conoscibili anche se non redatte nella lingua dell'aderente, con riferimento alle condizioni generali cui aderisce il consumatore ha sostenuto, invece, l'obbligo del professionista di redigerle nella lingua di quest'ultimo o di procurargli una traduzione, a pena di inefficacia delle stesse<sup>227</sup>. Come ha osservato la dottrina tedesca, però, talune forme di comunicazione, come la dichiarazione scritta, ridurrebbero fortemente il rischio di essere inidonee alla

---

<sup>224</sup> F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XXI, t. I, Giuffrè, Milano, 1968, p. 432; V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, cit., pp. 186-187; M. CASSOTTANA, *Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto*, in C. M. BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 152.

<sup>225</sup> Così M. CASSOTTANA, op. ult. cit., p. 127. L'A. richiama il n. 626 della Relazione al Codice civile, la quale spressamente parla di onere di *clare loqui* del predisponente ed esplicita la natura sanzionatoria della regola di cui all'art. 1370 c.c., dovendo l'aderente sopportare le conseguenze della redazione di una clausola ambigua. L'A. ritiene che l'art. 1370 c.c. si differenzi dall'art. 1341, comma 1 c.c. per il diverso oggetto della conoscenza dell'aderente: mentre l'art. 1341 richiede l'astratta conoscibilità dell'esistenza e del contenuto delle c.g. affinché il contratto sia efficace, l'art. 1370 tutela il singolo aderente tutte le volte in cui non abbia conosciuto esattamente l'entità dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto, nonostante l'ordinaria diligenza, e non sia stato in grado di valutare le conseguenze giuridiche derivanti dall'adesione al regolamento unilateralmente predisposto. Così M. CASSOTTANA, *Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto*, cit., p. 152.

<sup>226</sup> V. ROPPO, op. ult. cit., pp. 187-188. Nello stesso senso S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Cedam, Padova, 1996, pp. 81-82.

<sup>227</sup> In tal senso D. MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, cit., p. 144.

trasmissione della volontà, poiché il destinatario, se pure non in grado di percepirne subito il significato linguistico, potrebbe sempre avvalersi dell'aiuto di un terzo<sup>228</sup>.

La stessa dottrina, inoltre, distingue ulteriormente tra dichiarazioni emesse nella lingua del luogo nei confronti di un soggetto straniero e dichiarazioni emesse in una lingua che non è né quella del luogo né quella del destinatario straniero: nel primo caso la forma scritta vale ad attribuire conoscibilità perché consente di procurarsi facilmente una traduzione<sup>229</sup>. Tale argomento vale *a fortiori* in un'epoca nella quale applicazioni e *tools online* consentono facilmente e gratuitamente di tradurre testi redatti in qualsiasi lingua.

Si tratta di stabilire, dunque se tale attività sia esigibile dal consumatore. La diligenza cui si riferisce l'art. 1341 è quella del buon padre di famiglia, che impone uno sforzo cui è tenuto il soggetto in generale; l'onere di conoscenza delle clausole predisposte, dunque, ha come termine di riferimento non la persona della controparte *in concreto*, ma un soggetto astratto dotato di normale diligenza<sup>230</sup>.

Tale rilievo è confermato anche da chi, premettendo che non è conoscibile un testo oscuro per la massa dei consumatori del settore, fa rientrare in tale considerazione anche l'uso di una lingua straniera. È evidente, infatti, che si ritiene oscura alla massa dei consumatori una lingua straniera diversa da quella *normalmente* utilizzata nella pratica del settore, come si evince dal fatto che per l'A. occorre verificare se, *in base ad un criterio di normalità*, l'aderente avrebbe dovuto comprendere il significato del testo straniero<sup>231</sup>. Il riferimento alla pratica del settore e al criterio di normalità, dunque, esclude che l'utilizzo della lingua italiana possa rendere inconoscibili le condizioni generali.

L'esistenza di un dovere dell'intermediario, *ex bona fide*, di tradurre il contratto o di chiarirne il significato nella lingua del consumatore, concorre (non escludendolo) con il dovere di diligenza gravante sull'aderente alle condizioni generali, a cui può imporsi di procurarsi la conoscenza della lingua nella quale normalmente si esprime il professionista. Ed infatti, in senso contrario alla tesi in esame depone la dottrina che

---

<sup>228</sup> V. D. MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, cit., p. 113 e la dottrina ivi citata in nota.

<sup>229</sup> D. MEMMO, op. ult. cit., p. 114 e la dottrina ivi citata in nota.

<sup>230</sup> F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 442. Nello stesso senso v. V. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 212, per il quale. il criterio di conoscibilità di cui all'art. 1341 c.c richiede l'agevole comprensibilità delle clausole predisposte da parte di un aderente medio.

<sup>231</sup> C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, 1. *Dir. Civ.*, in *Enc. giur. Trecc.*, cit., pp 2-3.

ritiene che quello all'art. 1341 c.c. sia un "onere di auto informazione"<sup>232</sup>, con un'espressione che implica un comportamento proattivo; di conseguenza, il predisponente deve provare non la probabilità ma solo la *possibilità* di acquisizione della conoscenza con la normale diligenza, anche se di per sé insufficiente senza un'attività del destinatario<sup>233</sup>. L'onere di informazione potrà essere assolto dal migrante, ad esempio, chiedendo all'intermediario dei chiarimenti sul significato del testo contrattuale o procurandosi una traduzione del testo.

La giurisprudenza, ad esempio, ha osservato che, in presenza di clausole scarsamente o per nulla leggibili (perché il modello è in fotocopia o perché i caratteri grafici sono eccessivamente piccoli), il contraente debole può esigere dalla controparte che gli venga fornito un modello contrattuale leggibile; ove ciò non abbia fatto, non può lamentare di non aver retamente compreso la portata della clausola contestandone l'efficacia<sup>234</sup>. In sostanza, persino in presenza di una difficoltà di conoscenza oggettiva (diversa dalla difficoltà soggettiva dovuta alla lingua) non viene meno il dovere di diligenza dell'aderente. Ricavare dall'art. 1341, comma 1 un obbligo di traduzione nella lingua del consumatore contrasterebbe poi col tenore letterale della legge, che addossa a tutti gli aderenti, consumatori o meno, il medesimo dovere di diligenza.

L'interpretazione proposta, inoltre, deriva dall'esigenza di evitare il sorgere di una antinomia<sup>235</sup>: sostenere, come la tesi criticata, l'inefficacia nei confronti di un consumatore straniero di condizioni generali redatte in italiano, con l'obbligo di tradurle

---

<sup>232</sup> M. GIORGIANNI, *Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto*, cit., p. 1211; la tesi criticata, invece, ritiene che la diligenza di cui all'art. 1341 c.c. non imponga al consumatore tale adempimento: D. MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, cit., p. 144.

<sup>233</sup> S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., pp. 87-88.

<sup>234</sup> CASS., 12 Febbraio 2018, n. 3307, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 9, p. 1234 ss., commentata da M. PELLINI, *La conoscibilità delle clausole illeggibili fra invalidità e oneri di vigilanza*, ivi; nello stesso senso v. CASS., 11 Settembre 1973, n. 2562, in *Mass. Foro it.* 1973, che ha affermato come non possa operare la presunzione di mancata conoscenza di una clausola a causa di un carattere tipografico eccessivamente ridotto o scarsamente leggibile nel caso in cui l'aderente l'abbia espressamente approvata per iscritto. V. anche A.B.F. ROMA, 14 Aprile 2014, n. 2351, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it) che, affermando l'onere del contraente di controllare diligentemente le disposizioni contrattuali, ha conseguentemente escluso la possibilità di riconoscere, in via automatica e assoluta, l'invalidità di una clausola poco leggibile. V. però TRIB. GENOVA, 14 Febbraio 2013, n. 518, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che ritiene senz'altro vessatoria la clausola poco leggibile che preveda un tasso di interessi moratori superiore a quello pattuito.

<sup>235</sup> Sull'argomento della coerenza del legislatore v. su tutti G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. I, t. 2, Giuffrè, Milano, 1980, p. 361, per il quale tale argomento, in presenza di due norme predicanti due qualifiche normative incompatibili, impone di concludere che una delle due norme non valga in generale o non sia applicabile a quel caso particolare.

nella sua lingua, contrasterebbe con quelle disposizioni (art. 127, comma 1-*bis* t.u.b.) che obbligano gli intermediari solo a predisporre i contratti e i documenti informativi *almeno in lingua italiana*.

A considerazioni simili conducono anche gli artt. 33, comma 2, lett. l), 36, comma 3, lett. c), art. 35 cod. cons., per i quali sono vessatorie le clausole che prevedono l'adesione a clausole non conoscibili *ex ante*: il riferimento alla "possibilità" di conoscenza, e il fatto che tali disposizioni siano la trasposizione, non innovativa, dell'abrogato art. 1469 *quinquies*, comma 2, n. 3), c.c., depone nel senso che la non conoscibilità debba derivare da un'impossibilità di fatto, oggettiva, non dipendente cioè dal consumatore<sup>236</sup>. A monte, peraltro, sembra difficilmente contestabile che i termini redatti in italiano siano idonei ad assicurare al migrante (non solo la conoscibilità, ma) una conoscenza, anche superficiale, del regolamento negoziale, quando il consumatore abbia dimistichezza con le nozioni basilari della lingua italiana; cosicchè, non ponendosi un problema di conoscibilità o di conoscenza delle condizioni generali, si pone semmai un problema di tutela dell'errante per eventuali vizi del consenso<sup>237</sup>.

Una soluzione diversa potrebbe forse discendere dall'art. 4, par. 2, dir. 93/13, attuato con l'art. 35 cod. cons., che, pur contenendo lo stesso principio di chiarezza e trasparenza insito nell'art. 1341 c.c.<sup>238</sup>, ha subito una profonda evoluzione nell'interpretazione giurisprudenziale. Una parte della dottrina ha evidenziato che la libertà del professionista di determinare la lingua delle condizioni generali di contratto non è illimitata, dato che la lingua scelta non dovrebbe rendere i termini del contratto incomprensibili per il consumatore. Secondo l'orientamento della Corte di giustizia, infatti, il requisito di trasparenza di cui all'art. 4, par. 2, dir. 93/13 (attuato in Italia con

---

<sup>236</sup> In tal senso, con riferimento all'art. 1469 *quinquies*, comma 2, n. 3, c.c., G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, pp. 171-172.

<sup>237</sup> V. S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, cit., p. 87: «Il presupposto della conoscenza delle condizioni generali di contratto può considerarsi sussistente già nelle ipotesi di conoscenza superficiale, o addirittura di erronea conoscenza, divenendo semmai applicabili, in quest'ultima ipotesi, per la tutela dell'errante, le norme dettate in tema di vizi del volere».

<sup>238</sup> TRIB. RAVENNA, 22 Febbraio 2012, in *Contr.*, 2012, 4, p. 283, estende l'esigenza di chiarezza e trasparenza di cui all'art. 35 cod. cons. anche agli artt. 1341-1342 c.c. Sul principio di chiarezza e comprensibilità nei contratti bancari v. TRIB. BERGAMO, 10 Maggio 2005, in *Contr.*, 2006, 6, p. 592 ss., commentata da L. VIGORITI, *L'obbligo di chiarezza e comprensibilità nei contratti dei consumatori e le conseguenze della sua violazione*, ivi; TRIB. ROMA, 21 Gennaio 2000, in *Foro It.*, 2000, 6, p. 2045 ss. La giurisprudenza ha chiarito che gli artt. 33 ss. cod. cons. prescindono dal tipo contrattuale prescelto dalle parti, trovando applicazione sia in caso di predisposizione di moduli o formulari in vista di una serie indefinita di rapporti, che di contratto singolarmente predisposto: CASS., 20 Marzo 2010, n. 6802, in *Diritto e Giustizia*, 2010, [www.dirittoegustizia.it](http://www.dirittoegustizia.it).

l'art. 35 cod. cons.), deve essere interpretato estensivamente, non essendo sufficiente che le clausole siano formalmente e grammaticalmente corrette, occorrendo invece che il consumatore sia messo in grado di comprendere le conseguenze economiche derivanti dal contratto<sup>239</sup>. Ne consegue, secondo certa dottrina, che, qualora le condizioni generali di contratto non fossero redatte nella lingua del consumatore, egli potrebbe non comprendere le implicazioni economiche del contratto e la clausola sarebbe abusiva, tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto<sup>240</sup>.

Sul punto si manifestano i dubbi espressi in precedenza sulla standardizzazione della tutela offerta dal diritto europeo: ed infatti, la tesi della vessatorietà delle clausole in lingua diversa da quella del consumatore non tiene conto del fatto che, secondo la Corte di giustizia, il punto di riferimento del giudizio di comprensibilità della clausola è il noto «consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto<sup>241</sup>». Tale parametro discende dalla natura standardizzata delle condizioni generali, che, essendo destinate ad applicarsi ad una serie indeterminata di contratti, non potrebbero materialmente tenere conto delle differenze individuali dei consumatori, se non a costo di inefficienze<sup>242</sup>.

---

<sup>239</sup> CGUE, 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank*, C-26/13, in curia.europa.eu, commentata da A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Dir. civ. cont.*, [www.dirittocivilecontemporane.com](http://www.dirittocivilecontemporane.com), Aprile/Giugno 2014; CGUE, 20 Settembre 2018, *OTP Bank Nyrt. e OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt c. T. Ilyés e E. Kiss*, C-51/17, in curia.europa.eu. Per una rassegna critica della giurisprudenza europea in materia di trasparenza delle clausole nei contratti b2c v. M. DELLACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 6, p. 324 ss. spec. pp. 333-335.

<sup>240</sup> M. LOOS, *Double Dutch - On the role of the transparency requirement with regard to the language in which standard contract terms for B2C-contracts must be drafted*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 6, p. 56.

<sup>241</sup> Così espressamente CGUE, 20 Settembre 2018, *OTP Bank Nyrt. e OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt c. T. Ilyés e E. Kiss*, cit.; CGUE, 30 aprile 2014, *Kásler e Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank*, par. 74. Sembra utile evidenziare che l'art. 5, n. 2 della Proposta di direttiva del Consiglio del 4 Marzo del 1992, confluito poi nell'Allegato i) della Direttiva 93/13 - a mente del quale sono abusive le clausole che hanno per oggetto o per effetto di constatare l'adesione del consumatore a clausole di cui egli non ha avuto la possibilità di prendere conoscenza - si ispirava alla disciplina tedesca delle condizioni generali di contratto di cui agli artt. 305, Abs 2 e Abs 2, BGB, i quali sono interpretati dalla dottrina e giurisprudenza dominanti nel senso che le condizioni generali devono essere comprensibili, chiare e facilmente leggibili per il cliente medio. V. M. GIORGIANNI, *Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente*, cit., pp. 1212-1217. V. anche la giurisprudenza dell'Arbitro Bancario Finanziario: ABF, COLL. COORD., 20 Maggio 2015, n. 4135, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it); di recente ABF. MILANO, 13 Febbraio 2020, n. 2383, ivi.

<sup>242</sup> In tal senso M. LOOS, *Transparency of standard terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law*, in *Eur. rev. priv. Law*, 2015, 23, 2, p. 188.

Ne dovrebbe conseguire, pertanto, che un immigrato con poca conoscenza della lingua italiana non potrebbe sostenere la vessatorietà di condizioni generali di contratto redatte in italiano, posto che il consumatore *medio* cui si rivolge un professionista italiano comprende la lingua italiana; ed infatti, in base al considerando 18 della dir. 2005/29, anche i fattori linguistici rilevano nella configurazione del concetto di consumatore medio. Rimane poi ferma l'obiezione più dirimente, secondo la quale ritenere vessatorie clausole solo perché redatte in italiano equivarrebbe a sovvertire la volontà del legislatore, il quale espressamente impone solo un obbligo di redazione dei contratti e dei documenti informativi in lingua italiana.

Un discorso diverso, invece, dovrebbe valere nel caso di prodotti offerti specificamente a soggetti stranieri nell'ambito del c.d. *migrant banking*, cioè quel segmento di mercato avente ad oggetto la fornitura di prodotti e servizi bancari ad immigrati. Sebbene molti degli intermediari attivi in tale settore abbiano strutturato i propri servizi tenendo conto dell'elemento linguistico – redigendo i fogli informativi e pubblicitari nella lingua dell'immigrato, reclutando personale di *front-office* straniero e predisponendo di *call-centre* multilingua<sup>243</sup> –, occorre interrogarsi sulle conseguenze giuridiche di una pratica commerciale posta in essere solo in italiano.

Dall'art. 20, comma 2, cod. cons., si evince che la scorrettezza di una pratica commerciale, diretta ad un determinato gruppo di consumatori, va valutata in relazione all'idoneità a falsare il comportamento economico del membro medio di tale gruppo. Ad avviso della dottrina, inoltre, nel determinare il concetto di consumatore vulnerabile devono essere considerati i fattori di cui al considerando 18 della dir. 2005/29, tra cui quello linguistico, quando la pratica commerciale sia diretta alla sua categoria di appartenenza: anche i fattori linguistici, per gli stranieri che risiedono in un paese di cui non conoscono bene la lingua, possono venire a caratterizzare quale categoria vulnerabile quella parametro della pratica scorretta<sup>244</sup>; l'idoneità fuorviante, inoltre, deve valutarsi in

---

<sup>243</sup> *Inclusione finanziaria e mercato del migrant banking, aspetti e criticità del mercato, esperienze nazionali e internazionali, proposte di sviluppo*, progetto cofinanziato da UE e Ministero dell'Interno italiano, p. 25, in [http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/21/0539\\_Rapporto-inclusioneфинanziaria\\_migranti.pdf](http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/21/0539_Rapporto-inclusioneфинanziaria_migranti.pdf). Per un quadro completo dei prodotti di *migrant banking* in Italia, v. N. BORRACHINI, *Banche e immigrati: credito, rimesse e finanza islamica*, Pacini, 2007, p. 120 ss.

<sup>244</sup> N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., pp. 67-68.

rapporto allo specifico tipo di pratica o al prodotto della pratica, dovendo emergere cioè dalle sue caratteristiche oggettive<sup>245</sup>.

Con riferimento al parametro della diligenza, parimenti menzionato dall'art. 20 cod. cons., sui soggetti esercenti l'attività creditizia grava un obbligo di "alta" diligenza *ex art. 1176 c.c.*, riguardante non solo l'attività di esecuzione di contratti bancari in senso stretto, ma ogni tipo di atto o operazione esplicati presso una struttura bancaria, e tale obbligo deve essere valutato tenendo conto di tutte le cautele e degli accorgimenti che le circostanze del caso concreto impongono<sup>246</sup>. Per tali motivi, la redazione in italiano delle informative precontrattuali e delle condizioni generali relative a prodotti e servizi bancari destinati espressamente agli immigrati potrebbe costituire una pratica commerciale scorretta.

In definitiva, le tesi della nullità del contratto, della vessatorietà o dell'inefficacia nei confronti dei consumatori stranieri delle condizioni generali in italiano sembrano compiere un'eterogenesi dei fini di istituti concepiti per regolare fattispecie diverse; la disciplina più confacente a tutelare il migrante sembra pertanto quella dell'errore-vizio (artt. 1428 ss. cc.) Quest'ultima, a differenza della tesi dell'inefficacia, permette un contemperamento tra la tutela dell'errante e la tutela dell'affidamento del predisponente, il quale, quando le condizioni generali siano oggettivamente conoscibili – in quanto riprodotte nel testo contrattuale o in quanto vi è una *relatio* – sarà legittimamente fondato sull'adesione del consumatore, anche se quest'ultimo è di nazionalità straniera. Mentre ai sensi dell'art. 1431 c.c. tale affidamento può essere vanificato solo se il vizio della volontà della controparte era riconoscibile, l'inefficacia di cui all'art. 1341 c.c. non richiede che l'inconoscibilità fosse rilevabile da parte del predisponente (probabilmente perché è quest'ultimo a predisporre il contratto); sembra più ragionevole, dunque, limitare l'inefficacia alle fattispecie di inconoscibilità oggettiva della clausola, non comminandola in caso di difficoltà soggettive dell'aderente.

A favore di quanto qui sostenuto depone l'unico precedente giurisprudenziale sul c.d. rischio linguistico, che, sebbene non si occupi di contratti unilateralmente predisposti, attribuisce grande importanza al principio di affidamento, individuando nella disciplina

---

<sup>245</sup> N. ZORZI GALGANO, op. ult. cit., p. 68.

<sup>246</sup> V. MELI, "Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in V. MELI, P. MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 18-19.



dell'errore-vizio il rimedio adeguato per il caso di problemi linguistici. La fattispecie aveva ad oggetto la validità di una clausola, in un contratto di *know how*, derogativa della giurisdizione italiana in favore di quella tedesca; l'impresa italiana, dopo avere adito un Tribunale italiano per ottenere la risoluzione del contratto, replicava al difetto di giurisdizione sollevato dall'impresa tedesca sostenendo che la clausola era nulla per mancanza di consenso, in quanto il contratto era stato redatto in tedesco.

Secondo i giudici, però, la dichiarazione di accettazione, anche se non corrispondente all'interno volere dell'autore per il fraintendimento linguistico, è sufficiente ad escludere la nullità del contratto per mancanza di accordo, per l'affidamento che la controparte ripone in detta dichiarazione; se la volontà non si è correttamente formata, perché l'autore ha frainteso il senso della clausola, si versa in ipotesi di annullabilità del contratto<sup>247</sup>. Come evidenzia correttamente la pronuncia, inoltre, sarebbe incongruo ritenere nullo un contratto concluso da un soggetto capace in una lingua a lui sconosciuta e annullabili, *ex art. 428 c.c.*, i contratti conclusi da soggetti totalmente incapaci di intenderne il significato negoziale e di volerne gli effetti.

La tesi della nullità, in sostanza, sarebbe in contrasto coi principi del Codice del '42, che, superando il dogma della volontà, ha adottato la teoria della dichiarazione e, dunque, una concezione oggettiva di contratto<sup>248</sup>. In tale prospettiva la tutela dell'affidamento impone di ritenere solo annullabile un contratto viziato da errore ostativo, nel quale, cioè, la dichiarazione di uno dei contraenti non è sorretta dalla volontà del suo autore; sarebbe incongruo, dunque, ritenere nullo un contratto nel quale la dichiarazione di una delle parti, sebbene viziata dall'incomprensione linguistica della dichiarazione altrui, è comunque voluta nella sua essenza.

---

<sup>247</sup> TRIB. VALLO DELLA LUCANIA, 3 Novembre 1987, in *Giur. mer.*, 1989, I, p. 44 ss, con nota di M. D'AMBROSIO, *Errore-vizio della volontà sulla clausola derogativa della giurisdizione italiana secondo la convenzione di Bruxelles del 27 Settembre 1968*. In dottrina la tesi della nullità è stata sostenuta da D. MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, cit., pp. 106-117, sebbene solo con riferimento ai contratti il cui contenuto è predisposto bilateralmente. Tale tesi è criticata con argomenti condivisibili da C. CICALA, *Lingua straniera e testo contrattuale*, cit., p. 25 ss., spec. pp. 43-61. Sul rapporto tra errore e rischio linguistico nella dottrina tradizionale v. in generale V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 187; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XXI, t. II, Giuffrè, Milano, 1972, p. 342, il quale ritiene che l'ignoranza della lingua in cui si esprime la propria dichiarazione sia un caso di errore ostativo. In chiave comparatistica, è interessante menzionare un precedente, relativo all'ordinamento inglese, nel quale si è ritenuto che l'aderente, straniero ignaro della lingua inglese, fosse vincolato dalle condizioni generali in inglese che aveva sottoscritto: *The Luna* (1920), p. 22, che cito da V. ROPPO, *I contratti standard*, cit., p. 197.

<sup>248</sup> V. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 37 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. 14 ss.

Non è inutile sottolineare che l'incomprensione linguistica del consumatore può al più configurare un errore-vizio: dato che le condizioni generali di contratto sono redatte dal predisponente, infatti, sembra da escludersi la possibilità di configurare in capo all'aderente un errore ostativo, trattandosi per definizione di un errore nella trasmissione della dichiarazione<sup>249</sup>.

Valorizzando i criteri della qualità dei contraenti e delle circostanze del contratto, stabiliti dall'art. 1431 c.c., l'errore del consumatore straniero sarà riconoscibile se l'intermediario omettesse la fornitura dei chiarimenti adeguati cui è tenuto per legge nei servizi di credito o li fornisse in maniera non adeguata; per quanto riguarda i servizi di conto corrente, l'errore sarà riconoscibile qualora le difficoltà linguistiche del consumatore fossero palesi e l'intermediario, in violazione dell'obbligo di buona fede, non abbia in alcun modo agevolato la comprensione del testo contrattuale.

Rinviando all'analisi della normativa dei servizi di credito (cap III, par. 1), si può anticipare che un contratto concluso in mancanza di spiegazioni adeguate è viziato da un errore essenziale sulla natura o l'oggetto del contratto o sull'oggetto della prestazione (art. 1429 c.c. nn. 1 e 2), dato il rapporto di strumentalità tra spiegazioni e comprensione delle caratteristiche essenziali dei prodotti offerti. Rimane fermo l'obbligo dell'intermediario nei servizi di credito e di conto corrente di risarcire i danni cagionati dal comportamento non cooperativo dinanzi alle difficoltà linguistiche del consumatore, trattandosi dell'inadempimento dell'obbligo di buona fede.

---

<sup>249</sup> F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XXI, t. I, cit., pp. 444-445.

### CAPITOLO III

#### L'ACCESSO AL CREDITO: DAL CONSUMATORE ASTRATTO AL CONSUMATORE VULNERABILE.

##### 1. *Dall'informazione standardizzata all'informazione personalizzata.*

Si è detto (v. *supra*, cap. I, par. 5) che l'eccessiva standardizzazione degli obblighi informativi, previsti dalle direttive europee, riduce l'attività informativa alla mera consegna di un modulo con le informazioni legalmente previste come dispone espressamente l'art. 5, dir. 2008/48/UE, lasciando fuori ogni apprezzamento dell'adeguatezza del comportamento del professionista nei confronti di *quel* consumatore<sup>250</sup>. Il rischio di un'informazione tarata sul consumatore medio, con conseguente deresponsabilizzazione del finanziatore dalla fornitura di ulteriori informazioni, è accentuato dall'armonizzazione massima prevista dalla direttiva 2008/48, che, per favorire la creazione di un mercato del credito transfrontaliero (ostacolato dal permanere di differenti normative nazionali) impedisce di derogare alle disposizioni della direttiva<sup>251</sup>.

L'art. 124 t.u.b. (identico all'art. 5 della direttiva), infatti, dispone che il creditore fornisca al consumatore le informazioni necessarie per raffrontare le varie offerte e prendere una decisione con cognizione di causa sulla conclusione del contratto di credito, consegnandogli il modulo relativo alle «Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori»; con la consegna di tale modulo si presume che il creditore abbia soddisfatto gli obblighi di informazione di cui all'art. 124, comma 1, t.u.b. Tale procedimento espone il consumatore al rischio concreto di *information overloading*, sia perché già il modulo contiene una notevole quantità di informazioni, relative alle parti del

---

<sup>250</sup> Così R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, cit., p. 325. In senso analogo v. S. PAGLIANTINI, *Il credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit., pp. 105-106.

<sup>251</sup> V. il considerando n. 9 della direttiva 2008/48: «È necessaria una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno. Pertanto, agli Stati membri non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre disposizioni nazionali diverse da quelle previste dalla presente direttiva».

futuro regolamento contrattuale o a fatti storici<sup>252</sup>, sia perchè è possibile, *ex art.* 124, comma 2, t.u.b. consegnare un ulteriore documento con informazioni aggiuntive<sup>253</sup>, la cui quantità è lasciata alla discrezionalità delle parti. Identica previsione è contenuta nell'art. 120 *novies*, comma 2, t.u.b., che disciplina gli obblighi precontrattuali del finanziatore nei contratti di credito immobiliare ai consumatori; sebbene la direttiva 2014/17/UE non sia di armonizzazione massima, ai sensi dell'art. 14, parr. 8 e 9 della dir. il contenuto e la struttura del PIES («Prospetto informativo europeo standardizzato») non sono modificabili da parte degli Stati.

Come detto, però, il legislatore ha preso atto dell'insufficienza di una strategia fondata solo sulla *mandatory disclosure*, dati i limiti cognitivi del consumatore medio.

---

<sup>252</sup> Tale affermazione emerge senz'altro dalla lettura dell'art. 5 direttiva, per il quale le informazioni di cui trattasi riguardano: a) il tipo di credito; b) l'identità e l'indirizzo geografico del creditore, nonché, se del caso, l'identità e l'indirizzo geografico dell'intermediario del credito; c) l'importo totale del credito e le condizioni di prelievo; d) la durata del contratto di credito; e) in caso di credito sotto forma di dilazione di pagamento per una merce o un servizio specifici e dei contratti di credito collegati, tale merce o servizio e il relativo prezzo in contanti; f) il tasso debitore, le condizioni che ne disciplinano l'applicazione e, se disponibile, ogni indice o tasso di riferimento applicabile al tasso debitore iniziale, nonché i periodi, le condizioni e la procedura di modifica del tasso debitore. Qualora si applichino tassi debitori diversi in circostanze diverse, le suddette informazioni in merito a tutti i tassi applicabili; g) il tasso annuo effettivo globale e l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare, illustrati mediante un esempio rappresentativo che deve riportare tutte le ipotesi utilizzate per il calcolo di tale tasso; ove il consumatore abbia indicato al creditore uno o più elementi del credito che preferisce, quali la durata del contratto di credito e l'importo totale del credito, il creditore deve tenerne conto; se un contratto di credito prevede diverse modalità di prelievo con spese o tassi debitori diversi e il creditore si avvale dell'ipotesi di cui all'allegato I, parte II, lettera b), egli indica che altri meccanismi di prelievo per detto tipo di contratto di credito possono comportare tassi annui effettivi globali più elevati; h) l'importo, il numero e la periodicità dei pagamenti che il consumatore deve effettuare e, se del caso, l'ordine della distribuzione dei pagamenti ai vari saldi restanti dovuti a diversi tassi debitori ai fini del rimborso; i) se del caso, le spese di gestione di uno o più conti su cui sono registrate le operazioni di pagamento e i prelievi, a meno che l'apertura del conto sia facoltativa, le spese relative all'utilizzazione di un mezzo di pagamento che permette di effettuare pagamenti e prelievi, eventuali altre spese derivanti dal contratto di credito, nonché le condizioni alle quali tali spese possono essere modificate; j) se del caso, l'esistenza di spese che il consumatore è tenuto a pagare al notaio all'atto della conclusione del contratto di credito; k) l'obbligo di ricorrere a un contratto avente ad oggetto il servizio accessorio connesso con il contratto di credito, in particolare una polizza assicurativa, se la conclusione del contratto relativo a tale servizio è obbligatoria per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali previste; l) il tasso degli interessi in caso di ritardi di pagamento, le modalità di modifica dello stesso e, se applicabili, le penali per inadempimento. Distingue tra fatti storici e regole contrattuali M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 64-65.

<sup>253</sup> Secondo alcuni per evitare di "corrompere" il modulo informativo e non intaccare la comparabilità delle varie offerte di credito sarebbe stato meglio prevedere che le informazioni precontrattuali scritte fossero a numero chiuso: così M. DE POLI, *op. ult. cit.*, p. 62.

Nel caso di consumatori immigrati vi possono essere limiti cognitivi ulteriori, quali un'educazione finanziaria minore di quella del consumatore medio e il difetto di comprensione delle informative precontrattuali, normalmente redatte in lingua italiana: come si è spiegato, infatti, ai sensi dell'art. 127, comma 1-*bis* t.u.b., tutte le informazioni da fornire ai sensi degli artt. 115 ss. devono essere rese in lingua italiana, non essendovi alcun obbligo di tradurle nella lingua del consumatore.

A partire dalla direttiva 2008/48, tuttavia, è possibile enucleare in capo agli intermediari obblighi comportamentali diversi in base al maggiore o minore bisogno di tutela del consumatore, così introducendo elementi di personalizzazione del rapporto.

Come spiega il considerando 27 della dir. 2008/48, nonostante le informazioni precontrattuali fornite, il consumatore può aver bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. Le informazioni precontrattuali e le caratteristiche essenziali dei prodotti, dunque, dovrebbero essere spiegate in modo *personalizzato*, affinché il consumatore possa comprenderne i potenziali effetti sulla sua situazione economica, tenendo conto – prosegue il considerando – del bisogno di assistenza del consumatore.

L'art. 5, par. 6, dir. 2008/48, inoltre, conferiva agli Stati membri il potere di adattare le modalità e la portata di tale assistenza e stabilire chi la fornisce, tenendo conto del contesto nel quale il contratto è offerto, del tipo di credito e, soprattutto, *del destinatario*. In sede di recepimento, l'art. 124, comma 5, t.u.b si limita ad imporre ai creditori 1) la fornitura di chiarimenti adeguati affinché il consumatore possa valutare se il contratto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, nonché 2) l'illustrazione delle informazioni precontrattuali, le caratteristiche dei prodotti e le conseguenze del mancato pagamento; una previsione sostanzialmente identica si trova nell'art. 16, dir. 2014/17/UE, trasposto nell'art. 120 *novies*, comma 5, t.u.b<sup>254</sup>.

Secondo la Corte di giustizia<sup>255</sup>, l'art. 5, par. 6, della direttiva 2008/48 non precisa in quale forma i chiarimenti debbano essere forniti al debitore, contrariamente al paragrafo 1 del medesimo articolo, che, invece, si riferisce alla consegna del modulo contenente le “Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori”. Per la Corte, pertanto, né la formulazione del paragrafo 6 né l'obiettivo perseguito dallo stesso

---

<sup>254</sup>«Il finanziatore o l'intermediario del credito fornisce al consumatore chiarimenti adeguati sui contratti di credito ed eventuali servizi accessori proposti, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito e i servizi accessori proposti siano adatti alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria».

<sup>255</sup> CGUE, 18 Dicembre 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance SA c. Ingrid Bakkaus*, in curia.europa.eu

suggeriscono che tali chiarimenti debbano essere forniti in un documento specifico, non escludendosi che il creditore possa fornire oralmente siffatti chiarimenti al consumatore, nel corso di un colloquio con quest'ultimo<sup>256</sup>. La questione relativa alla forma in cui i chiarimenti devono essere forniti rientra, di conseguenza, nell'ambito del diritto nazionale.

La Corte poi chiarisce che non risulta né dalla formulazione né dagli obiettivi degli artt. 5 e 8 della direttiva 2008/48 che la valutazione della situazione finanziaria e delle esigenze del consumatore debba essere effettuata prima di fornire i chiarimenti adeguati; non sussiste, in via di principio, un nesso tra i due obblighi derivanti dai summenzionati articoli di detta direttiva. Tale precisazione, dunque, esclude una lettura riduttiva del dovere di fornire chiarimenti adeguati, quale mero adempimento ancillare alla valutazione del merito creditizio, funzionale principalmente a mettere in guardia dall'assunzione di un impegno economico sproporzionato, come sembra evincersi dalla dottrina<sup>257</sup>. In base ai principi affermati dalla Corte di giustizia, invece, si deve dare un'interpretazione estensiva sia dell'art. 124, comma 5, t.u.b., sia, per identità di contenuti, dell'art. 120 *novies*, comma 5, t.u.b., imponendo all'intermediario una condotta esplicativa relativa a qualsiasi profilo del contratto di credito, come si evince, del resto, da un'interpretazione letterale delle due disposizioni, che non specificano l'oggetto delle spiegazioni.

In base ad una lettura più garantista, inoltre, l'attività esplicativa deve essere prestata dal finanziatore indipendentemente da una richiesta esplicita del consumatore<sup>258</sup>.

Ora, non solo è plausibile che l'intensità dei chiarimenti vari in base al livello di alfabetizzazione finanziaria del consumatore; ma, non essendo poi stabilita la forma di questi chiarimenti, in presenza di consumatori stranieri è ragionevole imporre al

---

<sup>256</sup> Propende per la forma orale dei chiarimenti C. SOLINAS, *Sub art. 16*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Quaderni Fondazione Italiana Notariato, Gruppo 24 Ore, Milano, 2016, p. 352.

<sup>257</sup> Ed infatti il dovere di fornire chiarimenti adeguati è stato oggetto di attenzione per lo più in quanto funzionale a mettere in guardia dall'assunzione di impegni economici eccessivamente onerosi (v. R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., pp. 149-150) ed in quanto completamento della previa valutazione del merito creditizio al fine di segnalare i prodotti "non sostenibili" (v. S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, cit., p. 107, con riferimento all'art. 120 *novies* t.u.b.; v. T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, in *Contr.*, 2014, 10, p. 882).

<sup>258</sup> Così G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 3, p. 272, nt. 55.

finanziatore un obbligo di spiegare le informazioni precontrattuali in una lingua comprensibile al cliente<sup>259</sup>. Tale lettura è confermata dall'obbligo del finanziatore, previsto dall'art. 120 *septies* t.u.b. per il credito immobiliare, di basare la propria attività su ogni bisogno *particolare* comunicato dal consumatore; non rileva, pertanto, che la possibilità di adattare la portata dei chiarimenti al caso concreto dipendesse da una scelta degli Stati membri<sup>260</sup>.

Pur essendo possibile adempiervi anche in forma scritta, un obbligo di spiegare oralmente il contenuto del contratto migliora la comprensione da parte dell'immigrato delle condizioni contrattuali, senza incorrere nei *bias* che, secondo gli studi di economia comportamentale, sono connessi alla lettura delle informative scritte.

E' noto, infatti, che la modalità con cui viene presentata una informazione può influenzare il processo decisionale dei soggetti (*frame effect*)<sup>261</sup>. Non solo il rischio di *information overloading* è maggiore quando le informazioni sono veicolate per iscritto invece che oralmente<sup>262</sup>, ma, secondo ricerche empiriche, spesso le informative

---

<sup>259</sup> Cfr. R. NATOLI, "Le spiegazioni adeguate" relazione al Convegno di Rovigo del 24 Ottobre 2014 su "La nuova disciplina europea dei contratti di credito stipulati per finanziare l'acquisto di immobili. La direttiva 2014/17/ UE e la sua attuazione nell'ordinamento italiano", pp. 1 ss.: «le spiegazioni adeguate servono a colmare il *gap* che può sussistere tra informazioni rese a un consumatore astratto e la comprensione del consumatore concreto. Può infatti accadere che informazioni facilmente comprensibili da parte del consumatore avveduto ed esperto, risultino totalmente inaccessibili al consumatore sprovvisto e finanziariamente analfabeta [...]. La spiegazione, dunque, deve essere tale da rendere comprensibili al consumatore concreto le informazioni obbligatoriamente rese. Implica uno sforzo mirato sulle caratteristiche del singolo destinatario». Ciò implica, logicamente, la presenza di personale plurilingua, che, sebbene non normativamente imposta, comincia a diffondersi anche presso gli intermediari di maggiori dimensioni: v. l'iniziativa di Unicredit volta alla creazione di filiali dedicate agli immigrati con personale in grado di parlare la lingua di tali clienti, <http://www.migliorcontocorrente.org/agenzia-tu.htm>

<sup>260</sup> A favore di questa tesi è G. DE CRISTOFARO, Intervento al Convegno su "La nuova disciplina europea dei contratti di credito per finanziare l'acquisto di immobili", tenuto a Rovigo il 24 Ottobre 2014, per il quale se gli Stati non esercitano questa opzione, il parametro di riferimento dell'adeguatezza delle informazioni è quello del consumatore medio.

<sup>261</sup> Sul punto v. R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Libertarian paternalism Is Not an Oxymoron*, in 70 *U. Chi. L. Rev.* (2003), p. 1182; Eid., *Nudge. Improving Decisions About Wealth, Health, Happiness*, Yale University press, New Haven & London, trad. it., *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, 2014, pp. 36-37, spec. p. 81 ss. sullo *status quo bias*: «For reasons we have discussed, many people will take whatever option requires the least effort, or the path of least resistance. Recall the discussion of inertia, *status quo* bias, and the "yeah, whatever" heuristic. All these forces imply that if, for a given choice, there is a default option—an option that will obtain if the chooser does nothing—then we can expect a large number of people to end up with that option, whether or not it is good for them»; D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decisions under Risk*, in 47 *Econometrica* (1979), 2, p. 263 ss.

<sup>262</sup> R. NATOLI, *Il contratto «adeguato»*, cit., pp. 17-18.

precontrattuali non vengono neppure lette perché presentano un linguaggio troppo tecnico<sup>263</sup>.

Tali affermazioni sono provate dagli studi di psicologia cognitiva, secondo i quali gli individui memorizzano e comprendono meglio i testi (circa il 20% in più) quando sono esposti oralmente invece che letti in silenzio, dato che la memoria registra il ricordo addizionale che la parola è stata pronunciata (c.d. *production effect*)<sup>264</sup>; quando le informazioni di un testo vengono esposte a voce da un altro interlocutore, inoltre, esse vengono assimilate meglio rispetto alla semplice lettura da parte del singolo individuo<sup>265</sup>.

Da questo punto di vista sono da salutare con favore la Sez. VI-bis, par. 5.2.3. e la Sez. VII, par. 4.2.2.2 delle Disposizioni di trasparenza delle operazioni e servizi bancari, adottate da Banca d'Italia, le quali, specificando il contenuto degli artt. 120 *nonies*, comma 5 e 124, comma 5, t.u.b., prevedono espressamente la possibilità di fornire assistenza orale al consumatore. Non sembra pertinente l'obiezione, da taluno sollevata, per la quale è difficile provare l'adempimento orale degli obblighi informativi<sup>266</sup>:

---

<sup>263</sup> N. LINCIANO, M. GENTILE, P. SOCCORSO, *Report on financial investments of Italian households*, CONSOB, 2017, p. 6. Nello stesso senso, v. C. E. SCHNEIDER, O. BEN-SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, cit., p. 52: «Mandated disclosure assumes that people want to make decisions themselves, and that they do so by gathering and evaluating information about their choices. In areas subject to mandated disclosure, both parts of this assumption are unreliable [...] People avoid financial decisions and use less information than they need and could get[...] The drudgery of learning, the agony of indecision, the risks of responsibility, the inevitability of incompetence, the recognition of perils, are avoided».

<sup>264</sup> C. M. MACLEOD, N. GOPIE, K. L. HOURIHAN, K. R. NEARY, J. D. OZUBKO, *The Production Effect: Delineation of a Phenomenon*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* 2010, Vol. 36, No. 3, pp. 671–685, spec. 677: «it appears that the individual words themselves must be produced for the production effect to appear. This act serves to differentiate the individual words spoken aloud from other words studied in the same context»; C. MACLEOD, *I said, you said: The production effect gets personal*, in *Psychon Bull Rev* (2011) 18, pp. 1197–1202; G. E. BODNER, R. K. JAMIESON, D. T. CORMACK, D. L. MCDONALD, D. M. BERNSTEIN, *The Production Effect in Recognition Memory: Weakening Strength Can Strengthen Distinctiveness*, in *Canadian Journal of Experimental Psychology* 2016, Vol. 70, No. 2, pp. 93–98; N. J. SLAMECKA, P. GRAF (1978), *The generation effect: Delineation of a phenomenon*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, 4, pp. 592–604.

<sup>265</sup> C. MACLEOD, *I said, you said*, cit., pp. 1197–1202. Ritengono, invece, poco utili le informative orali, sebbene in base ad argomenti non persuasivi, C. E. SCHNEIDER, O. BEN SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, cit., p. 715: «Empirical evidence about oral disclosures confirms its limited usefulness. For example, patients may need to know about end-of-life care, particularly CPR, since it is less effective and more unpleasant than popularly supposed. Unfortunately, doctors' conversations with patients about end-of-life care are rare and unsuccessful. In one study, discussions "did not usually concern specifics of treatment, such as artificial ventilation or cardiopulmonary resuscitation, but rather tended to deal with generalities and avoided details».

<sup>266</sup> V. C. E. SCHNEIDER, O. BEN SHAHAR, op. ult. cit., p. 715: «Oral disclosures are also difficult for the law to police and to verify». In una fattispecie decisa dall'A.B.F., relativa alla riduzione di una apertura di credito, al rifinanziamento e alla concessione di un nuovo credito ad un cliente, pur rigettando il ricorso in



gravando sull'intermediario l'onere di provare il corretto adempimento di tali obblighi, sarà suo interesse far sottoscrivere al cliente un modulo in cui si dà atto di tale adempimento.

Nei servizi di credito, dunque, l'intensità degli obblighi informativi deve calibrarsi sullo specifico bisogno di assistenza del consumatore, configurando così un'informazione personalizzata, non più riducibile alla comunicazione di una serie di informazioni *standard*; ed infatti, non solo l'art. 14, par. 7 della direttiva 2014/17/UE limita la presunzione di adempimento degli obblighi informativi con la consegna del PIES agli obblighi previsti dalla direttiva 2002/65/CE, ma la disciplina italiana di recepimento non contiene alcuna disposizione che ricollegli alla *traditio* di un modulo la presunzione di adempimento degli obblighi informativi.

Come emerge dalla disciplina del credito immobiliare, infatti, una corretta attività precontrattuale del creditore si basa sulla fornitura di informazioni selezionate e della loro spiegazione, con la conseguenza che l'adempimento degli obblighi informativi precontrattuali non è assolto con la mera consegna del PIES<sup>267</sup>.

Dato il diritto del consumatore, enucleabile dagli artt. 124, comma 5, e 120 *nonies*, comma 5, t.u.b., ad ottenere chiarimenti sul contratto di credito in una lingua a quest'ultimo comprensibile, egli potrà agire per il risarcimento dei danni cagionati dalla stipulazione del contratto in mancanza di tali spiegazioni. Si tratterà di una responsabilità da contratto valido ma sconveniente, essendo ormai consolidato l'orientamento a favore dell'applicabilità dell'art. 1337 c.c. anche in caso di avvenuta conclusione del contratto<sup>268</sup>, con risarcibilità del danno consistente nel minor vantaggio o nel maggior aggravio patito a causa del comportamento del finanziatore. La critica secondo la quale tale tesi sovverte la funzione della buona fede, che non può dare la stura ad una

---

quanto le operazioni erano state eseguite col consenso scritto del cliente, il Collegio ha stigmatizzato la condotta dell'intermediario il quale non aveva fornito chiarimenti per iscritto sulle operazioni, ma data la difficoltà di comprensione della lingua italiana del cliente straniero gli aveva fornito assistenza presso la filiale. V. A.B.F., Coll. Milano, 21 Settembre 2015, n. 7425, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

<sup>267</sup> C. SOLINAS, *Sub art. 14*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Quaderni Fondazione Italiana Notariato, Gruppo 24 Ore, Milano, 2016, p. 331.

<sup>268</sup> In giurisprudenza, *ex multis* CASS, 29 Settembre 2005, n. 19024, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); CASS., 23 Marzo 2016, n. 5762, in *Corr. giur.*, 2016, 12, p. 1517, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in caso di un contratto validamente concluso*, *ivi*, p. 1518 ss.

responsabilità per omessa informazione sulla convenienza dell'affare<sup>269</sup>, è inconferente se riferita ad un ambito nel quale l'intermediario è tenuto proprio a mettere in guardia dall'assunzione di impegni economici insostenibili.

Il consumatore può giovare del rilievo d'ufficio della violazione degli obblighi informativi da parte del finanziatore, che, affermato dalla Corte di giustizia con riferimento all'art. 10, par. 2, dir. 2008/48, sembra estensibile, per identità di *ratio* – tutelare il consumatore che abbia scarsa conoscenza dei suoi diritti – non solo alla violazione di qualsiasi obbligo precontrattuale previsto dalla disciplina del credito al consumo, ma anche di quelli previsti dalla disciplina del credito immobiliare.

Un contratto concluso senza spiegazioni adeguate, impedendo di comprendere le caratteristiche essenziali dei prodotti, può essere annullabile per errore, essenziale, sull'oggetto del contratto (art. 1429, comma I, n. 1 c.c.) o, comunque, sull'identità o su una qualità dell'oggetto della prestazione (art. 1429, comma II, n. 2 c.c.). L'errore normalmente è anche riconoscibile *ex art.* 1431 c.c., dato che il finanziatore è tenuto, secondo la diligenza professionale, a verificare che le informazioni in ordine alle caratteristiche essenziali del prodotto siano comprese e che il consumatore non stipuli per errore<sup>270</sup>. Non osta a tale rimedio il fatto che il difetto di spiegazioni adeguate costituisca l'inadempimento di un obbligo preesistente<sup>271</sup>, qualora ciò causi un vizio nella volontà del cliente; ed infatti, l'interferenza tra la disciplina dell'errore sulle qualità e quella dell'inadempimento non osta al cumulo di entrambi i rimedi<sup>272</sup>.

La tesi dell'annullabilità, argomentata dalla dottrina con riferimento al difetto di qualsivoglia spiegazione, può estendersi anche alla mancata spiegazione del significato *linguistico* del testo contrattuale, confermando la bontà della tesi sostenuta in precedenza (v. cap. II, par. 3). L'annullamento del contratto, però, rischia di non essere una sanzione efficace e dissuasiva (come richiedono gli artt. 23, dir. 2008/48 e 38 dir. 2014/17) a causa del conseguente esercizio da parte del mutuante dell'azione di ripetizione dell'indebito,

---

<sup>269</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 143.

<sup>270</sup> R. NATOLI, “*Le spiegazioni adeguate*”, cit.

<sup>271</sup> Esclude l'annullabilità del contratto in quanto nella fattispecie si avrebbe solo l'inadempimento di un obbligo C. BENANTI, *Art. 16- Spiegazioni adeguate*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Gruppo 24Ore, Milano, 2016, p. 355.

<sup>272</sup> In tal senso V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 747-748. L'interferenza riguarda, in particolare, l'applicabilità alla vendita di cose mobili della disciplina dell'errore o quella speciale di cui all'art. 1497 c.c.; C. M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., pp. 608-609; V. P. GALLO, *Il contratto*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 744-745.

che comporterebbe la restituzione immediata da parte del consumatore del capitale e degli interessi.

Un'interpretazione più conforme al principio di effettività della tutela, di cui all'art. 47 Carta dir. Ue, potrebbe deporre per l'applicazione analogica dell'art. 125-*bis*, comma 9, t.u.b., che, in caso di nullità per difetto di informazioni essenziali nel contratto, impone la restituzione (a rate) del solo capitale<sup>273</sup>; l'obbligo di un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione, però, non può comportare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale, il quale all'art. 122 t.u.b. esclude l'applicazione delle norme sul credito al consumo ai contratti di credito relativi ad immobili.

## 2. La valutazione del merito creditizio degli immigrati e la mancanza di informazioni sulla loro storia creditizia.

Tra i principali obblighi precontrattuali del finanziatore, oltre quelli di *disclosure* poc'anzi analizzati, rientra la valutazione del merito creditizio del consumatore<sup>274</sup>, che è tendenzialmente statica implicando la conoscenza di dati presenti o pregressi, come il reddito e i precedenti rapporti con il sistema creditizio, a differenza di quella degli

---

<sup>273</sup> Per l'art. 125-*bis*, comma 9, t.u.b., in mancanza delle informazioni di cui all'art. 125-*bis*, comma 1, t.u.b., «il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trenta rate mensili».

<sup>274</sup> L'obbligo di valutare il merito creditizio è stato introdotto con l'art. 8, dir. 2008/48/CE, scelta poi confermata dall'art. 18, dir. 2014/17/UE. Tali disposizioni sono integrate dall'art. 6, d.m. 17/2011, dalla Circolare n. 209/1999 e dalle Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia del 9 Febbraio 2011 sulla Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Per l'art. 6, d.m. cit., «i finanziatori assolvono all'obbligo di verificare il merito creditizio del consumatore, previsto dall'art. 124-*bis* del TUB, applicando le procedure, le metodologie e le tecniche relative alla valutazione e al monitoraggio dei clienti previste ai fini di una sana e prudente gestione del soggetti vigilati dagli articoli 53, 67, 108, 109 e 114 *quaterdecies* del TUB e delle relative disposizioni di attuazione». Per il titolo IV, Capitolo 11, par 2.1, della Circolare 209/1999, «le banche acquisiscono tutta la documentazione necessaria per effettuare una adeguata valutazione del merito creditizio del prenditore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto. La documentazione deve consentire di valutare la coerenza tra importo, forma tecnica e progetto finanziato; essa deve inoltre permettere l'individuazione delle caratteristiche e delle qualità del prenditore, anche alla luce del complesso delle relazioni con lo stesso intrattenute [...]. Al fine di conoscere l'attività di valutazione degli affidati da parte del sistema bancario le banche utilizzano [...], le informazioni fornite dalla Centrale dei rischi». V. le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia, Sez. VII, par. IV, 4.3.: «Ai sensi dell'articolo 124-*bis* del T.U. il finanziatore, prima di concludere il contratto di credito o di concedere al consumatore un aumento significativo dell'importo totale del credito, effettua una valutazione del 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».

imprenditori, per i quali l'acquisizione del bilancio è funzionale a valutare le prospettive dell'impresa e la meritevolezza del progetto finanziato<sup>275</sup>.

Le caratteristiche dei dati utilizzati, dunque, rendono problematica la valutazione di solvibilità di soggetti, come gli immigrati, privi di pregressi rapporti con il circuito creditizio, la cui esclusione dal credito si alimenta delle pregresse esclusioni in una sorta di circolo vizioso<sup>276</sup>. Ed infatti sia la Centrale dei Rischi<sup>277</sup> che le centrali dei rischi private, pur presentando alcune differenze<sup>278</sup>, possiedono solo i dati relativi alle esposizioni degli intermediari verso soggetti previamente inclusi.

Occorre verificare se sistemi di *credit scoring* innovativi e dati dei *social network* possano essere valorizzati per estendere il mercato creditizio agli *unbanked*, configurando una "cittadinanza economica" per soggetti come gli immigrati; una reale inclusione finanziaria, inoltre, aumenterebbe la clientela e i profitti degli intermediari. L'economia

---

<sup>275</sup> A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio*, cit., pp. 184-185. V. R. NATOLI, *Art. 124 bis t.u.b.*, in G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Cedam, Padova, 2013, pp. 1712-1716; R. DE CHIARA, *Art. 124-bis. Verifica del merito creditizio*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, ed. III, Cedam, 2012, pp. 1869-1876.

<sup>276</sup> V. M. HURLEY, J. ADEBAYO, *Credit scoring in the era of big data*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2017, vol 18, n. 1, p. 156: «Because traditional credit-scoring models consider a relatively limited set of data points, they may not adequately predict the creditworthiness of many "thin-file" consumers. The FICO score, for instance, principally looks at a consumer's payment history, the amounts she owes, the length of her credit history, new credit, and types of credit she uses, while omitting factors such as employment history, salary, and other items that might suggest creditworthiness. As a practical consequence, traditional credit-scoring tools may also perpetuate unfairness by denying certain groups favorable access to credit merely because they have been excluded from the credit market in the past». Nello stesso senso F. MATTASSOGLIO, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio: verso un social credit system?* EDUCatt, Milano, 2018, pp. 40-44. Sull'argomento sia consentito il rinvio a G. MATTARELLA, *Big Data e accesso al credito degli immigrati: discriminazioni algoritmiche e tutela del consumatore*, in *Giur. comm.*, 2020, 4, p. 696 ss

<sup>277</sup> Il sistema di centralizzazione informativa dei rischi creditizi gestito da Banca d'Italia è stato istituito con delibera CICR del 16 maggio 1962, e trova la propria fonte normativa negli artt. 7, 47, 51, 53, 54, 67 68, 108, 110, 114, 124-bis, 125 e 144 t.u.b., nonché negli artt. 8, 46-quater e 190 t.u.f. A livello secondario, la disciplina della Centrale dei Rischi è contenuta nella delibera CICR del 29 marzo 1994, nella Circolare n. 272 del 30 luglio 2008 c.d. "Matrice dei conti (aggiornata, da ultimo, il 28 dicembre 2017), nel decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze 11 luglio 2012, n. 663, e nelle istruzioni emanate da Banca d'Italia con la Circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991 (disponibile sul sito [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it)) che determina presupposti e modalità di funzionamento dell'archivio creditizio.

<sup>278</sup> I *Credit Bureaux* privati, pur elaborando *reports* dettagliati con informazioni di tipo positivo, come la puntualità nei pagamenti, *patterns of repayments*, rapporti sulle garanzie e sui beni posseduti, possiedono i dati di una parte soltanto dei crediti erogati dal sistema finanziario, dato che a tali sistemi gli intermediari aderiscono solo su base volontaria: F. MATTASSOGLIO, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio*, cit., pp. 34-36. La Centrale dei Rischi, invece, contiene i dati relativi ai crediti in sofferenza di ogni importo e alle esposizioni pari o superiori a 30.000 Euro.

odierna, ormai *data driven*<sup>279</sup>, attribuisce del resto all'informazione un valore anche economico: qualificando i dati come un bene commerciabile ai sensi dell'art. 810 c.c., a ciò non potendo ostare la natura non rivale e l'immaterialità del bene informazione<sup>280</sup>, la relativa fornitura comincia ad essere giuridicamente assimilata dalla dottrina ad una prestazione corrispettiva, sebbene tale conclusione venga ripudiata dalla recente direttiva 2019/770<sup>281</sup>.

Come dimostrano i rapporti dell'Osservatorio Nazionale sull'Inclusione Finanziaria dei Migranti, il mancato censimento degli immigrati nei sistemi informativi centralizzati gioca un ruolo essenziale nel processo di esclusione di tali soggetti dal circuito creditizio<sup>282</sup>. Studi economici, del resto, hanno dimostrato che, in un mercato con

---

<sup>279</sup> Non a caso il *World Economic Forum* considera i dati il nuovo fattore di produzione, equiparabile al lavoro ed al capitale: WORLD ECONOMIC FORUM, *Report 2011 Personal Data: The Emergence of a New Asset Class*, p. 7, [http:// www.weforum.org/docs/WEF\\_ITTC\\_PersonalDataNewAsset\\_Report\\_2011.pdf](http://www.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf). V. G. LA ROCCA, *Trattamento dei dati personali e impresa bancaria (Reg. Ue 679/2016)*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, 2, p. 303, per il quale l'informazione ha natura duplice, rappresentando sia un'espressione della persona umana che un'entità dotata di valore economico. Per una ricostruzione storica della nascita dell'economia dei dati e del c.d. capitalismo della sorveglianza è d'obbligo il rinvio a S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. di Paolo Bassotti, LUISS University Press, 2019, p. 37 ss.

<sup>280</sup> A. DE FRANCESCHI, M. LEHMANN, *Data as Tradeable Commodity and New Measures for their protection*, in *The Italian Law Journal*, 2015, 1, p. 54; in termini analoghi v. H. ZEICH, *Data as a Tradeable Commodity*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and The Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 51-79.

<sup>281</sup> V. il considerando 22 e l'art. 2 della nuova Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio (COM/2018/0185 final-2018-085) che modifica la direttiva 93/13/CEE, la direttiva 98/6/CE, la direttiva 2005/29/CE e la direttiva 2011/83/UE, per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'UE relative alla protezione dei consumatori. Per il considerando 22 la direttiva 2011/83 «si applica solo ai contratti di servizi, compresi i contratti di servizi digitali, che prevedono che il consumatore paghi o si impegni a pagare un prezzo. [...] Data la loro somiglianza e la loro interscambiabilità, i servizi digitali a pagamento e i servizi digitali forniti contro dati personali dovrebbero essere soggetti alle stesse norme ai sensi della direttiva 2011/83/UE». L'art. 2 propone dunque di modificare l'art. 2 della dir. 2011/83 estendendo la disciplina applicabile ai contratti di fornitura a titolo oneroso di contenuti digitali anche ai medesimi contratti nei quali il consumatore non paghi un corrispettivo ma fornisca i propri dati. A seguito di un parere contrario del Garante Europeo della protezione dei dati personali, l'art. 3, par. 2 della dir. 2019/771 (la quale ha ad oggetto i contratti di fornitura di contenuti e servizi digitali) non pone più in rapporto di corrispettività la fornitura dei servizi e dei contenuti con la fornitura di dati personali. V. C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 3, p. 505 ss.

<sup>282</sup> D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti*, cit., p. 18. V. Più in generale, sono i metodi tradizionali di valutazione del merito creditizio, basati sulla richiesta di garanzie e sull'utilizzo di banche dati, ad essere inadeguati: così *Inclusione finanziaria e mercato del migrant banking, aspetti e criticità del mercato, esperienze nazionali e internazionali, proposte di sviluppo*, cit. p. 25. L'esclusione finanziaria può essere provocata anche da un'errata segnalazione presso la Centrale dei rischi: sul tema v. C. VENDITTI, *Diligenza e responsabilità nella segnalazione di crediti in sofferenza alla centrale dei rischi*, Satura, Napoli, 2005, passim. Che la Centrale dei rischi persegua anche lo scopo di aumentare

informazioni imperfette, la conseguenza fisiologica è il razionamento del credito: non potendosi determinare la rischiosità e, dunque, il corretto *pricing* di un credito, si genera una selezione avversa con aumento dei tassi di interesse ed effetti di “*sorting*” dei potenziali mutuatari<sup>283</sup>, che estromettono dal mercato gli immigrati potenzialmente bancabili, per i quali, tuttavia, l’aumento del costo del credito è ingiustificato<sup>284</sup>.

La mancanza di informazioni, inoltre, può dar luogo a fenomeni di discriminazione “razionale” da parte degli intermediari, che, non potendo esattamente determinare il merito creditizio di un immigrato, tenderanno a valutarne la richiesta di credito in base a caratteristiche direttamente osservabili, come l’etnia, evitando il costo di acquisizione di informazioni oggettive<sup>285</sup>.

Il fenomeno delle migrazioni, dunque, mettendo a dura prova l’efficacia dei sistemi di informazione centralizzata nazionali, sprovvisti di informazioni riguardanti un’ampia fascia di potenziali clienti, impone di superare i metodi tradizionali di valutazione del merito creditizio. Occorre verificare se la soluzione al problema possa derivare i) dalla recente riforma dei sistemi di informazione e ii) dall’utilizzo di tecnologie basate sui c.d. *Big Data*.

### 2.1. *La scarsa utilità del Reg. Ue 867/2016.*

Pur non essendo mancati, in passato, tentativi di realizzare un sistema europeo di rilevazione centralizzata dei rischi creditizi, le centrali dei rischi avevano sin d’ora mantenuto una dimensione nazionale, e ciò ha comportato il permanere di profonde differenze tra i sistemi esistenti in ciascuno Stato membro<sup>286</sup>.

---

l’accesso al credito risulta espressamente dalla Circolare di Banca d’Italia n. 139 del 11 Luglio 1991, cap I, sez. 1, par. 5, p. 13.

<sup>283</sup> J. E. STIGLITZ, A. WEISS, *Credit Rationing in Market with Imperfect Informations*, in *The American Economic Review*, Vol. 71, No. 3 (Jun., 1981), p. 393.

<sup>284</sup> V., con riferimento al mercato delle auto usate, G. A. AKERLOF, *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and The Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3 (Aug., 1970), pp. 488-500.

<sup>285</sup> V. C. W. CALORIMIS, C. M. KAHN, S. D. LONGHOFER, *Housing-Finance Intervention and Private Incentives: Helping Minorities and the Poor*, in *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 26, No. 3, Part 2: *Federal Credit, Theory, Evidence, and History* (Aug., 1994), p. 650.

<sup>286</sup> Così A. SCIARRONE ALIBRANDI, F. MATTASSOGLIO, *L’informazione ai mercati. Le centrali dei rischi: problemi e prospettive*, in A. NIGRO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, M. PERSASSI, S. FORTUNATO, S. AMOROSINO, V. CARIDI, V. MELI, *Informazione e attività bancarie*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2017, 4, p. 766.

E' evidente, però, che un sistema informativo limitato all'ambito nazionale contrasta sia con la libera circolazione dei servizi nel mercato unico, che postula la conclusione di contratti di credito con consumatori residenti in altri Stati membri, che con la libertà di stabilimento dei cittadini in altri Stati dell'UE, data l'importanza dell'accesso al credito per l'esercizio di ogni attività economica.

Non a caso già da tempo molte centrali dei rischi private nazionali hanno siglato una serie di patti bilaterali (*Credit Bureau Data Exchange Agreements*) aventi ad oggetto il mutuo scambio di informazioni, mentre altri accordi prevedono l'accesso reciproco degli aderenti alle banche dati creditizie degli altri Stati<sup>287</sup>. Le Centrali dei rischi pubbliche degli Stati membri dell'UE, invece, hanno siglato nel 2003 il c.d. *Memorandum of Understanding*, per permettere la circolazione, a livello europeo, dei dati relativi ai debitori censiti dalle banche dati presenti nei vari Stati membri<sup>288</sup>. La partecipazione al *Memorandum*, tuttavia, era limitata ad alcuni paesi dell'Unione Europea<sup>289</sup>, con la conseguenza che lo scambio informativo non solo non coinvolgeva i dati dei consumatori provenienti da paesi extracomunitari, ma nemmeno quelli di molti consumatori dell'Unione Europea. Sul punto si registra l'introduzione del Reg. Ue 876/2016, istitutivo di "Anacredit", un sistema di condivisione delle informazioni sui dati granulari del credito, con ciò intendendosi, per il considerando n. 1, informazioni dettagliate e individuali sui rischi creditizi dei soggetti che erogano finanziamenti. Per l'entrata in vigore di *Anacredit* e le difficoltà tecniche manifestate da alcuni paesi aderenti, lo scambio informativo previsto dal *Memorandum* si è interrotto dall'Ottobre del 2018<sup>290</sup>.

Già dal considerando n. 1, tuttavia, si evince che lo scopo primario del regolamento non è supportare la valutazione del merito creditizio, ma lo svolgimento dei

---

<sup>287</sup> EGCH, *Report of the Expert Group on Credit Histories*, cit., p. 19.

<sup>288</sup> Per effetto del *Memorandum*, le Centrali erano obbligate allo scambio di informazioni sull'indebitamento di singoli debitori verso le Centrali dei rischi dei paesi di origine, a condizione che l'esposizione debitoria fosse superiore ad Euro 25.000 o vi fosse una specifica richiesta di una parte. Per il testo del *Memorandum* v. [http://www.bancaditalia.it/statistiche/raccolta-dati/centrale-rischi/normativacr/Memorandum\\_of\\_Understanding\\_10.pdf](http://www.bancaditalia.it/statistiche/raccolta-dati/centrale-rischi/normativacr/Memorandum_of_Understanding_10.pdf).

<sup>289</sup> Austria, Belgio, Francia, Italia, Germania, Spagna, Portogallo, cui si sono aggiunte nel 2010 Romania e Repubblica Ceca.

<sup>290</sup> Comunicazione di Banca d'Italia, 1 Ottobre 2018, "Interruzione dello scambio dei dati tra le Centrali dei rischi europee aderenti al MoU", in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it)

compiti dell'Eurosistema, del Sistema europeo di banche centrali (SEBC) e del Comitato europeo per il rischio sistemico<sup>291</sup>.

Ciò è confermato dai limiti introdotti dal regolamento, non solo per quanto riguarda i soggetti sottoposti agli obblighi di segnalazione, ma, per quanto qui rileva, per la tipologia di dati raccolti. Ai sensi dell'art. 5 l'obbligo di segnalazione riguarda le esposizioni di ammontare superiore ad Euro 25.000 verso debitori diversi dalle persone fisiche, come si evince dal riferimento alle entità giuridiche nell'art. 4, comma 1, lett. b). Come si ricava dal considerando n. 12, infatti, la BCE includerà in *Anacredit* i dati riguardanti persone fisiche solo in futuro; desta dunque perplessità la cessazione degli obblighi previsti dal *Memorandum*, motivata dall'esigenza di evitare duplicazioni di flussi informativi, dato che invece quell'accordo riguardava anche i dati dei consumatori.

Al momento, dunque, non vi è un aumento del *set* di dati fornito agli intermediari per valutare il merito creditizio dei consumatori europei nei propri paesi di origine, né delle informazioni disponibili sui consumatori provenienti da paesi extracomunitari; *Anacredit* è stato creato non per impedire il sovra-indebitamento dei debitori, ma per raccogliere più informazioni in un'ottica macroprudenziale e per incentivare l'accesso al credito delle piccole e medie imprese<sup>292</sup>.

La circolazione delle informazioni sul merito creditizio degli extracomunitari imporrebbe, forse, la stipula di accordi internazionali plurilaterali di scambio informativo, tra le Centrali dei rischi pubbliche degli Stati membri dell'UE e quelle dei paesi terzi di provenienza, sul modello del *Memorandum of Understanding*. A monte occorre considerare che spesso i sistemi di informazione creditizia sono scarsamente sviluppati negli Stati di origine dei migranti, che pertanto mancano di una storia creditizia anche in patria; come dimostra un recente studio della *World Bank*, la percentuale di popolazione censita da tali sistemi informativi creditizi è molto bassa in proporzione al totale della popolazione<sup>293</sup>. Alcuni stati Africani aderenti all'UEMOA (Unione Economica e

---

<sup>291</sup> Tali compiti sono l'analisi e le operazioni di politica monetaria, la gestione dei rischi, la sorveglianza in materia di stabilità finanziaria, la politica e la ricerca macroprudenziale e infine la vigilanza bancaria nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico (MVU).

<sup>292</sup> A. SCIARRONE ALIBRANDI, F. MATTASSOGLIO, *Informazione e attività bancaria*, cit., pp. 773-774.

<sup>293</sup> Secondo la *World Bank*, nel 2012 la percentuale di soggetti censiti dai *public credit registries* negli 8 paesi dell'UEMOA (Benin, Costa D'Avorio, Guinea Bissau, Senegal, Mali, Niger, Togo, Burkina Faso) oscillava tra lo 0,9 e il 10,7% della popolazione di tali paesi, mentre nullo era l'apporto di *Credit Bureau* privati, che fino al 2018 erano assenti. In India la mancanza di informazioni creditizia riguarda soprattutto le piccole e medie imprese. V. WORLD BANK GROUP, *Credit Reporting Knowledge guide 2019*, pp. 107-



Monetaria Africana), anche grazie alla cooperazione dell'IFC (*International Financial Corporation*), hanno però istituito un *credit bureau* sovranazionale, che garantisce come *Anacredit* la circolazione delle informazioni sul credito a livello transfrontaliero tra gli stati aderenti<sup>294</sup>.

Al momento non risulta la conclusione di accordi plurilaterali tra le Centrali dei rischi dell'UE e quelle di paesi terzi, mentre la conclusione di accordi bilaterali, sul modello dei *Credit Bureau Data Exchange agreement*, sarebbe scarsamente efficace a livello sistemico, data la grande varietà della provenienza geografica degli immigrati<sup>295</sup>.

Meno plausibile sembra invece la proposta, recentemente lanciata in alcuni rapporti pubblici, di avviare relazioni tra gli intermediari e gli *stakeholder* delle comunità di migranti, quali strutture consolari o diplomatiche, associazioni di migranti ed ONG<sup>296</sup>, trattandosi di soggetti non inseriti nel circuito creditizio e che non assicurano affidabilità nell'attività di raccolta ed analisi dei dati.

## 2.2. L'uso dei Big Data per rendere "bancabili" gli immigrati. Osservazioni critiche.

All'aumento delle informazioni sul merito creditizio degli immigrati, invece, può contribuire l'applicazione della tecnologia alla prestazione dei servizi finanziari (c.d. *FinTech*)<sup>297</sup>, in particolare la *Big data analytics*. Data la quantità e la varietà delle fonti

---

112, in <http://documents.worldbank.org/curated/en/262691559115855583/pdf/Credit-Reporting-Knowledge-Guide-2019.pdf>

<sup>294</sup> WORLD BANK GROUP, *Credit Reporting Without Borders. A Regional Credit Reporting Project*, 2019, pp. 43-44, in <http://documents.worldbank.org/curated/en/482141547662326461/pdf/133786-Credit-reporting-without-borders-final.pdf>

<sup>295</sup> Dati del 2016 evidenziano che circa il 72% degli immigrati residenti in Italia sono extracomunitari. Tale popolazione è molto frammentata per nazionalità, con 1 milione di africani, meno di 1 milione di asiatici e 376.556 sudamericani: D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti*, VI Rapporto, cit. pp. 12-14.

<sup>296</sup> V. Il rapporto del Fondo europeo per l'integrazione di cittadini di paesi terzi: *Inclusione finanziaria e mercato del migrant banking. Aspetti e criticità del mercato, esperienze nazionali e internazionali, proposte di sviluppo*, p. 57, in <https://www1.interno.gov.it/>

<sup>297</sup> In dottrina v. in generale M. T. PARACAMPO, *FinTech e il mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, in M. T. PARACAMPO (a cura di), *Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 1 ss.; A. CAMEDDA, *La rivoluzione tecnologica nel settore assicurativo: l'avvento dei big data*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2016, 4, supplemento n. 1, p. 5 ss.; F. SARTORI, *La consulenza finanziaria automatizzata: problematiche e prospettive*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2018, 3, p. 253 ss. V. JOINT COMMITTEE OF THE EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES, *Discussion paper on automation in financial advice*, 4 Dicembre 2015, passim; ID., *Discussion Paper on the use Big Data by Financial Institutions*, 2016, passim; ID., *Final report on big data*, 2018, passim.

dei dati, riguardanti l'esperienza digitale del soggetto e non una relazione passata con un intermediario, i *Big Data* potrebbero risolvere il problema dell'imperfetta informazione nel mercato del *migrant banking*. Ogni volta che si interagisce su *internet* o nell'ambito di un *social network* si produce un'enorme mole di dati, non solo relativi a transazioni finanziarie – come quelli tradizionalmente utilizzati dagli intermediari – ma anche alla sfera personale<sup>298</sup>. Utilizzando tecniche di *machine learning*, la *Big Data analytics* sfrutta la capacità dell'algoritmo di “imparare” dai dati, individuando correlazioni statistiche, e di fare associazioni in base agli esempi di partenza<sup>299</sup>. Una volta mostrato all'algoritmo la *target variable* (nel caso del merito creditizio, un esempio di *default* del debitore), esso è in grado individuare le caratteristiche rilevanti nella decisione concreta<sup>300</sup>, formulando il profilo corrispondente allo scopo (un modello di debitore solvibile).

La possibilità di reperire informazioni proprio su quegli immigrati finanziariamente esclusi emerge da ricerche empiriche, secondo le quali, sebbene l'uso di tecnologie per compiere operazioni finanziarie sia ancora ridotto, il 91% di tali soggetti possiede uno *smarthphone* o un *tablet* e l'83,8% accede almeno una volta al giorno ad *internet*<sup>301</sup>. La produzione di dati, dunque, riguarderebbe soprattutto soggetti che, non utilizzando i *mobile devices* per effettuare pagamenti o per gestire i propri conti, ma per scopi del tutto avulsi da questi, probabilmente non hanno alcun rapporto con gli intermediari bancari e finanziari.

I primi tentativi di utilizzo di sistemi di *credit scoring* automatici risalgono al contesto statunitense degli anni '50<sup>302</sup>, sebbene solo negli anni '80 il *credit scoring* si sia

---

<sup>298</sup> In ambito *big data* l'eterogeneità dei dati è cresciuta in maniera esponenziale così come la presenza di dati non strutturati, che, di conseguenza, richiedono tecniche sofisticate per tramutarli in informazione. Così AGCOM, *Big Data. Interim Report nell'ambito dell'indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, p. 9. All'aumento della produzione dei dati contribuisce la c.d. *Internet of things*, cioè la connessione a *internet* di oggetti, dagli *smart phones* agli elettrodomestici, che, oltre a svolgere le funzioni tradizionali, sono finalizzati a raccogliere informazioni ed a trasmettere i dati dell'utente al produttore.

<sup>299</sup> S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review* 671 (2016), p. 678. Gli algoritmi appartenenti alla tipologia *machine learning* includono due tipi di operazioni o di algoritmi: il *classifier* e il *learner*. Il primo produce la decisione sulla base dei dati inseriti nella macchina. Il *learner* utilizza invece i cc.dd. *training data*. Il risultato del training è una matrice che verrà poi utilizzata come base per classificare nuovi dati. In questo senso J. BURRELL, *How the machine thinks: Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, p. 5.

<sup>300</sup> S. BAROCAS, A. D. SELBST, cit., *ibidem*.

<sup>301</sup> D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, sesto rapporto*, cit., pp. 89-90.

<sup>302</sup> N. G. PACKIN, Y. LEV-ARETZ, *On social credit and the right to be unnetworked*, in *Columbia Business Law Review*, 2016, vol. 2, p. 351.

diffuso in modo capillare<sup>303</sup>, utilizzando però algoritmi semplici, programmati per impiegare un numero limitato di dati, raccolti dal richiedente, dai dati già in possesso della banca e dalle centrali dei rischi<sup>304</sup>.

Seppure sia difficile tracciare un quadro preciso, per il riserbo tenuto dagli operatori, sembra che nel contesto italiano i principali intermediari utilizzino dati e sistemi di *scoring* tradizionali, ritenendo inaffidabili i dati *social*<sup>305</sup>, utilizzati, invece, dalle imprese *Fintech*, europee e non<sup>306</sup>, per recuperare lo svantaggio competitivo

---

<sup>303</sup> F. MATTASSOGLIO, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio*, cit., p. 28. Alla fine degli anni 90, i sistemi di *credit scoring* erano ampiamente utilizzati anche dalle agenzie di rating. *Standard & Poors*, ad esempio, utilizzava un sistema noto come LEVELS per attribuire un *rating* ai c.d. *mortgage backed Securities*, stimando la probabilità di *default* di certi tipi di debitori: V. F. PASQUALE, *The Black box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Harvard, 2015, p. 110.

<sup>304</sup> Negli USA il sistema di valutazione del merito creditizio più diffuso, il *FicoScore*, impiega una limitata tipologia di dati secondo la seguente ponderazione: il 35% sulla storia creditizia del richiedente; per il 30% sul suo reddito; il 15 % sulla lunghezza della sua storia creditizia; il 10% sulla tipologia di prestiti già richiesti e, infine, il 10% sulla base del nuovo tipo di credito per cui si è presentata richiesta. Così F. MATTASSOGLIO, op. ult. cit., p. 30.

<sup>305</sup> V. *UniCredit response to the ESAs discussion paper on the "Use of Big Data by Financial Institutions"*, pp. 3-4, in [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu): «UniCredit [...] uses intensively several types of data, such as personal data, anonymized data, technical data, identification data, transactional data, credit/risk data, contact history data, customer preference data [...] and behavioural data (e.g. browsing history). The data sources are mainly internal (i.e. credit and personal data), but UniCredit is integrating some external sources (structured and unstructured data) as well [...]. Regarding the use of "social data", at this moment we are not using this type of data, however it could become interesting to use them for certain banking processes. For instance, fast customer on-boarding by using social media profile and customer social data can be used to improve and enhance the quality of Anti-Money Laundering (ALM) checks». V. *Intesa San Paolo group response to Joint Committee Discussion Paper on the use of Big Data by Financial Institutions*, in [www.esma.europa.eu](http://www.esma.europa.eu): «We use both internal and external data (from reliable sources) [...] For the time being, the support offered by Big Data is limited but a growing development is expected.». L'intermediario però considera non attendibili i dati raccolti dai *social network*: «We wish to stress the importance of [...] the transparency towards customers, particularly regarding the correct identification of data associated to a specific subject, the reliability of the sources identified for the extraction of data and the correctness/updating level of data. This is particularly relevant when Big Data is used to produce legal consequences on the subject (e.g. in the creditworthiness assessment procedure). These requirements should prompt the Data Controller to avoid from collecting non-authentic data or considering data from uncertain sources (such as, for example, from social networks)».

<sup>306</sup> In Germania è attiva una *startup*, Kreditech, che concede microcrediti processando le richieste in base ai dati *social*. In Cina dal 2014 il Governo ha iniziato la costituzione di un Sistema di Credito Sociale, un programma nazionale per classificare i propri cittadini assegnando loro un punteggio rappresentante il "credito sociale" di ognuno, ottenuto sulla base di informazioni possedute dal governo relative alla capacità di ogni cittadino di adempiere le obbligazioni contratte e ad ogni altro dato comportamentali e relazionale. V. sul punto A. DAVOLA, *Algoritmi decisionali, soft data e accesso al credito: una soluzione blockchain-based per rispondere alla vacuità normativa*, in A. NUZZO (a cura di), *Blockchain e autonomia privata. Fondamenti giuridici*, LUISS University Press, Roma, 2019, *passim*.

derivante dal mancato accesso alle centrali dei rischi pubbliche e dalla mancanza di un solido patrimonio informativo<sup>307</sup>.

L'approccio del legislatore europeo nei confronti del *FinTech* è tecnologicamente neutro, poiché, per non disincentivare l'innovazione, evita l'introduzione di regole giuridiche più stringenti per regolare l'uso di algoritmi, ritenendo che tale tecnologia possa aumentare il numero di fruitori dei servizi finanziari<sup>308</sup>. Nonostante le indubbe potenzialità dei *Big Data* come strumento per aumentare l'inclusione finanziaria, vi sono, però, alcuni profili di contrasto con la normativa in materia di valutazione del merito creditizio, che, pur tecnologicamente "neutrale", osta all'utilizzo *sic et simpliciter* di qualsiasi dato.

La dottrina, pur riconoscendo i pericoli per la *privacy* insiti nel loro uso, considera imprescindibile l'utilizzo dei dati *social*, in quanto in una società "datizzata" è improbabile che proprio la valutazione del merito creditizio, caratterizzata dalla ricerca di informazioni accurate sul singolo, ne possa prescindere<sup>309</sup>. L'art. 124-*bis*, comma 1, t.u.b., si dice, lascerebbe al finanziatore la libertà di scegliere quali dati utilizzare per l'istruttoria di credito, limitandosi a introdurre un obbligo di valutare il merito creditizio, ma non menzionando il tipo di dati che possono essere utilizzati; per quanto riguarda le fonti, il consumatore verrebbe posto sullo stesso piano della consultazione di una banca dati<sup>310</sup>.

Nell'ordinamento italiano, in realtà, non vige l'obbligo di consultare una banca dati, a differenza dell'ordinamento francese che, imponendo al finanziatore, *ex art. L. 311-9 Code de la Consommation*, la consultazione del registro dei cattivi pagatori di cui all'art. L 333-4, osterebbe all'utilizzo esclusivo di altre fonti di dati.

L'art. 120 *undecies* t.u.b., relativo ai contratti di credito immobiliare, sarebbe parimenti laconico e poco "appagante" rispetto alla tipologia e alle fonti dei dati

---

<sup>307</sup> V. EUROPEAN CENTRAL BANK, *Guide to assessment of fintech credit institutions license applications*, p. 9, in [www.bankingsupervision.europa.eu](http://www.bankingsupervision.europa.eu).

<sup>308</sup> V. fra tanti F. MATTASSOGLIO, *Valutazione del merito creditizio e innovazione tecnologica*, cit., p. 12; N. G. PACKIN, Y. LEV-ARETZ, *On social credit ad the right to be unnetworked*, in *Columbia Business Law Review*, 2016, vol. 2, pp. 355-357; con riferimento alla consulenza finanziaria automatizzata M. T. PARACAMPO, *La consulenza finanziaria automatizzata*, in M. T. PARACAMPO, *FinTech*, cit., p. 128.

<sup>309</sup> F. MATTASSOGLIO, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio*, cit., pp. 21-22.

<sup>310</sup> F. MATTASSOGLIO, op. ult. cit., p. 48. Per l'A. l'unico divieto posto al finanziatore sarebbe quello di non erogare credito in assenza di una preliminare valutazione del merito creditizio, pur essendo libero di decidere quali dati utilizzare: ID., op. ult. cit., pp. 53-54.

utilizzabili<sup>311</sup>. La normativa vigente, imponendo solo di effettuare la valutazione del merito creditizio, dunque, sarebbe inadeguata sul punto, rendendo anzi auspicabile un intervento del legislatore per limitare i dati utilizzabili nel *credit scoring*<sup>312</sup>.

Il reg. UE 679/2016, invero, non osta all'utilizzo di dati *social* per profilare un soggetto al fine di valutarne il merito creditizio. Quando l'utilizzo di sistemi automatici è necessario per la conclusione o l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 22, par. 2, lett. a), potranno essere utilizzati anche dati personali col consenso dell'interessato (art. 22, par. 4).

Ad avviso di chi scrive, in senso diverso da quanto afferma la dottrina citata depongono gli artt. 120 *undecies* e 124-*bis* t.u.b, i quali, pur non contenendo delle vere e proprie *rules* sui dati utilizzabili, fanno però ricorso ad alcuni *standards*, configurando la possibilità di un sindacato sull'appropriatezza dei dati e delle loro fonti. L'art. 124-*bis*, comma 1, t.u.b., impone al finanziatore di valutare il merito creditizio sulla base di informazioni «adeguate», requisito evidentemente riferibile non solo alla quantità dei dati, ma soprattutto alla qualità ed affidabilità degli stessi.

Più esplicito è invece l'art. 120-*undecies*, che, imponendo di tenere conto dei *fattori pertinenti* per verificare le prospettive di adempimento degli obblighi contrattuali da parte del consumatore, menziona solo *le informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore*, che devono sufficienti, *proporzionate* e opportunamente *verificate*. L'art. 20, comma 1, dir. 2014/17/UE, peraltro, dispone espressamente che la valutazione del merito creditizio vada condotta sulla base delle informazioni *sulle spese, sul reddito* e sulle altre informazioni riguardanti la *situazione economico finanziaria* del consumatore<sup>313</sup>. Se ne ricava che le informazioni utilizzabili devono riguardare la situazione economica e finanziaria del richiedente, cioè il reddito, il patrimonio,

---

<sup>311</sup> F. MATTASSOGLIO, op. ult. cit., p. 60.

<sup>312</sup> F. MATTASSOGLIO, op. ult. cit., pp. 137 e 147.

<sup>313</sup> V. il considerando n. 20, che, seppure non giuridicamente rilevante, costituisce un canone ermeneutico delle disposizioni della direttiva: «Tale valutazione del merito di credito dovrebbe tener conto di tutti i fattori necessari e pertinenti che potrebbero influenzare la capacità del consumatore di rimborsare il credito per la sua intera durata. In particolare la capacità del consumatore di servire e rimborsare integralmente il credito dovrebbe tenere conto di pagamenti futuri o aumenti dovuti ad ammortamenti negativi o pagamenti differiti del capitale o degli interessi e dovrebbe essere considerata alla luce di altre spese periodiche, altri debiti e impegni finanziari nonché redditi, risparmi e attivi». La normativa in materia di valutazione del merito creditizio è poi completata da orientamenti e circolari delle autorità nazionali e internazionali. V. *Orientamenti ABE sulla valutazione del merito creditizio*, in eba.europa.eu. e le disposizioni di Banca d'Italia attuative degli artt. 120-*undecies* e 120-*duodecies* t.u.b., di modifica alla circolare n. 285 del 2013 (Disposizioni di Vigilanza per le Banche), in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it).

precedenti rapporti di debito ed ogni dato inerente a operazioni di pagamento; i dati prodotti dall'uso dei *social network*, invece, non sempre sarebbero pertinenti con la solvibilità del sovrvenuto.

Il riferimento alla proporzionalità e alla verificabilità delle informazioni, inoltre, mal si concilia con l'utilizzo dei dati provenienti dai *social*. Sotto il primo profilo, un'interpretazione sistematica del diritto europeo impone di leggere il riferimento alla proporzione congiuntamente all'art. 25, par. 2, GDPR, che impone al titolare del trattamento di trattare solo i dati strettamente necessari per le proprie finalità. Per quanto riguarda il secondo profilo, le informazioni *social* sono autoprodotte dal cliente e non soggiacciono ad alcuna verifica, essendo frequenti la creazione di profili *fake* e furti di identità.

Dalle linee guida della BCE per il rilascio dell'autorizzazione alle imprese *FinTech*, peraltro, emerge la diffidenza per l'utilizzo di dati non tradizionali a fini di *credit scoring*. Tali prassi, infatti, devono essere supportate da un'adeguata gestione del rischio e da garanzie di capitale; nel caso di *outsourcing* del *credit scoring* basato su dati non tradizionali, sono necessari controlli adeguati del rischio di credito e un'adeguata documentazione delle fonti dei dati, che devono altresì essere comprese dalla banca<sup>314</sup>. In mancanza di tali requisiti la conseguenza sarà, evidentemente, il diniego dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria da parte della BCE.

La capacità del c.d. *machine learning* di apprendere dai dati, inoltre, crea il pericolo di discriminazioni indirette basate sul nesso che la macchina coglie fra una determinata caratteristica del clienti e una qualità negativa. Si pensi ad un caso di *behavioural scoring* (c.d. *creditworthiness by associations*), nel quale un'apertura di credito è stata ridotta ad un afro-americano con una ottima storia creditizia in quanto, in base ai dati della carta di credito, aveva acquistato in esercizi commerciali nei quali avevano già acquistato soggetti con cattive storie creditizie<sup>315</sup>. Un sistema di *credit scoring* per associazioni, peraltro, sembra in contrasto con gli artt. 120 *undecies* e 124-*bis*, t.u.b., che richiedono al creditore una valutazione *individuale* del merito creditizio *del consumatore*; anche il considerando 26 della direttiva 2008/48, quale canone ermeneutico

---

<sup>314</sup> EUROPEAN CENTRAL BANK, *Guide to assessment of fintech credit institutions license applications*, cit., p. 10.

<sup>315</sup> M. HURLEY, J. ADEBAYO, *Credit Scoring in The Era of Big Data*, in *Yale Journal of Law Technology*, 2017, 1, pp. 150-151.

delle disposizioni della direttiva, addossa ai creditori la responsabilità di verificare “individualmente” il merito creditizio dei consumatori.

Con l’esigenza di una valutazione individuale contrastano sistemi di *credit scoring* che, diffusi negli USA, si basano sul principio “*birds of a feather flock together*”, per il quale le relazioni sociali sono utili strumenti per calibrare l’offerta di credito<sup>316</sup>, e che, nella valutazione del merito creditizio, considerano elementi come il numero e l’affidabilità creditizia dei *followers* del cliente sui *social network*; l’assunto è, che se le amicizie sono affidabili, lo sarà anche il cliente<sup>317</sup>, così attribuendo all’affidabilità dei contatti un effetto non lontano da quello di una garanzia personale.

La dottrina, tuttavia, ha già evidenziato la tendenziale irrilevanza, ai fini della valutazione di solvibilità, di eventuali garanzie personali rilasciate da soggetti terzi e delle coperture assicurative a garanzia del rimborso del credito<sup>318</sup>; ne consegue a *fortiori* l’impossibilità di assegnare rilevanza alle amicizie sui *social*, in assenza per giunta del rilascio di qualsiasi garanzia a favore del cliente da parte di terzi<sup>319</sup>.

La possibilità che il consumatore profilato, compreso il funzionamento dell’algoritmo, si costruisca un profilo credibile eliminando i *followers* poco solvibili, mette in dubbio l’affidabilità del *social credit system* e rischia di produrre non solo effetti di esclusione sociale sugli immigrati, inducendo i *followers* a troncare ogni relazione *social* con loro<sup>320</sup>, ma anche di esclusione finanziaria: tale sistema, oltre a penalizzare soggetti che, non inclusi socialmente e nel mondo del lavoro, di per sé hanno un ristretto *network* di amicizie, tende a ridurre ulteriormente tale *network*, rendendo l’esclusione finanziaria degli *unbanked* una profezia che si auto avvera.

Ferma la dubbia compatibilità con la normativa in materia di valutazione del merito creditizio di sistemi di *scoring* che utilizzassero qualsiasi dato *social*, i *Big Data*, a

---

<sup>316</sup> Sul tema V. F. MATTASSOGLIO, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio*, cit., p.

<sup>317</sup> N. G. PACKIN, Y. LEV-ARETZ, *On social credit and the right to be unnetworked*, cit., p. 343.

<sup>318</sup> A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore*, cit., p. 185; ID., *La valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *Riv. dir. banc.*, diritto bancario.it, 2010, p. 4.

<sup>319</sup> Non a caso *Zest Finance*, tra le imprese *Fintech* statunitensi più attive nel *credit scoring*, pur considerando nel proprio modello di *scoring* fino a 100 variabili in più rispetto ai modelli tradizionali, non utilizza dati dei *social network* in quanto irrilevanti. V. <https://www.zestfinance.com/blog/machine-learning-and-data-questions-and-answers>. Cfr. F. FERRETTI, *Not-So-Big and Big Credit Data Between Traditional Consumer Finance, FinTechs, and the Banking Union: Old and New Challenges in an Enduring EU Policy and Legal Conundrum*, in *Global Jurist*, 2018, p. 19, per il quale i dati non tradizionali sono più opinabili per natura.

<sup>320</sup> V. N. G. PACKIN, Y. LEV-ARETZ, *On social credit and the right to be unnetworked*, cit., pp. 365-400.

prescindere dall'utilizzo di tali dati, presentano degli inconvenienti derivanti dalle caratteristiche degli algoritmi, che potrebbero minarne l'efficacia come strumento di inclusione finanziaria.

Si potrebbe ritenere, seguendo alcuni contributi, che ogni trattamento automatico di dati, anche molto incisivo, sia una strategia *win win* nel caso di soggetti non bancabili, in quanto, salvaguardando valori costituzionali come il risparmio, eviterebbe al cliente perdite finanziarie - ritenute ai *considerando* n. 75 e 85 tra i rischi del trattamento – ed il finanziamento in massa di soggetti non bancabili<sup>321</sup>; si sgonfierebbe, dunque, la contrapposizione tra interesse del titolare del trattamento e diritti e libertà del cliente, che è alla base della valutazione d'impatto sulla protezione dei dati di cui all'art. 35 GDPR<sup>322</sup>.

Tali considerazioni, certamente corrette in generale, necessitano però di alcune precisazioni con riferimento all'uso di *Big Data analytics* per profilare soggetti immigrati.

Gli esempi di una classe da fornire agli algoritmi (la c.d. *target variable*) non sempre sono definibili oggettivamente: nel caso del merito creditizio non vi è un criterio oggettivo che stabilisca una definizione di cliente meritevole di credito<sup>323</sup>, ma ciò dipenderà evidentemente da una valutazione del programmatore. Anche quando la categoria da definire non è controversa, la fornitura di un singolo esempio potrebbe non attagliarsi a numerose fattispecie: ad esempio, un debitore potrebbe possedere alcune caratteristiche che lo rendono meritevole di credito ed altre che lo rendono meno meritevole.

Vi è poi il pericolo di esclusione da beni o servizi a causa della ridotta rappresentanza nei dati analizzati di una determinata categoria di soggetti, che, non avendo accesso ad *internet* o essendo esclusi dall'economia formale, possono essere meno "datizzati"<sup>324</sup>. Tale condizione riguarda proprio gli immigrati, che, coinvolti nell'economia sommersa a causa della loro vulnerabilità economica, sono costretti ad accettare lavori in nero e dunque ad effettuare soprattutto transazioni *cash*<sup>325</sup>. Come

---

<sup>321</sup> G. LA ROCCA, *Trattamento dei dati personali e impresa bancaria*, cit., p. 311.

<sup>322</sup> G. LA ROCCA, op. ult. cit., p. 312.

<sup>323</sup> V. S. BAROCAS, A. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, cit., p. 681: «In certain cases, however, there may not be any labeled data and data miners may have to figure out a way to label examples themselves. This can be a laborious process, and it is frequently fraught with peril. Often the best labels for different classifications will be open to debate. On which side of the creditworthy line does someone who has missed four credit card payments fall, for example? The answer is not obvious».

<sup>324</sup> S. BAROCAS, A. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, cit., pp. 684-685.

<sup>325</sup> V. CORDIS, EUROPEAN COMMISSION, *Migrants' Insertion in The Informal Economy, Deviant Behaviour and The Impact on Receiving Societies*, in [www.cordis.europa.eu](http://www.cordis.europa.eu).



dimostrano anche studi condotti dalla Banca d'Italia, gli immigrati tendono ad utilizzare canali informali e non tracciabili per trasferire denaro nei paesi d'origine, dati i costi dei *money transfer operator*<sup>326</sup>.

Per tali soggetti, essendo privi di strumenti di pagamento, non sarebbero disponibili, ad esempio, i dati relativi ai pagamenti posti in essere *online* con un *account Amazon* o *PayPal*, sicchè anche l'uso di tali dati, provocando una minore rappresentazione nel *database*, potrebbe escludere gli immigrati dal credito semplicemente per la loro pregressa esclusione bancaria.

### 2.3. Big Data e tutela privatistica del cliente.

Oltre a distorsioni della concorrenza derivanti da monopoli sui dati, l'utilizzo di *Big Data* potrebbe creare un *effetto lock in* sugli immigrati: data la mancata registrazione presso le Centrali dei rischi, per tali clienti potrebbe essere difficile accedere ad altri finanziatori e procedere alla surroga del mutuo, qualora questi ultimi non abbiano accesso ai *Big Data*. Un simile effetto si potrebbe evitare esercitando il diritto alla portabilità dei dati: ai sensi dell'art. 20, reg. UE 679/2016, in caso di trattamento automatico di dati l'interessato ha il diritto di ricevere i dati personali trattati, in formato strutturato e leggibile da un altro dispositivo automatico, e di trasmetterli ad un altro titolare del trattamento. Tale diritto potrebbe essere funzionale alla costruzione di un profilo storico finanziario dell'immigrato e alla portabilità del mutuo.

Tra i rischi insiti nell'uso di *Big Data* vi sono la discriminazione razziale, nel caso in cui l'algoritmo associ l'etnia del cliente al rischio di *default*, e la discriminazione di prezzo, poiché i *Big Data* rendono possibile conoscere il prezzo esatto al quale un consumatore acquisterebbe un bene o un servizio, eliminando ogni *welfare gain*<sup>327</sup>. Ciò offre gli strumenti per porre in essere attività di *targeting* in base all'etnia, che, seppure

---

<sup>326</sup> G. ODDO, M. MAGNANI, R. SETTIMO, S. ZAPPA, *Le rimesse dei lavoratori stranieri in Italia: una stima dei flussi invisibili del "canale informale"*, in *Quest. ec. fin.,(Occasional Papers)*, 2016, 332, Banca d'Italia, pp. 5-19. Gli immigrati hanno altresì sviluppato sistemi di credito informale, basati sull'aiuto e sulla fiducia reciproca all'interno delle comunità di appartenenza; sul tema v. P. ABENANTE, *Il rapporto tra migranti e finanza informale*, Osservatorio Nazionale sull'Inclusione Finanziaria dei Migranti, in [www.migrantiefinanza.it](http://www.migrantiefinanza.it), passim.

<sup>327</sup> V. in generale M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, in *Concorrenza e Mercato*, 2016, pp. 96-137. La discriminazione di prezzo è diffusa nei contratti della c.d. *sharing economy*: v. G. SMORTO, *The Protection of the Weaker Parties in the Platform Economy*, in *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, pp. 433-434. Una prospettazione dei vantaggi e degli svantaggi insiti nell'uso di Big Data è contenuta in E. RAMIREZ, J. BRILL, M. K. OHLAUSEN, T. MCSWEENEY, *Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the Issues*, Federal Trade Commission, January 2016, pp. 5 ss.

già note all'esperienza statunitense dei mutui *sub prime*, venivano però condotte con strumenti obsoleti<sup>328</sup>: oggi, invece, individuando esattamente i clienti più bisognosi di credito e, conseguentemente, disposti a corrispondere tassi di interesse più elevati, si possono praticare prezzi discriminatori differenziando i tassi di interessi a debitori in astratto egualmente solvibili.

Il reg. UE 679/2016 (G.D.P.R.) si rivela inadeguato ad arginare possibili discriminazioni nel *credit scoring*, dato l'ampio rilievo che conferisce al consenso dell'interessato, in presenza del quale sarà legittimo non solo l'uso di algoritmi profilanti, ai sensi dell'art. 22 GDPR (legittimo anche se sia necessario per la conclusione o l'esecuzione del contratto), ma altresì l'utilizzo di dati personali relativi ad etnia e origine razziale, ai sensi dell'art. 22, par. 4 (che rinvia all'art. 9, par. 2, lett. a). I principi del consenso informato e del trattamento per finalità (artt. 13 e 14, par. 1, lett. c)), però, sono difficilmente compatibili con l'uso di *Big Data*: il consenso all'utilizzo dei dati viene prestato dal consumatore senza riflettere, per avere un beneficio immediato quale l'accesso al servizio; l'enorme eterogeneità delle fonti e dei dati trattati, la complessità dei processi di analisi, comprensibili solo ad esperti del settore, rendono difficile esprimere un consenso consapevole e informato al loro uso<sup>329</sup>; la tecnologia dei *Big Data*, infine,

---

<sup>328</sup> La dottrina statunitense riporta casi di *predatory lenders* la cui attività si svolgeva quasi esclusivamente nei confronti di debitori di colore, individuati tramite i registri locali delle tasse, dati anagrafici, uffici comunali: K. C. ENGEL, P. A. MCCOY, *A Tale of Three Markets: The Law and Economics of Predatory Lending*, cit., pp. 1381-1384. Sul *predatory lending* v. in dottrina EID., *Predatory Lending and Community Development at Loggerheads*, in *Research Paper 05-105, January 2006*, Cleveland State University, pp. 3-41; A. LUPOI, *Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan*, in *Riv. dir. banc.*, 2015, 7, pp. 1-15. V. anche NATIONAL COMMISSION ON THE CAUSES OF THE FINANCIAL AND ECONOMIC CRISIS IN THE UNITED STATES, *The Financial Crisis Inquiry Report*, 2011, p. 109. Nella giurisprudenza statunitense, v. *ex multis* OREGON COURT OF APPEAL, *Vasquez-Lopez v. Beneficial Oregon, Inc.*, 152 P.3d 940 (2007), in <https://www.courtlistener.com/opinion/2635327/vasquez-lopez-v-beneficial-oregon-inc/>. Nel caso di specie si trattava di ispanici, non in grado di leggere e parlare inglese, a cui veniva promesso oralmente nella loro lingua un tasso di interesse del 7% per rifinanziare il mutuo, mentre invece nel contratto scritto, redatto in lingua inglese, il tasso ammontava al 13%. La Corte ha ritenuto il contratto non vincolante in base ad un'eccezione di *unconscionability*, trattandosi di termini totalmente sbilanciati a favore dell'intermediario. V. anche US SUPREME COURT, 1 May, 2017, *Bank of America v. City of Miami*, in *suprecourt.gov.*, nel quale è stato addirittura riconosciuto un risarcimento del danno al Comune di Miami nei confronti delle banche, che, praticando il *predatory lending*, hanno diminuito le entrate municipali derivanti dalle tasse sulla proprietà, cagionando un aumento delle procedure espropriative ai danni di soggetti appartenenti a minoranze etniche.

<sup>329</sup> F. MATTASSOGLIO, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio*, cit, p. 155.

non consente di circoscrivere lo scopo per cui un dato è raccolto e trattato, potendo essere riutilizzato per fini diversi rispetto a quelli originari col c.d. *repurposing dei dati*<sup>330</sup>.

Il rischio maggiore, però, non è tanto l'aumento delle discriminazioni, quanto quello che l'oscurità del funzionamento degli algoritmi e la tutela della proprietà intellettuale possano coprire i casi di discriminazione nella profilatura di un potenziale debitore; un'esclusione, ad esempio, potrebbe avvenire inserendo una *target variable* discriminatoria o non inserendo nel *database* dati relativi a categorie discriminate<sup>331</sup>.

Le modalità di funzionamento degli algoritmi del tipo *machine learning*, infatti, si evolvono nel tempo diventando incomprensibili alla logica umana, persino a quella del programmatore, creando una sorta di *black box*<sup>332</sup> che rende impossibile, per un soggetto discriminato, ricostruire il processo decisionale dell'algoritmo ed il peso assegnato a determinate variabili. Anche sotto tale profilo si manifesta l'inadeguatezza del GDPR, essendo controversa la sussistenza, ai sensi del regolamento citato, di un diritto a ricevere spiegazioni della decisione algoritmica, il quale è menzionato solo dal considerando n. 71 del GDPR<sup>333</sup>, che non è giuridicamente vincolante; è interessante, dunque, verificare se tale diritto possa ricavarsi *aliunde*.

La questione non è meramente teorica: l'ABF si è già occupato di una fattispecie di rifiuto di erogazione del credito sulla base di sistemi di *credit scoring* automatici<sup>334</sup>. Il ricorrente lamentava di essere stato discriminato ingiustamente in quanto possedeva un profilo patrimoniale di assoluta solvibilità, e la domanda di credito era stata rifiutata senza alcuna motivazione, riportando solo l'esito negativo rilasciato dal sistema automatico ('pratica non approvata'); dato che l'intermediario aveva evidenziato che i sistemi di elaborazione delle richieste rendevano impossibile fornire indicazioni specifiche sul

---

<sup>330</sup> F. MATTASSOGLIO, op. ult. cit., p. 156.

<sup>331</sup> S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, cit., p. 693; D. K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: due process for automated predictions*, in *Washington Law Review*, 2014, vol. 89, 1, pp. 13-14.

<sup>332</sup> Sul ruolo che ha avuto l'oscurità degli algoritmi creditizi nella crisi finanziaria del 2008 v. F. PASQUALE, *The Black box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, cit., pp. 101-139.

<sup>333</sup> In tal senso S. WACHTER, B. MITTLESTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, 7, pp. 79-82. Sul tema v. E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell'algoritmo nella cornice della responsible and research innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 5, pp. 1229-1232 e la dottrina ivi citata.

<sup>334</sup> ABF, COLL. COORD., 29 Novembre 2013, n. 6182, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it); conforme, ABF, NAPOLI, 7 Aprile 2016, n. 3196, ivi; ABF, NAPOLI, 21 Settembre 2016, n. 8100, ivi.

diniego di credito, egli chiedeva di conoscere i criteri di concessione del fido e di ottenere una precisa informazione sulle ragioni del rigetto della sua richiesta,.

Per il Collegio la tutela del cliente rappresenta un obiettivo diretto dell'attività dell'intermediario ed impone una collaborazione attiva di quest'ultimo; ciò si evince non solo dall'art. 127, comma 1, t.u.b., ma anche dal richiamo alla trasparenza delle relazioni banca-cliente nel titolo VI del t.u.b. e soprattutto dall'art. 124, comma 5, t.u.b., che, tra gli obblighi precontrattuali del finanziatore, annovera quello di fornire chiarimenti adeguati.

Il Collegio, dunque, afferma la sussistenza di un diritto del cliente a ricevere indicazioni sulle ragioni del diniego di credito, rapportate alle concrete circostanze individuali anche se generali, in quanto applicazione di criteri elaborati per la generalità della clientela; la specificità dell'indicazione delle motivazioni di esclusione dal credito, infatti, è imprescindibile affinché le risposte dell'intermediario possano pedagogicamente orientare il cliente nei suoi rapporti di credito presenti e futuri.

Il principio di diritto, in realtà, costituisce un semplice corollario del principio di buona fede ed è tecnologicamente neutro, poiché l'obbligo di spiegazioni è riferito in generale al diniego di credito, a prescindere dal tipo di algoritmo utilizzato. Per conformarsi a tale principio, però, si dovrebbero spiegare i fattori che, nella fattispecie, hanno concretamente prodotto uno *scoring* negativo; dato che la tutela della proprietà intellettuale, invece, osta alla fornitura di informazioni specifiche circa il funzionamento dell'algoritmo, si crea dunque un contrasto con gli obblighi normativi derivanti dalla valutazione del merito creditizio.

Il problema di contestare l'errata decisione di diniego del credito può essere aggirato nel caso in cui il cliente faccia valere una discriminazione per motivi razziali o etnici. Il soggetto discriminato potrà provare l'illecito giovandosi della presunzione legale relativa di cui all'art. 4, comma 3, d.lgs. 215/2003, provando elementi di fatto, desunti anche da dati statistici, idonei a fondare la presunzione dell'esistenza della discriminazione<sup>335</sup>. Il fatto che l'attore dovrà provare è l'effetto di disuguaglianza, qualificato da un fattore di rischio, creato dal sistema di *credit scoring*, consistente nell'ordinaria predisposizione di condizioni più svantaggiose per gli appartenenti a quella etnia; il fatto presunto, dalla dimostrazione del quale il ricorrente è dispensato, è il

---

<sup>335</sup> G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 6, p. 1413.

carattere ingiustificato dell'effetto di disegualianza<sup>336</sup>. Il giudice non potrà però fondare il suo convincimento solo sul dato statistico, ma dovrà valutarlo con prudenza<sup>337</sup>.

L'intermediario dovrà provare, *ex art. 3, comma 4, d.lgs. 215/2003*, che l'utilizzo di *Big Data* persegue il fine legittimo di una profilatura più completa degli immigrati, e che i criteri utilizzati sono appropriati e necessari, non essendovi alcuna discriminazione ingiustificata.

Nel caso di diniego del credito, il discriminato potrà ottenere giudizialmente la stipula del contratto attraverso un risarcimento del danno in forma specifica<sup>338</sup>, mentre nel caso di condizioni peggiori rispetto a quelle applicate al resto della clientela il giudice potrà integrare o rettificare il contratto<sup>339</sup>; in entrambe le fattispecie, il contenuto del contratto potrà essere determinato dal giudice riferendosi alle condizioni generali di contratto applicate dall'impresa.

L'interprete, però, deve evitare interpretazioni restrittive del divieto di discriminazione, volte a configurare una responsabilità soltanto dolosa per le discriminazioni e ad escludere la configurabilità di discriminazioni indirette in ambito contrattuale. Onde evitare un *vulnus* alla tutela dei consumatori occorre invece di adottare un'interpretazione estensiva del divieto di discriminazione. Le discriminazioni del *machine learning*, infatti, sono tipicamente indirette, in quanto conseguono al ragionamento inferenziale della macchina, che, adottando un criterio apparentemente

---

<sup>336</sup> G. CARAPEZZA FIGLIA, *op. ult. cit., ibidem*. L'attore potrà produrre in giudizio test situazionali o ricerche condotte da istituti specializzati in rilevazioni statistiche: D. MAFFEIS, *Voce Discriminazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, p. 503.

<sup>337</sup> D. MAFFEIS, *op. ult. cit., ibidem*.

<sup>338</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 278-280, per il quale non osta l'assenza di un obbligo di contrattare, dato che la sentenza produttiva degli effetti del contratto non coincide solo con l'azione di cui all'art. 2932 c.c.; conforme L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., pp. 301-302. Un'interpretazione favorevole al risarcimento in forma specifica è del resto conforme al diritto europeo, non solo perché l'art. 15, dir. 2000/43/Ce richiede sanzioni effettive e dissuasive contro le discriminazioni, ma anche perché che il diritto europeo assegna prevalenza a tale strumento rispetto al risarcimento per equivalente, in quanto, in ottica concorrenziale, esso assicura al consumatore il conseguimento dell'assetto di interessi atteso, come si evince dalla nullità di protezione che è necessariamente parziale. Sul primato del risarcimento in forma specifica v. A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 1, pp. 72-73. *Contra*, G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione come limite all'autonomia contrattuale*, cit., p. 1417 per il quale il contratto imposto, a differenza del risarcimento in forma specifica, non ricostituisce la situazione precedente all'illecito, ma costituisce un nuovo rapporto giuridico; il contratto imposto, inoltre, sarebbe irriducibile alle forme ordinarie di riparazione in natura, che presuppongono l'eliminazione materiale delle conseguenze pregiudizievoli del fatto illecito; l'art. 44, t.u. immigrazione sarebbe invece uno dei «casi previsti dalla legge» nei quali, secondo l'art. 2908 c.c., l'autorità giudiziaria può pronunciare sentenze costitutive.

<sup>339</sup> L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 286 ss.

oggettivo, quale il tipo di lavoro del soggetto profilato, produce effetti di esclusione su categorie come gli immigrati<sup>340</sup>.

Le discriminazioni algoritmiche, inoltre, normalmente prescindono dal dolo del programmatore nell'inserimento di esempi discriminatori come *target variable*<sup>341</sup>, il quale difficilmente potrebbe prevedere l'evoluzione del funzionamento della macchina di tipo *machine learning* e quindi eventuali discriminazioni; la tutela della proprietà intellettuale sul funzionamento dell'algoritmo, inoltre, rende ancora più arduo provare la coscienza e volontà della discriminazione.

Per la Corte Suprema USA il *Fair Housing Act*, applicabile anche agli intermediari, vieta le pratiche che producano un effetto discriminatorio sproporzionato nei confronti di una minoranza etnica, a prescindere dalla prova dell'intento discriminatorio, salvo che il criterio adottato sia necessario per fini di *business*<sup>342</sup>. La dottrina statunitense, conseguentemente, ritiene che gli intermediari possano utilizzare i *Big Data* per profilare i clienti, purché ciò sia necessario per l'impresa e non costituisca una strategia per lucrare maggiori profitti; non è però possibile attribuire rilievo a qualsiasi dato vagamente collegato al merito creditizio, quale il *college* frequentato, se intrinsecamente correlato alla razza o all'etnia<sup>343</sup>, né si richiede la prova dell'intento discriminatorio.

La dottrina italiana, invece, è controversa sulla necessità di un intento discriminatorio per applicare la normativa antidiscriminatoria. Per una prima impostazione, gli artt. 43, comma 2, lett. b) d.lgs. 286/1998 e 2, comma 1, d.lgs.

---

<sup>340</sup> V. D. K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society*, cit., p. 14: «some automated correlations and inferences may appear objective but may reflect bias. Algorithms may place a low score on occupations like migratory work or low-paying service jobs. This correlation may have no discriminatory intent, but if a majority of those workers are racial minorities, such variables can unfairly impact consumers' loan application outcomes».

<sup>341</sup> Cfr. M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., p. 107, per la quale «a contraddistinguere il fenomeno dei *big data* è proprio la possibilità che siano i dati a parlare senza che nessun essere umano utilizzi per leggerli una qualche forma di precomprensione del reale», svelando connessioni che esperti non sarebbero in grado di ipotizzare. V. R. BARTLETT, A. MORSE, R. STANTON, N. WALLACE, *Consumer-Lending Discrimination in the FinTech era*, Berkeley Public Law Research Paper, 2019, p. 3, per i quali la discriminazione nel *credit scoring* algoritmico non è più dovuta al *bias* umano che è il razzismo, ma ad illegittime discriminazioni statistiche anche in assenza di razzismo dell'agente verso le minoranze.

<sup>342</sup> US SUPREME COURT, June 25, 2015, *Texas Department of Housing & Community Affairs v. The Inclusive Communities Project, Inc.*, in [https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-1371\\_8m58.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/13-1371_8m58.pdf).

<sup>343</sup> R. BARTLETT, A. MORSE, R. STANTON, N. WALLACE, *Consumer-Lending Discrimination in the FinTech era*, cit., p. 3.

215/2003<sup>344</sup>, che richiedono che il rifiuto o il trattamento peggiore siano *causati* dall'etnia o dalla nazionalità, alluderebbero ad un illecito di dolo generico.

La qualità personale del cliente, dunque, dovrebbe essere determinante in via esclusiva del consenso della controparte, che deve raffigurarsi e volere riservare al cliente un trattamento dannoso o più sfavorevole<sup>345</sup>.

Vari argomenti, tuttavia, depongono nel senso di una rilevanza non solo dolosa della discriminazione nell'erogazione di beni e servizi. Il concetto di causa, infatti, nulla dice in ordine al coefficiente soggettivo che deve sorreggere un'azione, ma ha riguardo solo all'oggettiva influenza di un fattore nella produzione di un evento; si tratta di due nozioni separate, come emerge dall'art. 2043 c.c. – che distingue tra il rapporto di causalità del fatto col danno, che è “cagionato”, ed il dolo o la colpa – e dallo stesso Codice penale – che utilizza il termine “causa” nell'art. 40 per trattare del nesso eziologico, mentre tratta dell'elemento psicologico del reato all'art. 43 –.

La stessa definizione legislativa di cui all'art. 43, comma 1, t.u. immigrazione richiede un *quid pluris* alla condotta di base costituito dallo scopo o, in alternativa, dall'effetto discriminatorio: quest'ultimo evidentemente si riferisce a fattispecie nelle quali manca un intento discriminatorio e potrebbe anche mancare un comportamento colposo<sup>346</sup>; opinare altrimenti significherebbe adottare un'*interpretatio abrogans* del sintagma “effetto”, che tramite la disgiuntiva “o” è separato dalle ipotesi in cui vi è uno scopo discriminatorio e quindi il dolo.

Gli indici testuali sembrerebbero deporre per una responsabilità oggettiva, istituto non sconosciuto al Codice civile. Tale configurazione è confermata non solo dalla disciplina dell'onere probatorio<sup>347</sup>, ma soprattutto dal fatto che il legislatore, quando ha

---

<sup>344</sup> Art. 43, comma 2, lett. c), d.lgs. 286/1998: «In ogni caso compie un atto di discriminazione: b) chiunque imponga condizioni più svantaggiose o si rifiuti di fornire beni o servizi offerti al pubblico ad uno straniero soltanto *a causa* della sua condizione di straniero o di appartenente ad una determinata razza, religione, etnia o nazionalità». Art. 2, comma 1, d.lgs. 215/2003: «per principio di parità di trattamento si intende l'assenza di qualsiasi discriminazione diretta o indiretta *a causa* della razza o dell'origine etnica». V. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., p. 225.

<sup>345</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 160-161. Conforme L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 89, con riferimento all'art. 43, comma 2, lett. b), t.u. immigrazione, che per l'A. incentra la fattispecie sull'intento discriminatorio, unico ed esclusivo, e pp. 250-251, con riferimento anche all'art. 2, d.lgs. 215/2003.

<sup>346</sup> P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull'immigrazione*, cit., pp. 123-124.

<sup>347</sup> L'art. 4, comma 3, d.lgs. 215/2003 richiede solto di fornire elementi statistici idonei a fondare la presunzione dell'esistenza della discriminazione, senza accennare alla prova del dolo. Nel senso sostenuto

voluto limitare la responsabilità al dolo e alla colpa grave, lo ha previsto espressamente (v. art. 2236 c.c.) con riferimento ad attività socialmente utili, quale la prestazione d'opera professionale; nel caso di specie, invece, difetta non solo una limitazione espressa di responsabilità ma altresì la stessa *ratio*, trattandosi di atti illeciti contrastanti con un diritto fondamentale della persona tutelato dall'art. 3 Cost.

Contro un divieto di discriminazione indiretta in ambito contrattuale, invece, si afferma che, poiché nella società multietnica i soggetti con qualità personali potenzialmente oggetto di discriminazione sono la regola, il divieto di discriminazione indiretta condurrebbe all'esito, inaccettabile, di subordinare *ex lege* l'organizzazione di impresa all'esigenza di eliminare ogni effetto discriminatorio<sup>348</sup>. In tale prospettiva, l'inapplicabilità della discriminazione indiretta in ambito contrattuale deriverebbe dal fatto che le figure elencate al comma 2 dell'art. 43 darebbero luogo ad un diritto antidiscriminatorio governato da principi speciali rispetto al diritto antidiscriminatorio generale<sup>349</sup>, regolato invece dall'art. 43, 1° comma, t.u. immigrazione.

Tale impostazione, tuttavia, è contraddittoria, posto che quelle al comma 2 sono chiaramente figure esemplificative di discriminazione, che presuppongono sempre la definizione generale di discriminazione enucleata al comma 1 – la quale testualmente comprende anche la discriminazione indiretta – alla quale implicitamente rinviano quando menzionano i fattori discriminatori ivi già previsti<sup>350</sup>.

Da un lato, dunque, la discriminazione “contrattuale”, di cui all'art. 43, comma 2, t.u. immigrazione, presuppone la nozione generale di discriminazione di cui all'art. 43, comma 1, che comprende anche la discriminazione indiretta; dall'altro sia il considerando n. 12 della dir. 2004/113/CE, che vieta le discriminazioni basate sul sesso in ambito contrattuale, che l'art. 55-ter comma 1, d.lgs. 186/2006 (emanato in attuazione della

---

nel testo G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 6, pp. 1412-1413. A seguito di una procedura di infrazione ai danni dell'Italia per non corretta attuazione della direttiva 2000/43/CE, il legislatore ha modificato l'art. 4, comma 3 con l'art. 8-sexies d.l. 8 Aprile 2008, n. 59, convertito in l. 6 Giugno 2008, n. 101; la disposizione non prevede più la necessità di indicare elementi gravi, precisi e concordanti, tali da fondare una presunzione ai sensi dell'art. 2729 c.c., ma fonda una presunzione legale relativa, riversando sul convenuto l'onere di fornire la prova della insussistenza della discriminazione.

<sup>348</sup> Così D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, cit., pp. 171-173; nello stesso senso ID., *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 75.

<sup>349</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico*, cit., p. 165.

<sup>350</sup> L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 99.



direttiva) estendendo il divieto di discriminazioni indirette anche in tale ambito<sup>351</sup>. Un'interpretazione sistematica della normativa discriminatoria italiana ed europea, dunque, impone di estendere il divieto di discriminazioni indirette anche al diritto dei contratti, come riconosciuto da alcune recenti pronunce della giurisprudenza di merito in materia assicurativa<sup>352</sup>.

Al di fuori dei casi di trattamenti discriminatori, tuttavia, si pone il problema di provare l'errata valutazione del merito creditizio da parte dell'algorithm, tenuto conto che i consumatori, per inesperienza e asimmetrie informative, non hanno i mezzi per provare l'inadempimento degli obblighi precontrattuali. Conseguentemente, per la Corte di giustizia, il principio di effettività della tutela impone che ricada sul finanziatore l'onere di provare l'adempimento dell'obbligo di valutare la solvibilità, che non potrà avvalersi di dichiarazioni sottoscritte dal consumatore con le quali si dà atto del corretto espletamento di tutti gli obblighi<sup>353</sup>.

Una corretta interpretazione del *dictum*, che stigmatizza l'uso di prove preconfezionate per occultare il non corretto adempimento degli obblighi precontrattuali, dovrebbe escludere che la prova dell'adempimento degli obblighi di cui agli artt. 124 *bis* e 120 *undecies* t.u.b. possa derivare dalla mera produzione in giudizio del risultato sintetico rilasciato dal sistema di *credit scoring* ("pratica approvata" o "pratica negata"), in quanto si tratterebbe di un semplice indizio non esaustivo.

#### 2.4. Conclusioni.

In conclusione, non sembra necessario un intervento legislativo che limiti l'utilizzo di dati social a fini di *credit scoring*: alla luce degli *standards* previsti dagli artt.

---

<sup>351</sup> In tal senso L. SITIZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 215; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminaizone e autonomia contrattuale*, cit., p. 91 ss.

<sup>352</sup> TRIB. BOLOGNA, Sez. I civ., ord. 7 Marzo 2018, in <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2018/03/Tribunale-di-Bologna-07.03.2018-Est.-D%E2%80%99addabbo-A.S.G.I.-Linear-S.p.a.pdf>. Tra i fattori di rischio che l'assicurazione considerava nel calcolo del premio concorrevano anche un coefficiente, dipendente dallo Stato di conseguimento della patente di guida, che, in sostanza, indirettamente attribuiva rilevanza allo Stato di nascita del conducente/proprietario, normalmente coincidente con lo stato di conseguimento della patente. In tal modo gli stranieri soggiacevano al pagamento di premi assicurativi maggiori.

<sup>353</sup> CGUE, 18 Dicembre 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance SA c. Ingrid Bakkaus*, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

124-bis e 120 undecies t.u.b., pur potendosi ampliare i dati utilizzabili, sarà legittimo solo l'utilizzo dei dati *social* realmente attinenti alla solvibilità del cliente<sup>354</sup>.

L'uso di sistemi di *credit scoring* basati sull'uso di *Big Data* presenta alcuni rischi: la mancanza di spiegazioni sul diniego di credito potrebbe esporre gli intermediari ad un aumento del contenzioso, a rischi operativi<sup>355</sup> e sanzioni amministrative, ai sensi dell'art. 144, comma 1, lett. e-bis) t.u.b, nonchè rischi reputazionali, in quanto tali prassi sono mal viste dai consumatori per l'opacità del processo di determinazione del prezzo<sup>356</sup>.

Sebbene le indicazioni della giurisprudenza dell'ABF, invece, rendano auspicabile un intervento legislativo, che imponga al titolare del trattamento un obbligo di *disclosure* delle modalità di funzionamento dell'algoritmo<sup>357</sup>, tale intervento presenterebbe numerosi inconvenienti. Occorrerebbe imporre, infatti, la fornitura di informazioni comprensibili dal consumatore medio, altrimenti ingenerandosi inutili aumenti dei costi di *disclosure*, che verrebbero sopportati dai consumatori con minore educazione finanziaria<sup>358</sup>; la complessità degli algoritmi, però, rende arduo al *quisque de populo* comprenderne il funzionamento, tenuto conto che anche i codici sorgente sono codici informatici leggibili solo da esperti; ma anche una *disclosure* dei codici sorgente sarebbe inutile, dato che non descrive compiutamente il funzionamento della macchina, la quale, nel caso del *machine learning*, si evolve e rende vano un obbligo preventivo di *disclosure*.

In ogni caso, l'utilizzo di una maggiore quantità di dati, derivante dalla *Big Data analytics*, permetterà una maggiore segmentazione granulare della clientela e, quindi, una maggiore personalizzazione dell'offerta di credito e un migliore *pricing* del credito agli

---

<sup>354</sup> Tale esigenza, del resto, è evidenziata anche da chi considera imprescindibile l'utilizzo dei dati dei *social network* nella valutazione del merito creditizio (v. F. MATTASSOGLIO, *Innovazione tecnologica*, cit., p. 119) sebbene poi, come evidenziato, ritenga che il t.u.b. rimanga silente circa il tipo di dati utilizzati.

<sup>355</sup> Evidenzia il nesso tra rischio operativo e trattamento automatico di dati G. LA ROCCA, *Trattamento dei dati personali e impresa bancaria (Reg. Ue 679/2016)*, cit., pp. 312-314.

<sup>356</sup> Cfr. M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, cit., p. 16. Il timore per l'opacità delle decisioni in materia di concessione di credito, connessa all'uso di dati *social*, è evidenziato da Intesa San Paolo: v. *Response Intesa San Paolo on Joint Committee, Discussion Paper on the Use of Big Data by Financial institution*, pp. 4-5.

<sup>357</sup> Con riferimento alla consulenza finanziaria automatica, prospetta la necessità di un obbligo di *disclosure* del funzionamento degli algoritmi F. SARTORI, *La consulenza finanziaria automatizzata: problematiche e prospettive*, cit., pp. 268-270.

<sup>358</sup> Sui possibili effetti iniqui della *mandated disclosure* v. C. E. SCHNEIDER, O. BEN SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, cit., pp. 741-742: «Mandated disclosure can cause inequity. Mandated disclosure helps most those who need help least and helps least those who need help most. Information is most useful to well-educated and well-off people who have the resources and sophistication to locate, interpret, and use the revealed information [...] Mandated disclosure not only helps the rich more than the poor, but also perversely and unintentionally obligates the poor to subsidize the rich».

immigrati, in linea gli obblighi di *product governance* che, anche nel settore bancario, impongono di individuare il *target market* di determinati prodotti<sup>359</sup>.

Sembra impensabile, come proposto negli USA, diminuire i dati utilizzati nel *credit scoring*, escludendo ad esempio i debiti contratti per sostenere spese mediche<sup>360</sup>. Una riforma del genere non risolverebbe il problema della mancanza di informazioni sugli *unbanked* e sembra difficilmente realizzabile perché postulerebbe la giuridica rilevanza dei motivi dei pregressi indebitamenti. Sebbene già nella l. 3/2012 – che disciplina la procedura di composizione della crisi da sovra indebitamento – le ragioni dell’indebitamento del consumatore escano dall’area dei motivi giuridicamente irrilevanti<sup>361</sup> e siano considerate nella decisione del giudice di omologare il piano, tuttavia, escludere in modo secco un tipo di debiti creerebbe un’opinabile distinzione tra motivi meritevoli e motivi immeritevoli.

### *3. Il divieto di discriminazione nell’accesso al credito. Il caso dell’immigrato irregolare e del richiedente asilo.*

Nel cap. I, par. 3, si sono esposti i motivi che depongono a favore della applicazione del principio di non discriminazione per razza, nazionalità ed etnia alla fornitura di servizi bancari; occorre però fare alcune precisazioni con riferimento alla stipulazione dei contratti di credito immobiliare e dei contratti di credito al consumo (rispettivamente artt. 120 *quinquies*-120 *undevicies* e 121-126 t.u.b).

In base all’art. 120 *octies*, comma 2, lett. h), j), l), gli intermediari non sono obbligati ad indicare previamente l’importo ed il numero delle singole rate nè l’importo totale che il consumatore deve pagare, ma solo «se del caso»; identica sul punto è la previsione dell’art. 123, comma 1, lett. f), t.u.b. Si tratta delle modalità di adempimento della controprestazione cui è obbligato il sovvenuto, consistente nella restituzione del

---

<sup>359</sup> Sui pro e i contro derivanti da una maggiore personalizzazione dell’offerta di credito v. R. CARATOZZOLO, *La personalizzazione dell’offerta di prodotti e servizi finanziari: alcune considerazioni sugli effetti nei rapporti tra intermediari e clienti*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 1, [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), p. 1 ss.

<sup>360</sup> M. SANGER-KATZ, S. EMBER, NEW YORK TIMES, 21 Settembre 2019, *Bernie Sanders Call For Eliminating Americans’ Medical Debt*, in <https://www.nytimes.com/2019/09/21/us/politics/bernie-medical-debt-healthcare.html>.

<sup>361</sup> C. CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni*, in G. D’AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 186.

*tantudem eiusdem generis* e degli interessi dopo un determinato intervallo di tempo<sup>362</sup>; sia le modalità che il termine dell'adempimento nella prassi vengono concordati col cliente, il quale sceglie il piano di ammortamento per sé più conveniente.

Non essendo di regola determinato un elemento essenziale del contratto – la controprestazione cui è tenuto il sovvenuto – è esclusa la natura di offerta al pubblico della pubblicità in materia di contratti di credito, la quale può al più valere come invito ad offrire. La migliore dottrina, tuttavia, non distingue tra i due schemi, entrambi soggiacendo al divieto di discriminazione del contraente in base alle leggi antidiscriminatorie. Ed infatti, poiché sono dati opinabili come le circostanze o gli usi a distinguere l'offerta al pubblico dall'invito ad offrire, un'esclusione del secondo schema dall'ambito di applicazione del divieto di discriminazione sarebbe irragionevole<sup>363</sup>.

Non si pongono poi per l'invito ad offrire le obiezioni cui si espone, invece, l'applicazione del principio di non discriminazione nella dichiarazione individualizzata (v. *supra*, cap. I, par. 4.1). L'essenza del concetto di discriminazione diretta, pur non risiedendo in una disparità di trattamento reale, postula comunque un giudizio di comparazione ipotetico: ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. 215/2003 (identico sul punto all'art. 2, dir. 2000/43) ricorre discriminazione diretta in presenza di un trattamento peggiore di quello praticato o che sarebbe stato praticato a una persona priva del fattore di rischio in una situazione analoga<sup>364</sup>.

Mentre nell'offerta incompleta, valevole come invito ad offrire, vi è comunque una regola preesistente, comune a tutti gli offerenti, alla quale riferirsi per formulare una prognosi sull'ipotetico trattamento che sarebbe stato riservato in assenza di discriminazione, così non è nel caso di dichiarazioni individualizzate, con riferimento alle quali sarebbe impossibile ogni risarcimento in forma specifica sotto forma di contratto giudizialmente costituito. Ne consegue che il rifiuto di stipulare contratti di credito o l'imposizione di condizioni peggiori per ragioni etniche o razziali sarà sindacabile dal giudice, al quale spettano tutti i poteri idonei a rimuovere gli effetti della discriminazione

---

<sup>362</sup> F. GIORGIANNI, C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, cit., p. 355; per l'A. lo schema negoziale dei contratti di credito, esemplificato dal mutuo, comporterebbe un'operazione di sostituzione («duplice trasferimento di proprietà, in senso inverso, di cose identiche per genere e qualità»).

<sup>363</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 209-210.

<sup>364</sup> L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 248; nello stesso senso D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 69.

e inibirne la prosecuzione, in base agli artt. 44, comma 1, t.u. immigrazione e 4, comma 4, d.lgs. 215/2000<sup>365</sup>.

L'applicazione del divieto di discriminazione etnico-razziale nell'accesso al credito non può escludersi richiamando categorie dagli incerti confini, come quella dei contratti *intuitu personae*, la quale secondo certa dottrina sarebbe impermeabile alla normativa antidiscriminatoria: opinando altrimenti, si dice, si determinerebbe «una rivoluzione generale dell'assetto del diritto civile e [si] sottrarrebbe ai privati un diritto fondamentale sull'organizzazione delle proprie relazioni<sup>366</sup>».

La riconducibilità dei contratti di credito alla categoria in esame è affermata dalla giurisprudenza con riferimento al contratto di apertura di credito<sup>367</sup>, sebbene tale accostamento non trovi sempre riscontro nelle esemplificazioni che di tale categoria fa la dottrina tradizionale<sup>368</sup>. Perché il divieto non si applichi, tuttavia, occorre a monte che la qualità personale abbia effettivamente un'influenza sulla prestazione dedotta in contratto<sup>369</sup>: il carattere personale del contratto, del resto, discende normalmente dalla rilevanza (oggettiva) che la persona riveste alla luce della prestazione tipica<sup>370</sup>.

---

<sup>365</sup> Il t.u. immigrazione, in realtà, si riferisce ad ogni provvedimento idoneo, secondo le circostanze, a rimuovere gli effetti della discriminazione. Il differente tenore letterale con il d.lgs. del 2003 non può però comportare una riduzione dei poteri del giudice, posto che, in base all'art. 6, comma 1, dir. 2000/43, gli Stati membri possono introdurre o mantenere, per quanto riguarda il principio della parità di trattamento, disposizioni più favorevoli di quelle fissate nella presente direttiva e (comma 2) l'attuazione della presente direttiva non può in alcun caso costituire motivo di riduzione del livello di protezione contro la discriminazione già predisposto dagli Stati membri nei settori di applicazione della presente direttiva. Così L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 289, per il quale in tal senso depone anche l'interpretazione sistematica, posto che sia l'art. 3, comma 3, l. 67/2006, in materia di discriminazioni sessuali, sia l'art. 55 quinquies, comma 1, Codice pari opportunità, attribuiscono al giudice il potere di adottare ogni provvedimento idoneo nel caso concreto a rimuovere gli effetti discriminatori.

<sup>366</sup> G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 6, p. 823.

<sup>367</sup> CASS., 25 Marzo 1969, n. 957, in [www.rivistadeldirittocommerciale.com](http://www.rivistadeldirittocommerciale.com), la quale ne ha conseguentemente dichiarato lo scioglimento in caso di morte dell'accreditato e l'intrasmissibilità all'erede. Cfr. B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Soc.*, 2007, 4, p. 473: «Le operazioni di credito hanno come presupposto indefettibile la valutazione dell'*intuitus personae* nella forma più articolata e complessa che si può riscontrare nel diritto privato. L'apprezzamento personale del destinatario del finanziamento deve essere infatti coniugato dalla banca con la valutazione tecnico-economica delle condizioni patrimoniali e delle potenzialità produttive dello stesso».

<sup>368</sup> V. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 794; ID., *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., p. 655.

<sup>369</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 167, il quale pone l'esempio della conoscenza della lingua inglese da parte di un'insegnante privata, la cui erronea rappresentazione è un errore sulla qualità della controparte passibile di dar luogo all'annullamento del contratto *ex art. 1429 c.c.*

<sup>370</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 742.

Ciò si deduce *a contrario* dalla disciplina dell'errore sulle qualità personali, che pure applica un criterio di tipo soggettivo. L'art. 1429, n. 3 c.c., infatti, si applica in ogni contratto – anche non *intuitu personae* – nel quale il consenso sia stato influenzato in modo decisivo dalla rilevanza data alla persona o alle sue qualità personali. Per autorevole dottrina, tuttavia, ciò non può dare luogo ad un'illimitata facoltà di impugnativa, che è ammessa solo se le qualità personali siano tali da incidere sul programma negoziale predisposto dalle parti<sup>371</sup>. In assenza di un reale influsso sul contratto, dunque, l'errore sulle qualità personali del cliente costituisce un errore sui motivi giuridicamente irrilevante; opinando altrimenti si svuoterebbe il vincolo contrattuale di ogni forza di legge (art. 1372 c.c.). L'interpretazione sistematica delle norme che conferiscono rilevanza alle qualità personali, nonché un'esigenza di coerenza del sistema, impongono dunque di negare giuridica rilevanza a qualità personali oggetto di mere idiosincrasie, non influenti sul contratto.

Un discorso a parte deve farsi per qualità personali dell'immigrato oggettivamente rilevanti, come la situazione di irregolarità o il possesso di un permesso di soggiorno sul territorio per un periodo limitato. La dottrina ritiene giustamente applicabile anche agli immigrati irregolarmente soggiornanti il divieto di discriminazione nell'accesso ai beni e servizi a disposizione del pubblico, dato che le leggi antidiscriminatorie non distinguono in base alla regolarità o meno del soggiorno in Italia<sup>372</sup>.

Controversa è invece l'applicazione all'immigrato irregolare del divieto di discriminazione nell'accesso all'alloggio: l'art. 43, comma 2, lett. c) t.u. immigrazione, infatti, si riferisce espressamente al soggetto regolarmente soggiornante ed è penalmente sanzionato, ai sensi dell'art. 12, comma 5, del t.u., il favoreggiamento della permanenza dell'irregolare nel territorio dello Stato, condotta tipicamente realizzabile con la locazione di un immobile<sup>373</sup>. In realtà, tale condotta costituisce reato *solo* in presenza del dolo specifico, integrato dal fine di trarre ingiusto profitto dallo stato di illegalità imponendo condizioni particolarmente onerose; non si tratta, dunque, di un reato contratto, che vieta

---

<sup>371</sup> A. GALASSO, *Profili generali dell'intuitu personae*, Sciarrino, Palermo, 1971, p. 31; V. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., p. 159 ss.; cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 743, il quale esclude la caducazione del contratto per gli errori obiettivamente estranei alla materia del contratto, seppure poi non escluda *a priori* la rilevanza di errori potenzialmente determinanti il consenso basati su idiosincrasie più o meno rispettabili, come quelle di matrice razzista.

<sup>372</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 151.

<sup>373</sup> D. MAFFEIS, op. ult. cit., pp. 152-154.

la stipulazione in sé di locazioni o compravendite immobiliari, ma di un reato in contratto, che punisce il comportamento di una sola parte<sup>374</sup>.

Non si possono trarre argomenti contro l'applicazione del divieto di discriminazione agli irregolari né da tale disposizione né dall'art. 43 comma 2, cit., che si riferisce solo alla prestazione di servizi assistenziali *pubblici* ed alla stipula dei relativi contratti, il cui godimento presuppone un permesso di soggiorno regolare<sup>375</sup>. L'art. 2, comma 1, t.u. immigrazione, poi, conferma che allo straniero, comunque presente nel territorio, sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona previsti dal diritto interno, dalle convenzioni internazionali e dai principi del diritto internazionale<sup>376</sup>, tra i quali senz'altro rientra anche quello a non essere discriminati.

In base agli artt. 15, comma 1, lett. a), e 19, d.lgs. 231/2007<sup>377</sup>, tuttavia, sugli intermediari gravano obblighi di adeguata verifica dell'identità della clientela quando stipulano contratti di durata, categoria nella quale rientrano anche i contratti di credito; in caso di impossibilità di identificazione, l'intermediario deve astenersi dalla stipula del contratto (art. 42, d.lgs. 231/2007). Dovrebbe ritenersi illegittima, però, la prassi di richiedere un documento di identità del paese di origine ai titolari di permesso di soggiorno per asilo politico, di permesso di lungo periodo e di permesso per protezione sussidiaria. In tal senso depone il fatto che tali permessi presuppongono un accertamento dell'identità del richiedente (arg. *ex* art. 3, comma 2, d.lgs. 251/2007<sup>378</sup>), come conferma una Opinion dell'EBA con riferimento al permesso per i rifugiati<sup>379</sup>, cosicché non si pone un problema di violazione dell'art. 15, d.lgs. 231/2007. L'art. 29, comma 3, d.lgs.

---

<sup>374</sup> V. D. MAFFEIS, op. ult. cit., p. 153, in nota, per il quale Il contratto di locazione non può considerarsi nullo, perché non si tratta di una norma imperativa che proibisca la condotta di entrambi i contraenti, mancando un divieto a carico dell'immigrato c.d. irregolare di procacciarsi un alloggio. In tal senso anche la giurisprudenza, che esclude il reato di cui all'art. 12 cit. in mancanza della prova della percezione un ingiusto profitto da parte del locatore: CASS., 24 Aprile 2013, n. 26457, in [www.asgi.it](http://www.asgi.it).

<sup>375</sup> L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., pp. 66-67.

<sup>376</sup> L. SITZIA, op. ult. cit., p. 67. V. G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia*, cit., p. 71 ss., per il quale la contrattazione a condizioni inique integra sempre discriminazione nei confronti dell'irregolare, mentre il rifiuto di contrarre è lecito in presenza di una giustificazione adeguata.

<sup>377</sup> D.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo nonché della direttiva 2006/70/CE che ne reca misure di esecuzione.

<sup>378</sup> D.lgs. 19 Novembre 2007, n. 251, attuativo della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale.

<sup>379</sup> EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority on the application of customer due diligence measures to customers who are asylum seekers from higher-risk third countries or territories*, p. 5, in [eba.europa.eu](http://eba.europa.eu).

251/2007, inoltre, riconosce espressamente ai rifugiati e ai titolari di protezione sussidiaria il diritto di accedere all'alloggio nelle forme dell'art. 40, comma 6, t.u. immigrazione, tra le quali vi è l'accesso al credito agevolato<sup>380</sup>. Di conseguenza, un diniego di credito motivato in base allo *status* di tali soggetti costituisce una discriminazione cagionata dalla nazionalità e dalla condizione di straniero, vietata ai sensi dell'art. 43, comma 2, lett. b) d.lgs. 286/1998.

Un diverso discorso dovrebbe valere per i titolari di un permesso di soggiorno provvisorio di breve periodo. In base all'art. 4, comma 1, d.lgs. 142/2015<sup>381</sup>, al richiedente asilo è rilasciato un permesso di soggiorno nel territorio nazionale valido per sei mesi, rinnovabile fino alla decisione della domanda, o per il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio ai sensi dell'art. 19, commi 4 e 5, d.lgs. 150/2011.

La questione non è meramente teorica, dato anche l'elevato numero di richiedenti asilo che si è registrato negli ultimi anni<sup>382</sup>; si rinvencono infatti dei precedenti in due isolate pronunce della giurisprudenza di merito<sup>383</sup>, seppure tutte relative a titolari di permessi di soggiorno. La brevissima permanenza sul territorio, la cui prosecuzione è incerta fino alla decisione di accoglimento della richiesta di asilo, costituiscono

---

<sup>380</sup> Art. 40, comma 6, d.lgs. 286/1998: «Gli stranieri titolari di carta di soggiorno e gli stranieri regolarmente soggiornanti che siano iscritti nelle liste di collocamento o che esercitino una regolare attività di lavoro subordinato o di lavoro autonomo hanno diritto di accedere, in condizioni di parità con i cittadini italiani, agli alloggi di edilizia residenziale pubblica [...] e al credito agevolato in materia di edilizia, recupero, acquisto e locazione della prima casa di abitazione»

<sup>381</sup> D.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale.

<sup>382</sup> Secondi dati di *Eurostat*, tra il 2014 e il 2016 nei paesi dell'Unione Europea sono state presentate oltre tre milioni di richieste di asilo, seppure non distribuite in modo omogeneo: ed infatti nel triennio l'Italia è il secondo paese europeo per richieste ricevute (oltre 268.000), preceduto solo dalla Germania (1,3 milioni di richieste). Così R. M. BALLATORE, A. GROMPONE, L. LUCCI, P. PASSIGLIA, A. SECHI, *I rifugiati e i richiedenti asilo in Italia, nel confronto europeo*, in *Quest. Ec. Fin. (Occasional Papers)*, 2017, 377, Banca d'Italia. p. 8.

<sup>383</sup> TRIB. TRENTO, 4 Luglio 2002, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4, 2002, pp. 134 ss.; TRIB. TRENTO, ord. 23 Settembre 2002, inedita. Si rinvencono alcuni precedenti nell'attività della Commissione governativa olandese per la tutela dei diritti umani, le cui decisioni hanno valore meramente esortativo. V. COLLEGE VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS, *Santander Consumer Finance Benelux Bv*, 15 Gennaio 2019, n. 2, in <https://mensenrechten.nl/nl/oordeel/2019-2>, il quale ha riconosciuto la discriminazione indiretta operata da un intermediario ai danni di un immigrato, titolare di un permesso di soggiorno in Olanda per un periodo limitato, la cui domanda di credito era stata rifiutata in quanto si richiedeva che la durata del soggiorno nel territorio fosse uguale alla durata del contratto. V. anche ID., *Obvion NV*, 19 Settembre 2014, n. 117, *ibidem*, relativo al rifiuto di stipulare un mutuo per l'acquisto di un'abitazione, motivato in base alla mancanza di un regolare permesso di soggiorno della moglie del richiedente, la cui permanenza nell'immobile sarebbe stata illegale.



circostanze che oggettivamente ricadono sulla prestazione del sovvenuto. L'eventuale allontanamento dal territorio esporrebbe l'intermediario al pericolo di non ottenere la restituzione del capitale concesso a credito; in tale circostanza si potrebbe ammettere la sospensione dell'esecuzione della prestazione, dato che l'art. 1461 c.c. avrebbe riguardo al pericolo di non conseguire la controprestazione derivante non solo da un mutamento delle condizioni patrimoniali, ma anche dal mutamento delle condizioni (funzionali, organizzative) che incidono sull'esecuzione della prestazione del debitore<sup>384</sup>. Non sarebbe ragionevole, dunque, censurare il comportamento del finanziatore che *ab initio* rifiutasse di concedere il credito ad un richiedente asilo.

Un argomento a favore di tale conclusione è quello comparatistico. Il par. 12 CFR § 1002.6(b)(7) dell'*Equal Credit Opportunity Act* dispone che il creditore deve accertare lo *status* legale di immigrato residente in modo permanente negli USA; in base al *comment* ufficiale, dato che la continuità della residenza e lo *status* influenzano l'abilità del finanziatore di ottenere il pagamento del debito, quest'ultimo può trattare diversamente un immigrato residente in modo permanente e un titolare di un permesso di soggiorno temporaneo<sup>385</sup>. Un'altra conferma di tale conclusione si ricava, a contrario, dalla Comunicazione di Poste Italiane del 7 Giugno 2019, n. 129<sup>386</sup>, la quale, sebbene non sia un atto normativo, non menziona i servizi di credito tra quelli cui si può accedere esibendo il permesso di soggiorno provvisorio per richiedente asilo (sulla diversa soluzione adottata per il conto corrente di base v. *infra*, cap. IV, par. 4). Tale conclusione, invece, non vale per i titolari del permesso di soggiorno per asilo politico, del permesso di

---

<sup>384</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 925; ritiene applicabile la norma anche se il pericolo non è connesso ad un mutamento delle condizioni patrimoniali F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. ROPPO, Giuffrè, Milano, 2006, p. 431 ss. In giurisprudenza cfr. CASS., 19 Aprile 1996, n. 3713, in *Foro it.*, 1996, 7/8, p. 2393, per la quale l'art. 1461 c.c. richiede un pericolo di conseguimento della prestazione derivante da un evento attinente alla sfera del debitore (nel caso di specie si trattava della dichiarazione di non volere adempiere resa dalla controparte): «La *ratio* della norma deve essere ravvisata infatti nell'esistenza di un pericolo attuale di inadempimento, riconducibile alla sfera dell'obbligato [...] bisogna quindi ammettere che l'art. 1461 c.c. consenta l'esercizio del potere di autotutela del credito consistente nella sospensione della propria controprestazione da parte del contraente che vede esporre il conseguimento della controprestazione [...] a pericolo attuale di inadempimento derivante dal comportamento del debitore o comunque riconducibile alla sua sfera personale [...]». Per CASS., 20 Ottobre 2009, n. 22167, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Agenzia*, n. 17, anche l'arresto del debitore (che come l'espulsione del migrante è un evento attinente alla persona) può legittimare l'*exceptio inadimpleti contractus*.

<sup>385</sup> Cfr. A. C. GLASS, G. N. BLASE, D. S. COHEN, *Mortgage Lending to Nontraditional Borrowers: The Opportunities and Compliance Points of Mortgage Lending to DACA Recipients, Recent Immigrants, and Limited-English Proficiency Borrowers*, in *The Banking Law Journal* 2019, 4, p. 190 ss.

<sup>386</sup> Il testo della Comunicazione è consultabile sul sito <https://www.asgi.it/wp-content/uploads/2019/06/La-comunicazione.pdf>.

soggiorno di lungo periodo (5 o 10 anni), e dei titolari di permesso di soggiorno per protezione sussidiaria, data la maggiore stabilità della residenza nel territorio italiano.

Nella vicenda decisa dalle due pronunce del Tribunale di Trento, un immigrato si vedeva rifiutare una modalità più favorevole di acquisto di un pc, consistente nell'accesso ad una carta di credito che ne consentiva il pagamento a rate mensili. Ed infatti la società finanziaria, convenzionata con l'esercizio commerciale, richiedeva per la concessione di credito agli extracomunitari documenti ulteriori, tra i quali, oltre ad un documento di identità italiano, anche il possesso di un permesso di soggiorno con scadenza successiva all'ultima rata del finanziamento.

Il Tribunale giudicò «sicuramente discriminatorio pretendere solamente per lo straniero che l'ultima rata della richiesta di finanziamento scada prima della scadenza del permesso di soggiorno», salvo poi annullare nella fase di merito il provvedimento, limitandosi ad imporre al rivenditore la pubblicità dei documenti richiesti agli immigrati.

La pronuncia non può essere condivisa: sebbene sia una qualità necessaria del debitore il possesso di un permesso di soggiorno, il finanziatore, in tali circostanze, può calibrare la durata del piano di ammortamento e l'ammontare delle rate in base alla durata del permesso di soggiorno<sup>387</sup>. Di conseguenza, un rifiuto aprioristico di stipulare il contratto costituisce una discriminazione illegale.

### 3.1. *La necessità di sanzioni effettive e dissuasive: i rimedi.*

In caso di rifiuto di contrarre o di contrattazione a condizioni peggiori, il giudice potrà, ex artt. 44, t.u. immigrazione, e 4, comma 4, d.lgs. 215/2003, condannare l'intermediario al risarcimento del danno, alla cessazione del comportamento e alla rimozione degli effetti della discriminazione: si pone, dunque, il problema di stabilire l'*ubi consistam* dei poteri del giudice. Dato che il rifiuto di contrarre per motivi etnici o razziali è un atto illecito, la dottrina, seppure senza fornire molti argomenti, ritiene possibile condannare l'intermediario al risarcimento in forma specifica, ex art. 2058 c.c,

---

<sup>387</sup> Ciò sarà possibile, ovviamente, nel caso in cui la richiesta del debitore abbia ad oggetto un finanziamento di ammontare contenuto, restituibile in pochi anni.

tramite l'emissione di una sentenza costitutiva che tenga luogo del contratto non concluso<sup>388</sup>.

Tale soluzione sembra imposta da un'interpretazione degli artt. 44, t.u. immigrazione e 4, comma 4, d.lgs. 215/2003 conforme al principio di effettività della tutela di cui all'art. 47, Carta dir. Ue, che, come si è detto, è vincolante nell'interpretazione del diritto nazionale di derivazione europea.

Ed infatti, la normativa italiana di attuazione deve conformarsi all'art. 15, dir. 2000/43/CE, il quale, pur lasciando all'autonomia procedurale degli Stati membri la determinazione delle sanzioni da irrogare per la violazione delle norme nazionali attuative della direttiva, prescrive che le sanzioni che prevedono un risarcimento dei danni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Il carattere di dissuasività del risarcimento per equivalente, tuttavia, non è assicurato dalla prassi giurisprudenziale, che tende a liquidarlo in misura sostanzialmente simbolica<sup>389</sup>, facendo riferimento allo scarso valore economico del contratto ma non tenendo conto della gravità dell'offesa arrecata alla persona<sup>390</sup>.

Un'interpretazione favorevole al risarcimento in forma specifica sarebbe più conforme al diritto europeo, che riconosce la prevalenza di tale strumento rispetto al risarcimento per equivalente, in quanto, in ottica concorrenziale, tende ad assicurare al consumatore il conseguimento dell'assetto di interessi atteso; tale esigenza tramuta anche

---

<sup>388</sup> D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 278-280, per il quale non osta l'assenza di un obbligo di contrattare, dato che la sentenza produttiva degli effetti del contratto non coincide solamente con l'azione sostitutiva disciplinata dall'art. 2932 c.c.. A favore di un risarcimento in forma specifica sotto forma di obbligo a contrarre in caso di rapporti contrattuali illecitamente interrotti anche M. LIBERTINI, P. M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, XII, Utet, Torino, 1995, pp. 516-517.

<sup>389</sup> V. TRIB. MILANO, 30 Marzo 2000, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2041 ss., che, a fronte del rifiuto di una società immobiliare di concludere un contratto di locazione con una donna extracomunitaria, ha risarcito in via equitativa il disagio sofferto dalla ricorrente nella misura di 1.000.000 di Lire. TRIB. BOLOGNA, 22 Febbraio 2001, in *Dir. immig. citt.*, 2001, p. 101 ss.; nella fattispecie, una società aveva predisposto un sito web con inviti ad offrire relativi all'acquisto di immobili, creando una sezione speciale del sito riservata agli immigrati nella quale non vi era alcun immobile in offerta; il Tribunale ha liquidato ai quattro ricorrenti extracomunitari una somma complessiva di euro 5160; v. anche TRIB. PADOVA, 19 Maggio 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 950, che ha condannato il gestore di un bar, che applicava prezzi maggiorati agli extracomunitari, a risarcire al ricorrente (extracomunitario) un danno non patrimoniale di Euro 100. Ritiene in generale che nel caso di rifiuto di contrattare i rimedi inibitorio e risarcitorio possano essere inadeguati a tutelare pienamente il discriminato G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, cit., p. 1416.

<sup>390</sup> Così D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 293, che sottolinea la non conformità di tali orientamenti giurisprudenziali allo scopo di dissuasività perseguito dalla dir. 2000/43/CE.

i rimedi caducatori, come la nullità, che, essendo di protezione, perde il connotato di rimedio restitutorio, per diventare nullità parziale, rimedio satisfattivo dell'interesse del consumatore a conservare le utilità derivanti dal contratto<sup>391</sup>.

Dalla giurisprudenza europea provengono indicazioni apparentemente contrarie: in un precedente, avente ad oggetto il rifiuto di stipulare un contratto di lavoro in base al sesso della candidata, costituente discriminazione vietata dalla direttiva 76/206/CE (allora vigente), la Corte di giustizia, pur riconoscendo la maggiore efficacia di un obbligo di stipulare il contratto in capo al datore di lavoro, negò che la direttiva imponesse una sanzione determinata, dato che lasciava libertà agli Stati di scegliere le sanzioni purchè fossero efficaci. Al contempo, però, la Corte censurò la normativa tedesca in quanto prevedeva solo il risarcimento del danno emergente<sup>392</sup>, e per l'effetto, la normativa fu poi modificata, prevedendo l'obbligo di risarcire anche l'interesse positivo derivante dal contratto ipoteticamente stipulato<sup>393</sup>.

Da tempo la dottrina prospetta la possibilità di desumere obblighi di contrarre dall'ordine pubblico e dal buon costume, ed il rifiuto emulativo di contrarre costituirebbe una modalità dannosa dell'attività contrattuale, produttiva di un danno ingiusto risarcibile in forma specifica<sup>394</sup>. Sebbene non si possa dubitare della natura di illecito extracontrattuale del rifiuto di contrarre discriminatorio, con ammissibilità del rimedio in forma specifica, la possibilità di fondare obblighi di contrarre sull'ordine pubblico o il buon costume rischia di generare confusione tra regole di validità e regole di responsabilità<sup>395</sup>: nel nostro sistema le due clausole generali, infatti, costituiscono soltanto il parametro di validità delle clausole contrattuali.

---

<sup>391</sup> A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, cit., pp. 72-73.

<sup>392</sup> CGUE, 10 Aprile 1984, *Von Colson & Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, C-14/83, in curia.europa.eu., commentata da N. REICH, *The Principle of Effectiveness*, cit, pp. 344-346.

<sup>393</sup> Nella fattispecie, fu previsto l'obbligo di risarcire una parte dello stipendio, corrispondente ad alcune mensilità, che sarebbe stato corrisposto in presenza della stipula del contratto: v. N. REICH, op. ult. cit., *ibidem*.

<sup>394</sup> L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., pp. 301-302. L'A. riprende il pensiero di R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Utet, Milano, 2016, pp. 1261-1269. Per l'A., tra le disposizioni dalle quali emergono obblighi legali a contrarre vi è l'art. 43 del d.lgs. 286/1998, che sarebbe caratterizzato dalla stessa *ratio* dell'art. 2597 c.c., consistente nella reazione contro il rifiuto di contrarre capriccioso da parte di chi si rivolge al pubblico. Per l'A non è escluso che obblighi a contrarre siano desumibili dall'ordine pubblico o dal buon costume, lesi tanto da chi contrae in maniera illecita quanto da chi rifiuta di contrarre con fini illeciti.

<sup>395</sup> Di ciò è consapevole R. SACCO, op. ult. cit., p. 1267, secondo il quale «le difficoltà che incontrerebbe chi volesse formulare in merito regole precise sono scoraggianti; ben si comprende il silenzio del legislatore». L'A., dunque, ritiene di fondare l'ingiustizia della discriminazione contrattuale sull'art. 2043 c.c., in quanto

La tesi favorevole al risarcimento in forma specifica è considerata “inappagante” da chi osserva che il contratto imposto, a differenza del risarcimento in forma specifica, non ricostituisce la situazione precedente all’illecito, ma costituisce un nuovo rapporto giuridico; il rimedio, inoltre, sarebbe irriducibile alle forme ordinarie di riparazione in natura, che presuppongono l’eliminazione materiale delle conseguenze pregiudizievoli del fatto illecito<sup>396</sup>.

L’obiezione è simile a quella sollevata da autorevole dottrina, che, con riferimento al rifiuto dell’impresa dominante (monopolista di fatto) esclude il risarcimento in forma specifica sotto forma di obbligo a contrarre, poiché non si limiterebbe a restaurare il “danno” cagionato all’offeso (il mancato guadagno derivante dall’indisponibilità del bene o servizio, le spese per procurarsi altrove il bene) ripristinando la situazione preesistente, ma gli attribuirebbe un *quid novi*<sup>397</sup>. Ed infatti la dottrina tedesca, che aveva ideato la tesi, per superare l’*impasse* duplicava le voci di risarcimento, ritenendo che l’obbligo a contrarre dovesse risarcire il danno (immediato) alle opportunità concorrenziali dell’impresa, distinto dal danno mediato, patrimoniale. In sostanza, in caso di rifiuto discriminatorio una sentenza costitutiva dell’obbligo a contrarre fuoriuscirebbe dalla logica risarcitoria.

La possibilità di emettere sentenze costitutive dell’obbligo di contrarre, dunque, trova il suo fondamento nella facoltà del giudice, *ex art. 44, t.u. immigrazione*, di adottare *ogni provvedimento* atto a rimuovere gli effetti della discriminazione, la quale sarebbe uno dei «casi previsti dalla legge» nei quali l’autorità giudiziaria può pronunciare sentenze costitutive<sup>398</sup>: ed infatti, secondo un’interpretazione non meramente letterale dell’art. 2908 c.c., la possibilità di emettere sentenze costitutive non è nè eccezionale né tipica<sup>399</sup>. In tal modo si raggiunge comunque l’obiettivo di configurare sanzioni dissuasive previsto dall’art. 15 della dir. 2000/43.

---

il termine “ingiustizia” è un termine più lato di illegittimità, sulla cui sussistenza influisce anche lo stato soggettivo – emulativo, discriminatorio – del danneggiante.

<sup>396</sup> Con riferimento ai danni risarcibili in forma specifica, la dottrina ha ipotizzato la possibilità di adottare una nozione di pregiudizio più duttile, tale comprendere anche i pregiudizi giuridici A. D’ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Cedam, Padova, 2002, pp. 390.

<sup>397</sup> L. NIVARRA, *L’obbligo a contrarre e il mercato*, cit., pp. 130-131 e pp. 191-196.

<sup>398</sup> G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione come limite all’autonomia contrattuale*, cit., p. 1417.

<sup>399</sup> In tal senso A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., pp. 341 e ss. spec. pp. 391-394; conforme A. DI BIASE, *Monopolio di fatto dominio del mercato ed obbligo a contrarre*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, p. 150.

Nel caso di applicazione discriminatoria di condizioni peggiori rispetto a quelle applicate al resto della clientela, il giudice potrà integrare o rettificare il contratto, cioè, in quest'ultimo caso, rivederne il contenuto modificando le clausole discriminatorie<sup>400</sup>.

Dato che il cliente dei servizi di credito è qualificabile come consumatore, e siccome determinate clausole discriminatorie potrebbero astrattamente essere dichiarate vessatorie, si potrebbe porre un problema di coordinamento col sistema normativo di cui alla dir. 93/13/Ce. Secondo l'interpretazione della giurisprudenza comunitaria dell'art. 6, comma 1, dir. 93/13/Ce (per il quale le clausole abusive non possono sopravvivere ed il contratto, salvo si tratti di clausola essenziale, deve rimanere vincolante secondo i medesimi termini), una modificazione giudiziale della clausola comporterebbe pur sempre il mantenimento in vita della stessa e ostacolerebbe l'obiettivo, di cui all'art. 7 della direttiva 93/13/Ce, di far cessare l'inserzione di clausole abusive da parte dei professionisti. Essi, infatti, sarebbero consapevoli che le stesse, una volta inserite, potrebbero pur sempre essere emendate giudizialmente<sup>401</sup>.

Poiché la normativa antidiscriminatoria, però, costituisce una *lex specialis* rispetto al sistema di tutela del consumatore, il potere del giudice di rimuovere gli effetti della discriminazione non soggiace ai limiti posti dalla dir. 93/13/Ce, tant'è che la questione non si è mai posta in giurisprudenza.

---

<sup>400</sup> In tal senso D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico*, cit., p. 286; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 286 ss.

<sup>401</sup> CGUE, 14 Giugno 2012, *Banco Español de Credito c. Joaquin Calderon Camino*, causa c-618/10, in *Contr.*, 2013, 1, pp. 16 ss., commentata da A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausole abusiva e integrazione del contratto*, ivi, p. 22 ss., e da S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e disciplina sui ritardi di pagamenti: il segmentarsi dei rimedi*, in *Pers. Merc.*, 2013, 1, pp. 11-21; CGUE, 30 Maggio 2013, *D. F. Asbeek Brussee e altri c. Jahani BV*, causa c-488/11, in *curia.europa.eu*, commentata da R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brussee*, in *Jus civ.*, 2013, 7, pp. 388-405. Esprimono perplessità sull'orientamento della Corte S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 14, e A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria*, cit., p. 29, per i quali non è affatto scontato che tali modifiche non siano guidate da un intento punitivo verso il professionista e non siano, dunque, favorevoli al consumatore. Più convincente è l'opinione di G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 233, per il quale un potere correttivo del giudice riferito a contratti, come quelli dei consumatori, conclusi "in serie", sottoponibili alla valutazione di un numero indeterminato di giudici, potrebbe creare grande incertezza sul contenuto delle contrattazioni. Sull'integrazione del contratto col diritto dispositivo, v. CGUE, 30 Aprile 2014, *Käsler e altri c. OTP Jelzalogbank ZR*, cit., commentata da A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, cit. Sull'integrazione del contratto si rinvia a S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 2 ss.

4. *Omessa o scorretta valutazione del merito creditizio: i rimedi alla luce del principio di effettività.*

Pur delegando agli Stati l'adozione di sanzioni per le violazioni delle disposizioni nazionali attuative delle direttive in materia di credito al consumo, gli artt. 23, dir. 2008/48/Ce e 38, dir. 2014/17/UE, richiedono l'efficacia, la proporzionalità e la dissuasività di tali misure.

Si tratta, a ben vedere, di clausole generali da interpretare conformemente al principio di effettività di cui all'art. 47 Carta dir. Ue, il quale, implicando come esposto rimedi di diritto privato effettivi, si inserisce nel dibattito sulle conseguenze civilistiche della violazione dell'obbligo di valutare il merito creditizio del sovvenuto<sup>402</sup>, introdotto dall'art. 8, dir. 2008/48 e disciplinato dal legislatore italiano con l'art. 124 *bis* t.u.b. La questione si pone negli stessi termini anche per la violazione dell'art. 120 *undecies* t.u.b., che, in attuazione dell'art. 18 della direttiva sul credito immobiliare, impone di valutare l'affidabilità del sovvenuto ma non individua alcuna sanzione in caso di omessa o scorretta istruttoria. Come avvenuto per altre discipline di matrice europea, la mancata individuazione dei rimedi ad opera delle direttive 2008/48 e 2014/17 ha di fatto vanificato l'obiettivo di un'armonizzazione completa delle legislazioni degli Stati membri<sup>403</sup>.

La necessità di sanzioni effettive è stata ribadita dalla Corte di giustizia nel caso *Le Credit Lyonnais*, con la quale è stato censurato l'apparato di *enforcement* composto dagli artt. L. 311-48, comma 2, cod. cons. francese e L. 313-3 *code monétaire et financier*. La prima disposizione prevede che, in caso di inadempimento all'obbligo di

---

<sup>402</sup> Su cui v., con riferimento alla direttiva sul credito al consumo, M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, cit., pp. 68-75; L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012, p. 227 ss.; R. NATOLI, *Il contratto «adeguato»*, cit., pp. 139-155; ID., *Art. 124 bis t.u.b.*, in G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, II ed., Cedam, Padova, 2013, pp. 1712-1716; A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla consulenza nell'erogazione del credito?* in A.A. V.V., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti*, Torino, 2010, pp. 29 ss.; E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 91 ss.; A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/Ce*, in G. DE CRISTOFARO, cit., pp. 183-193.

<sup>403</sup> La mancata armonizzazione rimediaria è un difetto di numerose discipline europee: basti pensare alla direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali scorrette ed alla direttiva 2011/83 sui diritti dei consumatori. Critica nei confronti di tale scelta, con riferimento alla direttiva 2011/83, R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, cit., p. 311 ss.

valutare il merito creditizio e di consultare una banca dati, il creditore decade dal diritto agli interessi convenzionali; per effetto dell'art. L. 313-3, però, il creditore in tal caso ha diritto agli interessi al tasso legale a decorrere dalla condanna al pagamento delle somme dovute per effetto del contratto di credito, con una maggiorazione se nei due mesi successivi il debitore non esegue il pagamento.

Per la Corte di giustizia, se gli importi esigibili dal creditore non fossero notevolmente inferiori a quelli di cui avrebbe beneficiato in caso di adempimento dei suoi obblighi, il sistema sanzionatorio francese non sarebbe dissuasivo e dovrebbe essere disapplicato<sup>404</sup>. Ferma l'immediata riferibilità della pronuncia all'ordinamento francese, è però evidente che la statuizione della Corte non solo abbia un impatto sul più ampio terreno del diritto privato europeo<sup>405</sup>, ma debba indurre ad elaborare rimedi efficaci, proporzionali e dissuasivi per le violazioni degli obblighi di cui agli artt. 124 *bis* e 120 *undecies* t.u.b.

L'attenzione della dottrina ai rimedi privatistici è dovuta da un lato all'assenza di sanzioni amministrative per la violazione dell'art. 124-*bis* t.u.b, e, dall'altro, alla collocazione della disposizione in un capo espressamente dedicato alla disciplina del rapporto contrattuale<sup>406</sup>. Sia l'art. 8 dir. 2008/48 che l'art. 124-*bis* si limitano infatti a prescrivere l'obbligo di valutare il merito creditizio<sup>407</sup>; la mancanza di un regime di *enforcement* delega all'interprete il compito di individuare le sanzioni applicabili onde assicurare l'effettività della disciplina europea<sup>408</sup>.

---

<sup>404</sup> CGUE, 27 Marzo 2014, *LCL Le Credit Lyonnais SA c. F. Kalhan*, C-565/12, in *Contr.*, 2014, 10, p. 873 ss., commentata da T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, *ibidem*.

<sup>405</sup> Così T. DALLA MASSARA, *Obbligo del creditore di valutare la solvibilità del debitore*, cit.

<sup>406</sup> Per una sintesi del dibattito dottrinale, v. R. NATOLI, *Art. 124 bis t.u.b.*, cit., pp. 1712-1716.

<sup>407</sup> La normativa nazionale sul credito al consumo è integrata dal d.m. M.E.F. n. 117 del 3 Febbraio 2011, assunto in via d'urgenza in qualità di Presidente del CICR, e dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia del 9 Febbraio 2011.

<sup>408</sup> Sul punto si segnala la recente introduzione dell'art. 69, d.lgs. 14/2019 (c.d. Codice della Crisi d'impresa), che sanziona la concessione irresponsabile del credito precludendo al creditore di presentare opposizione o reclamo in sede di omologa del piano di risanamento del consumatore, o di far valere cause di inammissibilità dell'accesso alla procedura diverse dal comportamento doloso del consumatore. Nonostante il solo riferimento all'art. 124-*bis* t.u.b., la disposizione dovrebbe applicarsi – a pena di sospetta illegittimità costituzionale per irragionevolezza – anche alla valutazione del merito creditizio immobiliare di cui all'art. 120 *undecies* t.u.b., giusta il generico riferimento alla determinazione e all'aggravamento con colpa del sovraindebitamento. Per un commento della riforma v. G. D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 318 ss.



Inizialmente, il tema delle conseguenze civilistiche per il credito erogato a soggetti immeritevoli era stato trattato con riguardo ai finanziamenti ad imprese sostanzialmente decotte, tenute artificialmente in vita con finanziamenti concessi in assenza di garanzie sulla restituzione, con danno aquiliano ai creditori ed ai fornitori, indotti, sulla base delle informazioni erronee in tal modo immesse nel mercato, a stipulare con l'impresa contratti destinati ad essere inadempiti<sup>409</sup>.

In realtà, un danno risarcibile è configurabile anche nei confronti del sovvenuto – imprenditore o consumatore –, rimanendo irrilevante che la concessione di credito comporta sempre un incremento del patrimonio. Chi riceve un prestito, infatti, deve restituire un importo maggiorato dagli interessi corrispettivi e, in caso di ritardo, dagli interessi moratori<sup>410</sup>; in caso di inadempimento, inoltre, il debitore può subire il pignoramento della casa di abitazione – nel caso di mutui ipotecari – e la segnalazione alla Centrale rischi<sup>411</sup>, con conseguenti future difficoltà di accesso al credito, acute nel caso di soggetti privi di storia creditizia, come gli immigrati, segnalati per la prima volta con informazioni negative. Nel danno risarcibile, dunque, rientrano il danno emergente, derivante dall'eventuale pignoramento di immobili ipotecati, e il lucro cessante, consistente nella revoca o nella mancata concessione di altri finanziamenti.

---

<sup>409</sup> In giurisprudenza, CASS., SEZ. UN., 16 Febbraio-28 Marzo 2006, n. 7029, in *Corr. giur.*, 2006, 5, p. 643 ss., con nota di G. FAUCEGLIA, *Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le sezioni unite*; di recente, CASS., 20 Aprile 2017, n. 9983, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it). In dottrina, senza pretesa di esaustività, A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, 1, p. 219 ss.; F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 20 ss.; B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, p. 265 ss.; G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 246 ss.; A. NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione di credito*, in *Soc.*, 2007, 4, p. 436 ss.; L. MODICA, *Concessione "abusiva" di credito ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2012, 2, p. 492 ss. La natura aquiliana della responsabilità del prestatore nei confronti dei creditori del sovvenuto è contestata da L. MODICA, *Profili giuridici del sovra indebitamento*, cit., pp. 297-302, trattandosi, per l'A., di una fattispecie di complicità nell'inadempimento di un rapporto obbligatorio, il quale è fonte di responsabilità per il debitore finanziato; la responsabilità contrattuale del terzo deriverebbe dal superamento della visione dell'obbligazione come rapporto a struttura semplice, consistente nel solo obbligo di prestazione tra debitore e creditore, e dalla forza attrattiva del rapporto obbligatorio nei confronti delle condotte anche di terzi che ne impediscano l'attuazione.

<sup>410</sup> L. MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, cit., pp. 511-512; B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit., p. 462 ss. L'impossibilità di valutare l'erogazione del credito come fonte di danno ingiusto, in quanto atto giuridicamente neutro, è affermata dalla giurisprudenza: v. *ex multis* TRIB. Monza, 31 luglio 2007, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, p. 375. V. pure, nello stesso senso, App. Bari, 17 giugno 2002, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, II, pp. 582-583.

<sup>411</sup> R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., pp. 152-155.

Tale è la gravità delle conseguenze che, in caso di segnalazione illegittima con appostazione a sofferenza, una parte della giurisprudenza di merito configura un danno *in re ipsa* per lesione della reputazione, non necessitante una prova specifica<sup>412</sup>, sebbene in contrasto coi principi stabiliti dalle Sezioni unite nel 2008, per le quali il danno non patrimoniale esige la prova del danno conseguenza.

In dottrina, tuttavia, la configurabilità di un danno risarcibile al sovvenuto non è pacifica. In base ad un'interpretazione letterale, infatti, l'art. 124-*bis* avrebbe una rilevanza meramente "interna", rientrando tra le procedure interne all'attività del finanziatore ed essendo espressione del precetto di sana e prudente gestione, volto ad assicurare la stabilità del sistema bancario<sup>413</sup>; in tale prospettiva, l'art. 124-*bis* nulla avrebbe a che fare con la tutela del consumatore dal sovra indebitamento e la violazione dell'obbligo di valutare il merito creditizio (o di valutarlo correttamente) non avrebbe alcuna conseguenza civilistica.

E' pur vero che, limitandosi al mero dato letterale, la disposizione si limita a prescrivere l'obbligo di compiere la verifica di solvibilità e non prevede le conseguenze della stessa, né tantomeno le sanzioni civilistiche per una decisione non allineata agli esiti della verifica. La violazione dell'art. 124-*bis*, tuttavia, non è presidiata da sanzioni pubblicistiche, non rientrando nell'elenco di cui all'art. 144 t.u.b.: il principio dell'effetto utile, dunque, impone di interpretare la normativa interna in modo da non compromettere

---

<sup>412</sup> TRIB. BRINDISI, 2 marzo 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 1 ss; TRIB. CUNEO, 4 Aprile 2017, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); TRIB. TORINO, 26 Giugno 2019, in [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it). Tale orientamento, tuttavia, è in contrasto coi principi stabiliti dalle Sezioni unite in materia di danno non patrimoniale, la cui risarcibilità postula non solo la lesione del diritto (il danno evento) ma anche delle conseguenze dannose, trattandosi di un vero danno e di un vero risarcimento non di una sanzione civile con funzione punitiva: CASS., SEZ. UN., 24 Marzo 2006, n. 6752, in *Corr. giur.*, 2006, pp. 787 ss., con nota di MONATERI, *Sezioni unite; le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, pp. 1382 ss; CASS., SEZ. UN., 11 novembre 2008, n. 26972, con nota di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, p. 63. Per l'orientamento contrario in tema di danno all'immagine per illegittima segnalazione alla Centrale dei Rischi, nella giurisprudenza di legittimità, v. CASS., 28 marzo 2018, n. 7594; CASS., 29 gennaio 2017, n. 1931, che ha escluso la risarcibilità del danno *in re ipsa*, ammettendo però il ricorso a presunzioni; nella giurisprudenza di merito, cfr. TRIB. TREVISO, 15 febbraio 2019, in [www.iusexplorer.it](http://www.iusexplorer.it).

<sup>413</sup> A. MIRONI, *L'evoluzione della disciplina della trasparenza bancaria in tempo di crisi*, cit., p. 592. Cfr. A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio*, cit., pp. 187-189. Per l'A. lo scopo della direttiva sul credito al consumo è la realizzazione del mercato interno del credito con l'uniformazione delle norme nazionali; il riferimento nel considerando 26 al mercato creditizio in espansione e all'emissione di crediti manifesterebbe poi una tendenza alla tutela del mercato. Lo scopo diretto della valutazione del merito creditizio non sarebbe dunque la tutela del consumatore dal sovra indebitamento. L'A. è poi possibilista sulla configurabilità di una responsabilità del finanziatore verso il sovvenuto per un credito eccessivo, dovendosi mantenere un principio di autoresponsabilità del finanziato.

le finalità della direttiva 2008/48<sup>414</sup>, tra le quali rientra, per il considerando 26, la concessione responsabile dei prestiti in base ad una preliminare valutazione del merito creditizio. Tale tesi, inoltre, è difficilmente conciliabile con il principio di effettività della tutela che, come detto, è già penetrato nell'ambito dei rimedi privatistici e di cui sono espressione gli artt. 23, dir. 2008/48 e 38, dir. 2014/17, che, imponendo agli Stati l'adozione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, ostano ad un regime privo di sanzioni civilistiche per la violazione dell'obbligo di valutare il merito di credito.

Secondo la pronuncia *Le Credit Lyonnais*, l'art. 23 imporrebbe un giudizio comparativo tra le conseguenze dell'adempimento e quelle dell'inadempimento degli obblighi derivanti dalla direttiva; l'assenza di sanzioni civilistiche cozzerebbe col principio di effettività, essendo indifferenti per il finanziatore le conseguenze dell'adempimento o dell'inadempimento dell'obbligo testè menzionato.

L'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale, invece, impone di interpretare gli artt. 124-*bis* e 120 *undecies* t.u.b. in conformità agli art. 23, dir. 2008/48, 38, dir. 2014/17, ed all'art. 47 Carta dir. Ue, che, come detto, esplica una efficacia anche nell'ambito dei rimedi privatistici. L'assenza di conseguenze civilistiche, peraltro, è difficilmente argomentabile già in base all'interpretazione sistematica del diritto interno: ed infatti l'art. 124 *bis*, collocato in un capo del t.u.b. espressamente dedicato alla disciplina del rapporto contrattuale, deve afferire al piano civilistico della relazione debitore-creditore<sup>415</sup>.

Com'è noto, secondo le Sezioni unite, dalla violazione dei doveri comportamentali a carico degli intermediari finanziari discende l'obbligo di risarcire i danni a titolo di responsabilità precontrattuale – per gli obblighi gravanti nella fase di formazione del contratto –, poiché, pur essendo norme imperative, non riguardano la struttura o il contenuto del contratto e, dunque, la loro violazione non può dar luogo a nullità virtuale<sup>416</sup>.

---

<sup>414</sup> L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 242. Il giudice nazionale deve interpretare il diritto nazionale, adottato in attuazione di una direttiva, per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo di quest'ultima onde conseguire il risultato da essa perseguito, assicurando la piena efficacia delle norme comunitarie: v. CGUE, 15 Aprile 2009, C-286/08, *Impact c. Minister for Agriculture and Food*, par. 98-99, in [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>415</sup> L. MODICA, op. ult. cit., *ibidem*; ID., *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2012, 2, p. 496.

<sup>416</sup> CASS., SEZ. UN., 19 Dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Danno e resp.*, 2008, p. 525 ss., con commento di F. BONACCORSI, V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria)*.

Il risarcimento del danno subito dal finanziato, a titolo di responsabilità precontrattuale del finanziatore, costituisce un rimedio conforme agli scopi di cui agli artt. 23 dir. 2008/48 e 38, dir. 2014/17. Sebbene nel diritto privato europeo, infatti, sia la tutela in forma specifica il rimedio privilegiato<sup>417</sup>, per la Cgue il risarcimento non è sempre un *quid minus*: smette infatti di esserlo quando una tutela in forma specifica – la riparazione o la sostituzione – non sia materialmente possibile<sup>418</sup>, come appunto nella fattispecie di finanziamento insostenibile. L'ineffettività del rimedio risarcitorio, infatti, è stata predicata dalla Corte di giustizia soltanto nel caso di perdita di un bene non risarcibile per equivalente, come la casa di abitazione<sup>419</sup>.

Nel giudizio avente ad oggetto il risarcimento dei danni per finanziamento eccessivo il finanziatore non potrà provare l'adempimento degli obblighi precontrattuali producendo clausole di stile, sottoscritte dal consumatore, che diano artificiosamente atto dell'esecuzione di tali obblighi; egli dovrà invece produrre in giudizio i documenti consegnati al consumatore<sup>420</sup>. Tali clausole, infatti, rappresentano meri indizi di adempimento dell'obbligo di valutare il merito creditizio, ma non possono determinare una inversione dell'onere della prova, dato che il consumatore, per inesperienza e asimmetrie informative, non dispone di mezzi che gli consentono di provare che il creditore non ha adempiuto agli obblighi precontrattuali.

---

<sup>417</sup> E ciò nel duplice senso della configurazione della nullità come tutela soddisfattiva e della prevalenza della tutela specifica sulla tutela per equivalente: A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 1, pp. 83-84 e 72-75. L'A. osserva giustamente che la nullità di protezione, necessariamente parziale e relativa, mira non alla caducazione del contratto ed alla produzione delle conseguenze restitutorie, ma al mantenimento del contratto e dell'assetto degli interessi da esso derivante, in ciò consistendo la sua natura soddisfattiva.

<sup>418</sup> S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 809.

<sup>419</sup> V. CGUE, 17 Luglio 2014, C-169/2014, *Morcillo Sanchez e Abril Garcia c. Banco Bilbao*, in *curia.europa.eu*; CGUE, 14 Marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, cit., par. 60, *ivi*.

<sup>420</sup> Il *Tribunal d'instance de Orléans* aveva sollevato una duplice questione pregiudiziale dinanzi alla Cgue, poi non decisa (Causa C-564/12, *Bnp Paribas Personal Finance SA c. G. Delmatti*): 1) Se l'articolo 22 della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, interpretata alla luce della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, osti all'esistenza e all'applicazione di clausole tipo nei contratti di credito, con le quali il consumatore dà atto dell'esecuzione degli obblighi incombenti al creditore. 2) Se il principio generale di effettività del diritto comunitario e gli articoli 22 e 23 della direttiva 2008/48/CE ostino a che il creditore possa fornire la prova dei propri obblighi precontrattuali e contrattuali attraverso le sole clausole tipo inserite nei contratti di credito, con cui il consumatore dà atto dell'esecuzione [di tali obblighi], senza presentare al giudice i documenti da esso emanati e consegnati al debitore. Nel senso sostenuto nel testo, v. S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale*, cit., p. 816 in nota.

Il principio di effettività, secondo la Corte di Giustizia, impone che sia il creditore a provare l'adempimento degli obblighi precontrattuali di cui agli art. 5 e 8 della direttiva 2008/48<sup>421</sup>, ma il principio è sicuramente estensibile anche alla prova degli obblighi precontrattuali previsti dalla direttiva sul credito immobiliare, per identità di *ratio*. Il consumatore con una scarsa alfabetizzazione finanziaria, che non conosce i propri diritti, potrà giovare del rilievo d'ufficio dell'inadempimento degli obblighi precontrattuali, compreso quello di valutare il merito creditizio<sup>422</sup>.

Sul tema della causalità occorre, invece, fare delle precisazioni, dato che alcune voci dottrinali e giurisprudenziali sembrano escludere il risarcimento del danno a favore del sovvenuto, sostenendo che egli richiedendo il finanziamento sarebbe co-autore della condotta della banca, interrompendo il nesso causale tra il danno e la condotta abusiva del finanziatore<sup>423</sup>.

Ai sensi dell'art. 116, comma 4, t.u.b., la pubblicazione da parte della banca dei tassi e delle condizioni praticate nei contratti di credito non costituisce offerta al pubblico, avente il valore di proposta contrattuale, ma un mero invito ad offrire. E' vero che tale disposizione non è richiamata dai capi I-bis e II sui contratti di credito al consumo e immobiliare e non gli si applica. Tuttavia, come già segnalato (v. *infra*, cap. III, par. 3.), dato che le normative sul credito immobiliare e sul credito al consumo non impongono di pubblicare previamente l'importo totale del credito o il numero e l'ammontare delle singole rate, di regola non ricorrono i requisiti dell'offerta al pubblico, ma quelli dell'invito ad offrire. Ciò esclude che il cliente abbia il potere – *rectius*, il diritto

---

<sup>421</sup> Così CGUE, 18 Dicembre 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance SA c. Ingrid Bakkaus e altri*, parr. 27-28, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

<sup>422</sup> CGUE, 5 Marzo 2020, C-679/18, *OPR-Finance s.r.o. c. GK*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it)

<sup>423</sup> APP. Milano, 20 Marzo 2015, in [www.expartecreditoris.it](http://www.expartecreditoris.it); TRIB. Milano, 21 Maggio 2001, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). Cfr. invece CASS., SEZ. UN., 28 Marzo 2006, n. 7029, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), da cui si può dedurre che, esclusa la legittimazione del curatore fallimentare e al di fuori del contesto di un fallimento, la domanda risarcitoria per abusiva concessione del credito sarebbe proponibile anche dal finanziato purchè non fosse in dolo al momento della richiesta di credito, salvo valutarne la condotta ai sensi dell'art. 1227 c.c. In un *obiter dictum*, infatti, il Collegio ha escluso la risarcibilità del danno subito dal sovvenuto, seppure diminuito ex art. 1227 c.c., oltre per il difetto di legittimazione del curatore e la novità della domanda, anche perchè nella fattispecie egli era coautore dell'illecito essendo consapevole dell'abusività del finanziamento, mentre l'art. 1227 c.c. postula una colpa del danneggiato. In dottrina, ritiene che la richiesta del finanziamento da parte del sovvenuto interrompa il nesso causale L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., pp. 272-273; ID., *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, cit., pp. 513-514. Ritiene invece che l'unico agente nella fattispecie di concessione abusiva di credito sia il finanziatore B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in [ilcaso.it](http://ilcaso.it), doc. n. 58/2007, p. 18.

potestativo<sup>424</sup> –, accettando la proposta, di concludere il contratto di credito con la banca, sia che quest'ultima sia in uno stato di soggezione<sup>425</sup>. Il contratto si concluderà, dunque, una volta che la banca avrà valutato il merito creditizio ed accettato la domanda di finanziamento: l'istruttoria è condotta discrezionalmente dalla banca, che ha il potere di accettare la domanda del sovvenuto, pur se non è obbligata, non esistendo un obbligo di concedere credito; lo schema dell'invito ad offrire, infatti, lascia la libertà di selezionare le domande di credito meritevoli<sup>426</sup>.

Ai sensi dell'art. 1227, inoltre, il comportamento del danneggiato assume rilevanza causale, tale da ridurre o escludere il risarcimento, solo in presenza di una colpa dello stesso. Il fondamento della disposizione è rinvenuto dalla giurisprudenza prevalente nel principio di causalità e dalla dottrina tradizionale nel principio di auto responsabilità<sup>427</sup>; la diatriba si riflette sul requisito della colpa, intesa dal primo orientamento in un'accezione obiettiva – comportamento negligente –, ed intesa dal secondo in un'accezione psicologica<sup>428</sup>.

Occorre evitare soluzioni aprioristiche: l'orientamento contrario in ogni caso al risarcimento in favore del sovvenuto è eccessivamente restrittivo, trascurando la situazione di asimmetria informativa e cognitiva esistente col finanziatore e la natura di

---

<sup>424</sup> Configura il potere di accettazione come un diritto potestativo C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 199.

<sup>425</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 99: «Se la proposta ha le necessarie caratteristiche, produce l'effetto giuridico suo proprio: dà all'oblatore il potere di concludere il contratto mediante l'accettazione, e correlativamente espone il proponente al rischio di subire la conclusione del contratto (egli è, tecnicamente in uno stato di soggezione)».

<sup>426</sup> V. G. CIAN, *L'offerta al pubblico e l'art. 3 del d.lgs. 31 Maggio 1998, n. 114, in materia di vendite al dettaglio*, cit., p. 316, che sottolinea la *ratio* del ricorso allo schema dell'invito ad offrire, risiedente nell'opportunità di riservare al dichiarante un margine di scelta tra i vari aderenti all'invito; l'interesse a selezionare tra i vari aderenti è altresì funzionale ad evitare di trattare con un soggetto col quale il dichiarante non voleva avere rapporti contrattuali.

<sup>427</sup> Nel primo senso, *ex multis* CASS., sez. un., 21 Novembre 2011, n. 24406, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 431, con nota di V. BACHELET, *Concorso colposo del danneggiato: il quasi inestricabile intreccio tra la causalità e la colpa e l'irruzione nel campo della solidarietà*. In dottrina, in tal senso C. M. BIANCA, *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218-1229*, Zanichelli-Foro It., Bologna-Roma, 1967, pp. 334-337. Rinviene il fondamento dell'art. 1227 c.c. nel principio di auto responsabilità e ne esclude l'applicazione all'incapace P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 131.

<sup>428</sup> Nel primo senso v. C. M. BIANCA, *Commentario del Codice civile*, cit., p. 344-349; nel secondo senso P. TRIMARCHI, cit., *ibidem*; G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 481.

*credence good* del credito; non si può escludere, però, qualsiasi concorso causale del finanziato<sup>429</sup>.

Sarà idonea ad interrompere il nesso causale solo la fornitura volontaria di false informazioni sulla propria situazione patrimoniale, penalmente rilevante *ex art.* 137 t.u.b., che impedisca alla banca di conoscere il reale merito creditizio del cliente. Al di fuori di comportamenti dolosi, se il sovvenuto abbia fornito al finanziatore tutte le informazioni richieste non potrà essere considerato negligente, salvo che il finanziamento fosse sproporzionato e di questo egli fosse stato avvertito.

I danni consistenti pagamento di interessi, pignoramenti e segnalazioni creditizie saranno eziologicamente riconducibili alla concessione irresponsabile del credito. Non varrebbe obiettare che il lucro cessante sarebbe conseguenza indiretta, essendo cagionato in realtà dalla successiva segnalazione alla Centrale dei Rischi: ed infatti, la giurisprudenza consolidata e la dottrina respingono l'interpretazione letterale dell'art. 1223 c.c., per la quale tra l'azione e l'evento non dovrebbero esistere anelli causali intermedi, essendo illogica posto che *in rerum natura* esistono sempre fasi intermedie nello svolgimento causale<sup>430</sup>.

Il finanziatore risponderà nei confronti del sovvenuto a titolo di responsabilità da contatto sociale qualificato; l'esclusione del regime aquiliano, sostenuta dalla dottrina in quanto la relazione tra cliente e finanziatore «tutto è fuor che una relazione tra estranei»<sup>431</sup>, è confermata dalla recente giurisprudenza, che identifica nella responsabilità

---

<sup>429</sup> B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit., p. 474, il quale, sebbene correttamente escluda la responsabilità del finanziatore solo in caso di dolo del cliente, cade nell'eccesso opposto, ritenendo che l'imprenditore possa non causare ma aggravare il danno, così affermando applicabilità del solo art. 1227, 2° comma c.c; ciò per l'A. avviene se, dopo aver ricevuto l'ingiustificato finanziamento, egli non si sia limitato alla normale gestione dell'azienda, ma utilizzi il finanziamento per assumere ulteriori azzardate iniziative estranee alla normale gestione dell'impresa, venendo a gravare il già dissestato patrimonio con obbligazioni che avrebbe potuto evitare di contrarre. Nel senso sostenuto nel testo cfr. R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., pp. 153-154.

<sup>430</sup> Così P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, cit., p. 20. La giurisprudenza infatti accoglie il criterio della causalità adeguata ed estende la responsabilità risarcitoria ai danni conseguenza indiretta e mediata della condotta lesiva: *ex multis* CASS., 13 Settembre 2000, n. 12103, in *Dir. e giust.*, 2000, 34,33, e CASS., sez. un., 22 Maggio 2018, nn. 12564, 12565, 12566 e 12567, in *Foro it.*, 2018, p. 1900 ss., con nota di R. PARDOLESI, *Compensatio, cumulo e «second best»*, pp. 1935-1941. La sentenza delle S.U. è commentata anche da U. IZZO, *Quando è giusto il beneficio non si scompota*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 2, p. 1503 ss.

<sup>431</sup> L. MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, cit., p. 514. Mostra invece di aderire alla tesi della responsabilità aquiliana *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit., p. 474, il quale di conseguenza ritiene sussistente una

precontrattuale una fattispecie di responsabilità da contatto sociale qualificato, in quanto connotata dallo scopo, comune alle parti, di concludere un contratto, ed in quanto il contatto tra le parti risale ad un momento precedente alla lesione<sup>432</sup>.

Si tratterà di una responsabilità risarcitoria da contratto valido ma sconveniente, il cui *quantum* dovrà commisurarsi non sulla differenza con un diverso contratto di credito coerente con il merito di credito – valutazione impossibile da condurre in giudizio, non potendo il giudice sostituirsi al finanziatore –, ma sulle conseguenze pregiudizievoli indotte sul patrimonio del debitore<sup>433</sup> (pignoramenti, interessi, segnalazioni creditizie).

#### 4.1. *E' configurabile un divieto di concedere crediti eccessivi?*

Forzando il dato letterale dell'art. 124-bis t.u.b., in dottrina si è enucleato un obbligo di consulenza del finanziatore, con conseguente obbligo di astensione dalla concessione di finanziamenti inadeguati perché insostenibili<sup>434</sup>; tale tesi, però, non può essere accolta.

Il dibattito sulla presenza di un divieto di concessione di credito insostenibile è stato influenzato da due assunti entrambi criticabili: 1) che vi sia una simmetria tra la valutazione di adeguatezza nei servizi di gestione di portafoglio e di consulenza, di cui all'art. 40, Reg. Consob 20307 del 2018, e la valutazione del merito creditizio; 2) che l'obbligo di astensione sia escluso in quanto ciò non sarebbe imposto dalla buona fede, di cui sarebbero espressione le regole di comportamento degli intermediari.

La prospettazione della simmetria tra le due valutazioni è talvolta funzionale a rafforzare la tesi dell'obbligo di astensione del finanziatore testè indicato<sup>435</sup>, presente già nel Reg. Consob del 2007 e confermato dalla normativa post MiFID II: ed infatti, giusta il richiamo dell'art. 40 cit. all'art. 54, par. 10, Reg. Ue 565/2017, l'impresa che presta il

---

responsabilità della banca anche per i danni imprevedibili, dato che l'art. 2056 c.c. non richiama l'art. 1225 c.c.

<sup>432</sup> V. CASS., 12 Luglio 2016, n. 14188, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>433</sup> In tal senso R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., pp. 153-154.

<sup>434</sup> A. NIGRO, in A.A. V.V., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti*, cit., p. 29 ss.; R. DE CHIARA, *Art. 124-bis. Verifica del merito creditizio*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, ed. III, Cedam, 2012, pp. 1873-1974.

<sup>435</sup> V. R. DE CHIARA, op. ult. cit., ivi. Pur negando l'esistenza di un divieto di concessione del credito insostenibile, evidenzia le analogie tra la valutazione di appropriatezza del servizio di investimento e dello strumento finanziario e la valutazione del merito creditizio R. NATOLI, *Il contratto «adeguato»*, cit., pp. 155-161. In entrambe le fattispecie, infatti, vi sarebbe un obbligo di assistenza del cliente in capo all'intermediario, funzionale alla messa in guardia dai rischi dell'operazione.



servizio di consulenza in materia di investimenti o gestione di portafoglio non raccomanda i servizi o gli strumenti finanziari né li negozia in caso di loro inadeguatezza.

L'accostamento tra le due valutazioni, tuttavia, non è esatto, in quanto, sebbene entrambe implicino obblighi di informazione sia attiva che riflessiva in capo agli intermediari, esse presentano varie incogruenze che lasciano residuare delle affinità solo generiche.

Oltre alla diversità tra i rischi degli intermediari bancari e quelli degli intermediari finanziari<sup>436</sup>, vi è che la valutazione di adeguatezza ha un contenuto più dettagliato: ed infatti, ai sensi dell'art. 40 Reg. Consob 2018, occorre valutare i) l'esperienza e la conoscenza che il cliente ha dei prodotti e dei servizi; ii) la sua situazione finanziaria e la capacità di sostenere perdite; iii) gli obiettivi dell'investimento – che escono dall'area dei motivi giuridicamente irrilevanti – e la tolleranza al rischio.

Al contrario, per chi eroga credito è previsto un generico obbligo di utilizzare informazioni adeguate, non necessariamente fornite dal consumatore e, solo se necessario, ricavate dalle banche dati (art. 124-*bis* t.u.b.)<sup>437</sup>. Non è dunque il prodotto a dover essere «adeguato» bensì le informazioni utilizzate dall'intermediario nell'istruttoria, che deve valutare solo la capacità di rimborso del sovvenuto<sup>438</sup>, mentre è quest'ultimo a valutare, mercè i chiarimenti dell'intermediario, se il contratto sia adatto alle sue esigenze ed alla sua situazione finanziaria (art. 124, comma 5, t.u.b.).

L'incongruenza tra le due valutazioni è evidente se solo si pensa che uno strumento finanziario sostenibile può non essere adeguato, qualora il cliente persegua una strategia di investimento non conservativa: anche l'inserzione di titoli speculativi nel portafoglio può essere adeguata se serve a compensare la presenza di titoli a basso rischio<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup> V. A. LUPOLI, *La direttiva 17/14, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 2, p. 247: «In altre parole: nel caso della consulenza finanziaria il cliente effettua un'operazione di investimento (l'intermediario eroga un servizio; nel caso della consulenza al credito è l'intermediario ad effettuare un'operazione di investimento (erogazione del credito)». Conforme A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi*, cit., p. 592, che evidenzia che l'intermediario finanziario, a differenza dell'impresa bancaria, non subisce conseguenze patrimoniali dirette in caso di cattivo affare del cliente.

<sup>437</sup> In tal senso, ma con riferimento all'art. 29 Reg. Consob 11522/1998, L. MODICA, *Profili giuridici del sovra indebitamento*, cit., pp. 243-247. Cfr. D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza*, cit., pp. 262-263.

<sup>438</sup> Con riferimento ai contratti di credito immobiliare, ma con argomenti estendibili anche al credito al consumo, S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, cit., p. 105.

<sup>439</sup> Così R. NATOLI, *Il contratto «adeguato»*, cit., pp. 106-107.

In definitiva, la valutazione di adeguatezza è maggiormente personalizzata della valutazione del merito creditizio, non guardando solo alla sostenibilità dell'operazione negoziale, ma alla sua conformità al profilo di rischio del cliente. Nella seconda il momento di personalizzazione del rapporto, peraltro, è posticipato alla fornitura dei chiarimenti adeguati al cliente, adempimento che logicamente presuppone già il compimento dell'istruttoria di solvibilità<sup>440</sup>, ma che per la Cgue, in base agli artt. 5 e 8, dir. 2008/48 non presenta un nesso necessario con quest'ultima<sup>441</sup>.

Il secondo equivoco riguarda il fondamento dell'obbligo di astensione sul principio di buona fede, sul presupposto che gli obblighi comportamentali degli intermediari siano espressione del principio di cui all'art. 1375 c.c. E' corretto affermare che la buona fede non impone di astenersi dalla stipulazione del contratto, dopo avere correttamente messo in guardia il sovvenuto dall'eccessività del fido richiesto<sup>442</sup>. Ed infatti, tra le condotte esigibili *ex bona fide* vi è il dovere di avvisare controparte di circostanze rilevanti per l'esecuzione del contratto, di eseguire prestazioni non previste o tollerare modifiche della prestazione altrui, ma non l'astensione dalla stipulazione solo perché sconveniente per controparte, pena l'uso del principio di cui all'art. 1375 c.c. per sindacare la convenienza dell'affare<sup>443</sup>.

Pur non potendosi dubitare che la condotta degli intermediari finanziari sia regolata *anche* dagli artt. 1175 e 1375 c.c., tali disposizioni impongono di salvaguardare l'utilità della controparte entro il limite del proprio apprezzabile sacrificio, personale o economico; le regole di condotta degli intermediari, invece, spesso richiedono più di un apprezzabile sacrificio, dati i costi di *compliance* e soprattutto di *disclosure*, derivanti dall'acquisizione di informazioni dal cliente e dalla spiegazione delle caratteristiche dei prodotti o dalla valutazione della loro adeguatezza<sup>444</sup>.

---

<sup>440</sup> T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, cit., p. 873.

<sup>441</sup> CGUE, 18 Dicembre 2014, C-449/13, *CA Consumer Finance SA c. Ingrid Bakkous*, in curia.europa.eu.

<sup>442</sup> L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, cit., p. 276.

<sup>443</sup> L. MODICA, op. ult. cit., *ibidem*.

<sup>444</sup> R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., pp. 78-85, per il quale, ragionando in base ai principi codicistici, la parte non è mai tenuta ad appurare le ragioni che spingono la controparte a stipulare il contratto, come invece accade nei mercati finanziari; conforme, D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 450-453; *contra*, G. M. UDA, *L'informativa alla clientela in relazione ai servizi di investimento*, in *La MiFID II. Rapporti con la clientela-regole di governance-mercati*, a cura di V. TROIANO, R. MOTRONI, Cedam, Milano, 2016, pp. 36-40, per il quale non vi sarebbero motivi per ritenere inapplicabile la buona fede nei mercati finanziari; la tesi, però, trascura di considerare che, nell'ottica qui sostenuta, il principio di buona fede non sarebbe inapplicabile. Si intende semplicemente constatare che gli obblighi di informazione riflessiva ed attiva, le attività di assistenza ai consumatori, che

Ciò è confermato sia dall'art. 40 Reg. Consob 2018, che tra i doveri degli intermediari annovera quello di astensione dall'effettuazione di operazioni inadeguate, che dal dovere di messa in guardia circa la convenienza del contratto di credito, entrambi inesigibili *ex bona fide*.

Un obbligo di non concedere crediti eccessivi, in realtà, non sussiste perché si tradurrebbe in un limite all'autonomia privata, sostanzialmente speculare all'obbligo di contrarre, in quanto tale eccezionale e necessitante di un'espressa previsione legislativa.

In altri ordinamenti, come quello belga, tale previsione sussiste: l'art. 15, comma 2, della l. 12 Giugno 1991 sul credito al consumo obbliga il finanziatore a non concludere il contratto di credito, se ritiene che il consumatore non possa rispettare gli obblighi derivanti dalla sua stipulazione, ed a ricercare il tipo e l'importo di credito più adatti alla situazione finanziaria del consumatore. La Cgue, di recente, ha stabilito la compatibilità di tali obblighi con gli artt. 5 e 8 della dir. 2008/48, rilanciando la prospettiva del *responsible lending*; per la Corte la direttiva armonizza solo taluni aspetti dei contratti di credito al consumo, rientrando nella competenza degli Stati membri la determinazione degli obblighi imposti al creditore a seguito della verifica di solvibilità e, ai sensi dell'art. 5 della direttiva, la specificazione delle modalità di assistenza al consumatore. La configurazione di un obbligo di astensione, peraltro, è conforme al considerando 26 della direttiva, che mira a dissuadere i creditori dalla concessione di prestiti irresponsabili<sup>445</sup>.

In definitiva, più aderente al dato normativo sembra la configurazione di un obbligo di messa in guardia dall'assunzione di impegni economicamente insostenibili. Ed infatti per l'art. 124, comma 5, t.u.b. i chiarimenti adeguati implicano non solo l'illustrazione delle caratteristiche dei prodotti – e dunque un dovere di spiegazione –, ma altresì degli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento.

Si tratta di una condotta diversa ed ulteriore rispetto alla mera fornitura di informazioni, di cui all'art. 124, comma 1, t.u.b., funzionale invece al confronto dei

---

comportano costi di transazione rilevanti ed un'organizzazione di impresa, comportano una rimozione del limite dell'apprezzabile sacrificio, per cui si tratta di regole aventi diversa natura. *Contra* v. anche R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Soc.*, 2008, 3, pp. 269-272.

<sup>445</sup> CGUE, 6 Giugno 2019, causa C-58/18, *Schyns c. Belfius Banque SA*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, p. 95 ss., commentata da G. LIBERATI BUCCIANTI, *Merito creditizio e obbligo di non concludere il contratto*.

diversi prodotti e all'adozione di una decisione informata<sup>446</sup>. Dal punto di vista semantico, del resto, chiarire significa mettere in luce aspetti non compresi, ed il finanziatore sarà tenuto a collaborare creando un flusso informativo bidirezionale, elaborando le informazioni fornite dal cliente e fornendo poi un nuovo flusso informativo, sotto forma di allerta circa l'opportunità dell'operazione<sup>447</sup>.

La stessa conclusione vale per la disciplina del credito immobiliare, nonostante nella pronuncia del 2019 citata la Corte di giustizia, richiamandosi all'art. 18, par. 5, lett. a) dir. 2014/17, sembri rinvenire in tale disposizione un obbligo di astensione dal concessione di crediti eccessivi. A mente di tale disposizione il credito deve essere erogato solo qualora risulti che gli obblighi derivanti dal contratto saranno verosimilmente adempiuti, con ciò, secondo alcuni, instaurando un nesso di funzionalità necessaria tra l'esito della valutazione del merito creditizio e la decisione di erogare il credito<sup>448</sup>.

Per altri autori, inoltre, sarebbe contraddittorio esigere, ai sensi dell'art. 120 *undecies*, comma 4, t.u.b., una nuova valutazione del merito creditizio prima di aumentare l'importo del credito, se l'esito dell'istruttoria non vincolasse il finanziatore<sup>449</sup>. L'obiezione non è dirimente, poichè una nuova istruttoria, come già prevedeva l'art. 124-*bis*, è obbligatoria solo in caso di aumento *significativo* non previsto nella prima istruttoria, permanendo negli altri casi una discrezionalità del finanziatore: anche l'obbligo di astensione, dunque, sarebbe a geometrie variabili.

Né una conferma indiretta dell'esistenza di un obbligo di astensione per il creditore si può ricavare dall'art. 120 *novies* t.u.b., per il quale, tra gli avvertimenti da fornire in sede precontrattuale, vi è quello del divieto di erogare il finanziamento nel caso in cui il cliente scelga di non fornire le informazioni necessarie alla valutazione del merito creditizio. Trattandosi di un limite all'autonomia privata, infatti, esso deve ritenersi insuscettibile di interpretazione analogica<sup>450</sup>.

---

<sup>446</sup> R. NATOLI, *Il contratto «adeguato»*, cit., p. 150.

<sup>447</sup> E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento*, cit., p. 91 ss.

<sup>448</sup> S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, cit., p. 81.

<sup>449</sup> In tal senso S. TOMMASI, op. ult. cit., p. 88.

<sup>450</sup> Le limitazioni all'autonomia privata, infatti, possono tradursi tanto nell'obbligo quanto nel divieto di contrattare: così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 15. Sulla eccezionalità dei limiti all'autonomia privata v. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p.; ID., *Obbligo a contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore acquirente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 2, p. 1003 ss.

Sembra più ragionevole, dunque, ritenere che la scelta sulla stipulazione del contratto è di esclusiva pertinenza del consumatore, come implicito nel tenore letterale dell'art. 120 *novies*, comma 5, t.u.b., che pone la fornitura di spiegazioni in rapporto di mezzo a fine con la valutazione del cliente<sup>451</sup>; in altri termini, il finanziatore deve fornire chiarimenti al cliente affinché sia *questi* a prendere la decisione definitiva sul contratto.

##### 5. *L'obbligo del finanziatore di gestire con rimedi manutentivi la difficoltà economica del consumatore.*

Come si è detto (v. *supra*, cap. I, par. 5 e cap. III, par. 1), il diritto europeo crea una relazione eccessivamente standardizzata tra intermediario e consumatore, non tenendo conto della vulnerabilità, anche economica, che caratterizza determinati consumatori. L'esigenza di un rapporto meno astratto riguarda *mutatis mutandis* anche il trattamento dell'inadempimento del contratto di credito al consumo, il quale, essendo un inadempimento all'obbligo di pagare una somma di denaro, è influenzato dal rigore dell'elaborazione dottrinale, che esclude la rilevanza delle condizioni economiche e sociali del debitore pecuniario quali esimenti dalla responsabilità *ex art. 1218 c.c.*

Le obbligazioni pecuniarie, infatti, sono ritenute “indistruttibili”, non essendo suscettibili di estinzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione, sottraendosi anche alla *regola genus nunquam perit* che vale per l'inadempimento delle obbligazioni: al debitore non gioverebbe provare l'impossibilità non imputabile, giacché nemmeno il perimento del genere – la caduta di corso legale della moneta (art. 1277 c.c.) o l'irreperibilità dello stesso (art. 1280 c.c.) – ha effetto liberatorio<sup>452</sup>.

---

<sup>451</sup> In tal senso S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. impr./Eur.*, 2014, 2, p. 538; più sfumata la posizione di altri autori: cfr. T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contr.*, 2015, 1, p. 81.

<sup>452</sup> A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., pp. 125-126; nello stesso senso, M. GIORGIANNI, *L'inadempimento: corso di diritto civile*, ed. III, Giuffrè, Milano, 1975, p. 305. In tal senso, in giurisprudenza, v. CASS., 15 Novembre 2013, n. 25777, in [www.avvocaticcs.it](http://www.avvocaticcs.it): «l'impossibilità che, ai sensi dell'art. 1256 c.c., estingue l'obbligazione, è da intendere in senso assoluto ed obiettivo e non si identifica, pertanto, con una semplice difficoltà di adempiere (cfr. Cass. 7-2-1979 n. 845), e cioè con una qualsiasi causa che renda più oneroso l'adempimento (Cass. 14-4-1975 n. 1409), ma consiste nella sopravvenienza di una causa, non imputabile al debitore, che impedisce definitivamente l'adempimento; il che, alla stregua del principio secondo cui *genus nunquam perit*, può verificarsi solo quando la prestazione abbia per oggetto un fatto o una cosa determinata o di genere limitato, e non già una somma di denaro (Cass. 16-3-1987 n. 2691; Cass. 17-6-1980 n. 3844; Cass. 15-7-1968 n. 2555; nello stesso senso Cass. 30-4-2012 n. 6594). Più in particolare, [...] in materia di obbligazioni pecuniarie, l'impossibilità della prestazione deve consistere, ai

La conclusione è sostanzialmente condivisa anche dalla dottrina che ritiene la responsabilità per inadempimento imputabile solo a titolo di colpa. Ed infatti il debitore che non paga ma dispone di beni patrimoniali è per ciò stesso in colpa; anche l'impotenza finanziaria si presume colposa, perché la prudenza impone di non assumere obbligazioni pecuniarie senza premunirsi contro il cattivo andamento del mercato o i *default* dei propri debitori, salvo che l'impotenza finanziaria non derivi da eventi straordinari e imprevedibili<sup>453</sup>. Il Codice civile, anzi, reagisce al peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore attivando dei rimedi a tutela del creditore, il quale in caso di insolvenza può esigere immediatamente la prestazione (art. 1186 c.c.) o, in caso di diminuzione del patrimonio del debitore o di mancanza di garanzie, può sospendere l'esecuzione della propria prestazione (artt. 1461 e 1822 c.c.).

L'esigenza di una maggiore personalizzazione del rapporto obbligatorio, fino ad allora basato sul concetto astratto di impossibilità assoluta della prestazione, inteso come impedimento all'adempimento per qualunque debitore, è stata espressa da Mengoni. Per l'A. il concetto di impossibilità va inteso in senso relativo, commisurandolo cioè al contenuto del singolo rapporto obbligatorio: è dal contratto che si desume la misura dell'impegno richiesto al debitore per soddisfare il creditore, consistente nell'obbligo di impiegare determinati mezzi e capacità<sup>454</sup>, con la conseguenza che uno sforzo superiore non rientrerebbe *ex bona fide* nell'obbligazione.

Per Mengoni, tuttavia, nelle obbligazioni pecuniarie non è configurabile l'impossibilità della prestazione, ma solo l'inesigibilità di quest'ultima; questa è configurabile solo nei (limitati) casi nei quali l'interesse del creditore all'adempimento entri in conflitto con un interesse del debitore al quale, nel sistema degli interessi protetti

---

fini dell'esonero da responsabilità del debitore, non in una mera difficoltà, ma in un impedimento obiettivo e assoluto, tale da non poter essere rimosso, e non può consistere nella mera impotenza economica dipendente dall'inadempimento di un terzo nell'ambito di un diverso rapporto (Cass. 25-5-2004 n. 9645)».

<sup>453</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 28-29; ID., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1218-1229, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del Codice civile*, Zanichelli-Foro It., Bologna-Roma, 1967, p. 101 ss. Il principale sostenitore della tesi dell'impossibilità sopravvenuta come impedimento assoluto ed oggettivo è stato Osti, il cui pensiero è stato recentemente analizzato da G. D'AMICO, *Responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1, pp. 1-24. Critica la tesi di Osti, e ritiene, come Bianca, che il criterio di imputazione della responsabilità di cui all'art. 1218 c.c. sia la colpa, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 316-319, evidenziando che il nesso tra colpa e responsabilità si evince già dagli artt. 1228 e 1229 c.c.; v. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, cit., p. 70.

<sup>454</sup> L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale, (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, pp. 1087-1088.

dall'ordinamento, inerisce un giudizio di valore preminente<sup>455</sup>, cioè prevalentemente un interesse non patrimoniale<sup>456</sup>, collegato alla salute, alla libertà, all'onore, ecc. La teoria dell'inesigibilità dell'adempimento, dunque, non considera le sopravvenienze che intaccano la capacità del debitore di adempiere l'obbligazione pecuniaria, consistenti in una mancanza di liquidità involontaria dovuta alla perdita del lavoro o alla diminuzione del reddito causata da una crisi economica.

Dinanzi alla crisi economica scaturita dall'emergenza COVID 19 occorre chiedersi di quali rimedi disponga il debitore pecuniario che abbia perso l'impiego o abbia subito una contrazione significativa del reddito; la questione è di evidente attualità considerato il potenziale impatto della crisi sugli immigrati, i quali presentano un elevato tasso di precarietà lavorativa<sup>457</sup>.

Non tutti i debitori delle banche possono trovare sostegno nel *Welfare State*, dato che l'accesso ai benefici previsti dalla legge è subordinato a dei requisiti soggettivi e oggettivi. L'art. 2, commi 475 ss., l. 244/2007<sup>458</sup> consente ai debitori (con Isee non superiore a Euro 30.000) di mutui fino a Euro 250.000, in ammortamento da almeno un anno, finalizzati all'acquisto dell'abitazione principale, di chiedere la sospensione delle rate fino a 18 mesi, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, morte o *handicap grave*. Si tratta di un meccanismo di socializzazione del rischio di ritardi nei pagamenti, in quanto durante la sospensione è il fondo a corrispondere gli interessi. Le condizioni di accesso al fondo, però, sebbene comprensibili in una logica di intervento dello stato sociale, non sono conformi alla disciplina europea sul credito immobiliare, che, all'art. 28, impone ai creditori di esercitare un ragionevole grado di tolleranza verso tutti i consumatori inadempienti, senza limiti di reddito e con riferimento ai contratti di ogni

---

<sup>455</sup> L. MENGONI, op. ult. cit., p. 1089.

<sup>456</sup> O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, p. 158: «la valutazione comparativa, alla quale si accede per giustificare la non esecuzione della prestazione da parte del debitore, concerne unicamente sopravvenienze di natura non patrimoniale, le quali, piuttosto che incidere sull'equilibrio economico del contratto impongono di reagire nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio ad un'alterazione della sfera esistenziale del debitore».

<sup>457</sup> Sull'impatto della crisi economica sulla popolazione immigrata in Italia, anche in termini di maggiore precarietà lavorativa, v. D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, IV rapporto*, 2015, cit., pp. 82-83.

<sup>458</sup> Con tale legge è stato istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze il "Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa", che ha sostituito il c.d. Piano Famiglia, conclusosi il 31 Marzo 2013 e ideato dall'Abi nel 2009, che pure prevedeva la sospensione dell'obbligo del pagamento delle rate a fronte di una comprovata difficoltà economica del mutuatario.

importo<sup>459</sup>. Anche a seguito dell'ampliamento provvisorio della platea dei beneficiari della sospensione delle rate, ad opera dei d.l. 18/2020 e 23/2020<sup>460</sup>, occorre chiedersi quali tutele spettino ai mutuatari che non soddisfino i requisiti di legge o ai debitori che abbiano contratto un finanziamento diverso dal mutuo per l'acquisto dell'abitazione.

Si può escludere l'utilizzo della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, perché in occasione della crisi non è la prestazione ad essere divenuta più onerosa, bensì sono i mezzi patrimoniali del debitore ad essere diminuiti, sicché non ha senso chiedersi<sup>461</sup> se la crisi economica integri i requisiti di straordinarietà o imprevedibilità di cui all'art. 1467 c.c.

In ogni caso, appare generico e inutile invocare, come paventato da qualche autore, un'applicazione diretta dei diritti fondamentali del debitore in quanto persona, che renda inesigibile il pagamento quando ciò comporti il sacrificio di altri diritti<sup>462</sup>.

---

<sup>459</sup> Così A. BERTOLINI, *Art. 28. Morosità e pignoramenti*, cit., p. 487, e ID., *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari*, cit., p. 340.

<sup>460</sup> In base all'art. 54, comma 1, lett. a) del d. l. 17 Marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia"), convertito in legge 24 Aprile 2020, n. 27, per un periodo di nove mesi dall'entrata in vigore del decreto l'accesso alla sospensione delle rate del mutuo è allargato alle seguenti categorie: i lavoratori che abbiano subito una sospensione o una riduzione dell'orario di lavoro per un periodo di almeno 30 giorni; i lavoratori autonomi e liberi professionisti, inclusi artigiani e commercianti, che abbiano registrato in un trimestre successivo al 21 febbraio 2020, ovvero nel minor periodo intercorrente tra la data dell'istanza e la predetta data, una riduzione del fatturato superiore al 33% rispetto a quanto fatturato nell'ultimo trimestre 2019 in conseguenza della chiusura o della restrizione della propria attività, operata in attuazione delle disposizioni adottate dall'autorità competente per l'emergenza coronavirus. In base alla lett. b) del comma 1 dell'art. 54, nei nove mesi decorrenti dall'entrata in vigore del decreto non è necessario presentare l'ISEE per l'accesso al Fondo. Ai sensi dell'art. 12 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. "DL liquidità"), in deroga alla disciplina vigente si prevede che per un periodo di nove mesi dall'entrata in vigore del decreto possano accedere al Fondo di solidarietà anche i titolari di mutui contratti da meno di 12 mesi.

<sup>461</sup> Come fa invece G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in ID (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Jovene, Napoli, 2014, p. 295, che esclude la straordinarietà ed imprevedibilità di una crisi economica, trattandosi di un evento ciclico. Nel senso sostenuto nel testo v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 950, per il quale l'onerosità deve colpire la prestazione nella sua oggettività, non nelle condizioni soggettive del debitore. Ritene che la crisi economica possa costituire avvertimento straordinario ed imprevedibile G. ALPA, *Introduzione*, in G. ALPA, E. NAVARRETTA (a cura di), *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 21.

<sup>462</sup> Sostiene tale necessità C. CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni*, in G. D'AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 186. Una *Drittwirkung* dei diritti fondamentali è prospettata da un recente orientamento dottrinale in presenza di contratti attinenti a servizi essenziali (es. acqua, istruzione scolastica), nei quali si vuole limitare l'esercizio delle autodifese contrattuali (in particolare, l'eccezione di inadempimento), dando prevalenza alla tutela dei diritti fondamentali del soggetto inadempiente, pregiudicati dalla sospensione della prestazione. V. A. M. BENEDETTI, *Una nuova eccezione d'inadempimento? Usi «criptorisolutori» e «costituzionalmente orientati»*, in C. CONSOLO, I. PAGNI, S. PAGLIANTINI, V. ROPPO, M. MAUGERI, *La*



Numerose voci dottrinali hanno indagato il tema del rapporto tra diritto privato e diritti fondamentali<sup>463</sup>; si parla di effetti “orizzontali” quando i diritti fondamentali diventano invocabili nei confronti di un altro privato, mentre si parla di efficacia “verticale” quando i diritti sono attribuiti ad un singolo verso l’autorità pubblica<sup>464</sup>.

L’efficacia orizzontale dei diritti fondamentali può essere diretta o indiretta: secondo la prima teoria, ipotizzata dalla dottrina tedesca, un diritto fondamentale può essere invocato in una controversia privata senza la mediazione di una norma di diritto privato (c.d. “*unmittelbaren Drittwirkung*”) <sup>465</sup>. Generalmente però i diritti fondamentali hanno un’efficacia solo indiretta, quali canoni ermeneutici delle clausole generali (c.d. *mittelbaren Drittwirkung*)<sup>466</sup>, come quella di cui all’art. 1375 c.c., corollario del principio

---

*risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, il Mulino, Bologna, 2018, pp. 219 ss.; P. MORENO, *La «brutta», la «buona» e la «cattiva» eccezione di inadempimento. A proposito dei limiti dell’exceptio inadimpleti contractus*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 4, pp. 215 ss.

<sup>463</sup> Sul rapporto tra diritto privato e diritti fondamentali, senza pretesa di esaustività, v. in generale H. W. MICKLITZ, *Constitutionalization of European Private Law* (a cura di), Oxford University Press, Oxford, 2014, passim; C. MAK, *Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Private law in European context series, vol. 12, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, pp. 45-182; O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?* in *Utrecht law review*, 2007, 2, vol. 3, pp. 1-25; nella dottrina italiana P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, ora in *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, pp. 111 ss; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 1, pp. 120 ss.; G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*, in *Contr.*, 2014, 10, pp. 916-937; ID., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 2, pp. 247-273; ID., *Problemi (e limiti) dell’applicazione diretta dei principi costituzionali nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 3, p. 444 ss.; con particolare riferimento ai servizi finanziari v. O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, European Private Law, and Financial Services*, in H. W. MICKLITZ (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford Publishing, Oxford, 2014, p. 170 ss.; ID., *Fundamental Rights, Contract Law and The Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalization of Contract law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Utrecht University Institute for Legal Studies, Boothsstraat 6, BW Utrecht, The Netherlands, 2007, p. 488 ss.

<sup>464</sup> A. COLOMBI CIACCHI, *European Fundamental Rights, Private Law, and Judicial Governance*, in H. W. MICKLITZ, *Constitutionalization of European Private Law*, cit., p. 104; in generale v. H. COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, in H. MICKLITZ, op. ult. cit., pp. 27-28; C. MAK, *Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in H. MICKLITZ, op. ult. cit., p. 241-242.

<sup>465</sup> H. C. NIPPERDEY, *Die Würde des Menschen*, in K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY (a cura di), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und praxis der Grundrechte*, II, 1954, pp. 748 ss. Nella dottrina italiana la tesi è sostenuta da P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, ora in *Scuole, tendenze e metodi*, cit., pp. 111 ss; ID., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, cit., pp. 120 ss.

<sup>466</sup> Sulla distinzione teorica tra efficacia diretta e indiretta v. C. MAK, *Fundamental rights in European contract law*, cit., pp. 47-57; H. COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, in H. MICKLITZ (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford publishing,

di solidarietà di cui all'art. 2 Cost, che impone alle parti del rapporto obbligatorio di agire nell'ottica del bilanciamento degli interessi reciproci, a prescindere da specifici obblighi contrattuali<sup>467</sup>. Sebbene la teoria dell'*unmittelbaren Drittwirkung* abbia ricevuto applicazione da parte di un filone giurisprudenziale, risalente a due ordinanze della Corte costituzionale<sup>468</sup>, che postula un sindacato diretto di costituzionalità degli atti di autonomia privata, tale tesi mina l'autonomia privata e la certezza del diritto: essa consente al giudice di disapplicare discrezionalmente la legge qualora ritenga la controversia regolata da uno dei tanti principi costituzionali<sup>469</sup>, trasformando il nostro ordinamento in un sistema di *common law*<sup>470</sup>.

Che non vi sia bisogno di ricorrere a tale teoria è dimostrato dal fatto che, sia in dottrina che in alcune previsioni del legislatore, vi sono già indici di un *favor debitoris* nelle obbligazioni pecuniarie, consistenti in una maggiore attenzione verso il debitore in difficoltà nei pagamenti e in una minore insensibilità del rapporto obbligatorio alle sue condizioni patrimoniali<sup>471</sup>. Tra questi indici vi è la l. 3/2012, che, disciplinando la procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, richiede una *disclosure* delle circostanze e delle ragioni dell'indebitamento del consumatore: esse, uscendo

---

Oxford, 2014, pp. 38-39; O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?* cit., pp. 4-6.

<sup>467</sup> *Ex multis*, CASS., 18 Settembre 2009, n. 20106, in *Contr.*, 2010, 1, p. 5 ss., commentata da G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, pp. 11 ss.

<sup>468</sup> CORTE COST., 13 Ottobre 2013, n. 248, in *Contr.*, 2014, 10, pp. 926-927, commentata da G. D'AMICO, op. ult. cit., pp. 926-937, e CORTE COST., 26 Marzo 2014, n. 77, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), le quali, rigettando la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, comma 2, nella parte in cui non prevede la riducibilità della caparra confirmatoria eccessiva, affermano che il giudice può dichiararne la nullità per contrasto col principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., che entrerebbe nel contratto in combinato disposto col principio di buona fede. La tesi qui sostenuta, ovvero che una applicazione diretta dei principi costituzionali nei contratti asimmetrici non aumenterebbe la tutela dei clienti vulnerabili, è peraltro confermata da un dato: nel caso di contratti stipulati da un consumatore, una clausola che preveda una caparra confirmatoria eccessiva può essere dichiarata nulla in quanto vessatoria ex art. 33, comma 2, lett. f) cod. cons.

<sup>469</sup> La riferibilità di un principio costituzionale – lo stesso vale per i diritti Cedu e della Carta dir. Ue – ad una controversia è un'operazione tutt'altro che scontata, data l'indeterminatezza semantica dei principi che, se non li rende norme senza fattispecie, gli conferisce comunque un ambito di applicazione alquanto indeterminato: G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nel diritto privato*, cit., pp. 475-477.

<sup>470</sup> Così G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva*, cit., pp. 936-937.

<sup>471</sup> V. in generale O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, cit., p. 491, per la quale, data la dubbia utilizzabilità dei diritti fondamentali per risolvere direttamente controversie privatistiche, il ricorso a tale metodo di ragionamento giuridico sarebbe giustificato solo in caso di provata insufficienza del diritto contrattuale di proteggere i contraenti deboli. Circostanza che non ricorre nella normativa sui servizi finanziari, né nelle normative sui servizi di credito e assicurativi.

dall'area dei motivi giuridicamente irrilevanti<sup>472</sup>, sono rilevanti nella decisione del giudice di omologare il piano. La procedura può sfociare in una moratoria dei pagamenti fino ad un anno dall'omologa (art. 8, comma 4) e nell'esdebitazione (art. 14-*terdecies*), concedibili non ad un debitore in astratto, ma al consumatore "meritevole" perché non gli è imputabile l'indebitamento<sup>473</sup>.

Sembra allora spontaneo chiedersi se, al di fuori di tale procedura, esclusa l'estinguibilità delle obbligazioni pecuniarie, l'impotenza finanziaria incolpevole dovuta alla crisi economica possa configurare un'impossibilità temporanea di adempiere. A tal fine si è valorizzata la poliformità del concetto di impossibilità sopravvenuta, in quanto il concetto di impossibilità temporanea è oggetto di un accertamento diverso e meno rigoroso rispetto all'impossibilità definitiva<sup>474</sup>. Dal punto di vista letterale, infatti, mentre nel primo comma dell'art. 1256 c.c. l'impossibilità è collegata alla prestazione, nel secondo comma essa è riferita all'adempimento<sup>475</sup>: un'impossibilità temporanea, dunque, potrebbe configurarsi anche nelle obbligazioni pecuniarie, poiché essa renderebbe impossibile l'adempimento ma non estinguerebbe l'obbligazione.

Data la minore incidenza dell'impossibilità temporanea sull'interesse creditorio dovrebbe valutarsi con minore rigore la prova liberatoria di cui all'art. 1218 c.c., che, con riferimento all'impossibilità temporanea, si baserà sul rapporto tra l'evento impeditivo e lo sforzo cui è obbligato il debitore diligente<sup>476</sup>. Il debitore in difficoltà coi pagamenti non sarà responsabile del ritardo, e, nel periodo in cui permane l'impossibilità, non dovrà

---

<sup>472</sup> C. CAMARDI, op. ult. cit., p. 186. V. in generale E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17 Ue sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali*, cit., p. 225, che, riferendosi alla l. 3/2012 e alla direttiva 2014/17/UE, parla di indici di una messa in discussione dell'idea della tradizionale irrilevanza della impotenza finanziaria del debitore.

<sup>473</sup> C. CAMARDI, op. ult. cit., p. 188; v. ID., cit., p. 187: «La vita personale del consumatore, che il modello di obbligazione codicistico rigorosamente tiene fuori dai confini del rapporto giuridico, irrompe invece nel contesto della crisi da sovraindebitamento e si offre al giudice dell'omologazione per inquinare con massicce dosi di concretezza l'astratta valutazione del ritardo e dell'inadempimento».

<sup>474</sup> G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, cit. pp. 308-309; aderisce alla tesi di Grisi S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, cit., pp. 171-175. V. anche P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia COVID-19*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, in corso di pubblicazione.

<sup>475</sup> G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, cit., p. 309; S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, cit., p. 172

<sup>476</sup> G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, cit., p. 311; S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, cit., p. 173.

corrispondere gli interessi moratori, dato che l'effetto tipico della fattispecie di cui all'art. 1256, comma 2 c.c. è la sospensione e la proroga del rapporto obbligatorio<sup>477</sup>.

L'impostazione del Grisi sembra trovare conferma nella disciplina del c.d. *leasing* abitativo giovanile. Ai sensi dell'art. 1, comma 79, della Legge di Stabilità 2016<sup>478</sup>, in caso di cessazione del rapporto di lavoro subordinato o di uno dei rapporti di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., l'utilizzatore può chiedere al concedente la sospensione del pagamento dei canoni, per non più di una volta e per un periodo massimo complessivo non superiore a dodici mesi durante l'esecuzione del contratto. La legge, dunque, ricollega alla cessazione del rapporto lavorativo gli stessi effetti connessi all'impossibilità temporanea della prestazione<sup>479</sup>: la proroga del contratto per un periodo eguale alla durata della sospensione, senza modifica degli obblighi dell' debitore, che, ai sensi dell'art. 1, comma 80, dovrà riprendere il pagamento dei corrispettivi periodici, secondo gli importi e le scadenze originariamente previsti dal contratto. L'accostamento è confermato dall'art. 1, comma 81, a mente del quale durante la sospensione non è applicabile alcuna commissione né è necessario prestare garanzie; di conseguenza, non si applica l'art. 1186 c.c., e la mancata prestazione di garanzie non fa cadere l'utilizzatore dal beneficio del termine per il pagamento delle rate.

Non vi è invece alcuna equiparazione legale tra situazioni di carenza di liquidità involontaria e la figura di cui all'art. 1256, comma 2, c.c. nelle disposizioni introdotte dal legislatore per far fronte all'emergenza COVID. Da un lato, sebbene l'art. 1, comma 1, ord. 642/2020 del Capo della Protezione civile equipari il *disagio economico* prodotto dall'emergenza COVID ad una situazione di impossibilità temporanea della prestazione, non si tratta di una disposizione di rango primario; dall'altro, l'art. 91 del d.l. 18/2020 esonera il debitore da responsabilità per l'inadempimento solo se questo è cagionato dal rispetto dei divieti di circolazione anti-COVID, e, dunque, non si applica

---

<sup>477</sup> In dottrina G. SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in V. CUFFARO (a cura di), *Commentario del Codice civile, Delle Obbligazioni, artt. 1218-1276 c.c.*, Utet, Torino, 2013, p. 699; in giurisprudenza CASS., 28 Gennaio 1995, n. 1037, in *Pluris*; CASS., 18 Febbraio 1986, n. 956, *ivi*; cfr. CASS., 27 Settembre 1999, n. 10690, in *Contr.*, 2000, 2, p. 113 ss., commentata da U. CARNEVALI, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*.

<sup>478</sup> Legge 28 Dicembre 2015, n. 208, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato.

<sup>479</sup> Nel senso sostenuto nel testo v. D. POLETTI, *"Forme" del godimento con vocazione traslativa: appunti sul leasing immobiliare abitativo*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (a cura di), *Annuario del contratto 2017*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 63.

all'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie dovuto a crisi di liquidità, tanto da essere ritenuto una superfetazione dalla dottrina<sup>480</sup>.

Al di là di quanto dispone il diritto emergenziale, la nascita di un principio generale di rilevanza dell'impotenza finanziaria del debitore richiederebbe indizi più consistenti di quelli menzionati ed una riflessione ben più profonda di quella svolta in questa sede; ciò nondimeno, si può verificare, più banalmente, se la moratoria prevista per il *leasing* sia applicabile analogicamente agli altri contratti di credito.

La specialità di tale disposizione può essere ridimensionata se si rammenta che il *leasing* abitativo costituisce un contratto di credito immobiliare al consumo (v. *infra*, cap. III, par. 7), in quanto il finanziatore concede credito sotto forma di dilazione di pagamento per l'acquisto della proprietà di un immobile<sup>481</sup>. In tutti i contratti di credito immobiliare ai consumatori, del resto, ricorre una causa di finanziamento e l'*eadem ratio* (la debolezza dei consumatori in presenza di determinati eventi). La mancata estensione di tale disposizione ai contratti di credito immobiliare ai consumatori, la cui disciplina è stata introdotta in Italia successivamente a quella del *leasing*, sarebbe una lacuna del legislatore. Opinando altrimenti, la norma potrebbe esporsi ad un giudizio di illegittimità costituzionale per irragionevolezza, non potendosi trattare diversamente due fattispecie negoziali sostanzialmente identiche, tranne che per la diversa struttura (trilaterale il *leasing*, bilaterale il credito al consumo).

Ci si deve domandare se, applicando analogicamente la moratoria prevista per il *leasing*, possa configurarsi un'impossibilità temporanea anche nei contratti di credito al consumo, nei quali il bene il cui acquisto è finanziato non è un immobile ad uso abitativo.

---

<sup>480</sup> V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), ritengono che, anche in assenza di tale disposizione, il rispetto delle misure anti-COVID comporterebbe comunque l'applicazione della disciplina di cui all'art. 1256 c.c. Nel senso sostenuto nel testo v. A. M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, p. 72. *Contra*, nel senso dell'applicabilità dell'art. 91 anche alle obbligazioni pecuniarie, G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus COVID-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 3, p. 576 ss.

<sup>481</sup> V. Art. 120-*quinquies*, comma 1, lett. b) t.u.b., «contratto di credito» indica un contratto di credito con cui un finanziatore concede [...] a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito [...] è finalizzato all'acquisto [...] del diritto di proprietà [...] su un immobile edificato o progettato».

In senso contrario depone il *favor legis* per l'acquirente di immobili abitativi, dalla dottrina indicato come nuova "parte debole"<sup>482</sup>. L'idea dell'acquirente di immobili come parte debole ha un suo fondamento, se si pensa che meccanismi come l'esdebitazione di cui all'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. – estinzione del debito anche se di importo maggiore rispetto al valore dell'immobile garantito – e la moratoria di cui alla l. di Stabilità 2016 sono limitati alla persona fisica che accede ad un finanziamento per godere di un diritto, quello all'abitazione, che è tra quelli fondamentali della persona (v. *supra*, cap. I, par. 3). Anche in tal caso, però, si potrebbe dubitare della legittimità costituzionale di una norma che, in presenza di una delle situazioni di vulnerabilità tipizzate dalla legge di stabilità 2016, non si estendesse a contratti di finanziamento nei quali pure vi è un consumatore.

La sospensione del pagamento delle rate, del resto, rientra tra le condotte che la disciplina del credito immobiliare impone al finanziatore, in presenza di una situazione di difficoltà economico-finanziaria del consumatore. Data l'importanza della casa di abitazione, l'art. 28, dir. 2014/17/UE impone al creditore di esercitare una certa tolleranza prima di escutere la garanzia immobiliare; sebbene tale obbligo non sia menzionato dall'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 1, t.u.b., attuativo di tale disposizione, esso è ricavabile dalle disposizioni di attuazione di tale articolo emanate da Banca d'Italia con il par. 8, Sez. VI *bis*, delle Disposizioni sulla Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari.

Dal combinato disposto dell'art. 120 *quinquiesdecies* e del par. 8, Sez. VI-*bis*, si ricava ben più che un obbligo, a contenuto negativo, di tollerare l'inadempimento; se l'art. 120 *quinquiesdecies* prescrive l'adozione di procedure per gestire i rapporti coi consumatori in difficoltà nei pagamenti, le disposizioni di Banca d'Italia specificano che tali procedure devono assicurare che il finanziatore collabori con il consumatore per individuare i motivi delle difficoltà e le adeguate misure da adottare per il rimborso del credito. Tra le misure adottabili si annovera principalmente la modifica delle condizioni del contratto, estendendone la durata, modificando la tipologia di credito, il tasso di interesse o disponendo il differimento o la sospensione del pagamento delle rate<sup>483</sup>.

---

<sup>482</sup> D. POLETTI, "Forme" del godimento con vocazione traslativa: appunti sul leasing immobiliare traslativo, in A. D'ANGELO, V. ROPPO, *Annuario del Contratto 2017*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 84.

<sup>483</sup> La disposizione ha una portata notevole, se si rammenta che, secondo la giurisprudenza, in caso di difficoltà economiche del sovenuto non esiste un obbligo *ex lege* del finanziatore di rinegoziare il contratto, salvo casi eccezionali, come quelli previsti dall'art. 3, d.l. 93/2008 (conv. in l. 126/2008) per i

Il finanziatore, inoltre, dovrà tenere conto delle circostanze personali, degli interessi, dei diritti e della capacità di rimborso del consumatore e documentare le ragioni per le quali tali misure sono adeguate alla situazione di debolezza del consumatore.

Si tratta a questo punto di stabilire se tali disposizioni introducano un obbligo di rinegoziazione o si tratti di mere linee guida per il finanziatore. I commentatori della direttiva 2014/17 hanno ritenuto l'art. 28 una estrinsecazione della regola di buona fede, che impone di tollerare un inadempimento non grave lasciando il consumatore, però, privo di un rimedio per imporre al creditore la cooperazione non prestata<sup>484</sup>. Il differimento dell'escussione della garanzia, poi, non incrementerebbe la possibilità che il debitore sia poi in grado di adempiere, perché, se il *quantum* dovuto è aumentato dagli interessi, a fronte di un impedimento grave il debitore non sarà più in grado di adempiere<sup>485</sup>.

L'art. 120 *quinqüesdecies* t.u.b., però, ha un contenuto più specifico dell'art. 28, poichè non impone solo di tollerare l'inadempimento ma di porre in essere una delle condotte volte alla manutenzione del contratto tra quelle individuate dalla Banca d'Italia. In senso contrario alla tesi che identifica tali disposizioni come un rinvio all'obbligo di buona fede depone sia il livello di dettaglio delle condotte imposte, sia il fatto che, opinando in tal guisa, si tratterebbe di disposizioni superflue.

In ogni caso quella in oggetto sembra una disciplina speciale dell'inadempimento, apprezzato non come fattispecie immediatamente produttiva degli effetti di cui all'art. 1218 c.c., ma come situazione di debolezza da "gestire"<sup>486</sup> innanzitutto con rimedi

---

mutui a tasso variabile. V. ABF, Coll. Roma, 1 Marzo 2011, n. 407, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it); ABF, Coll. Milano, 10 Maggio 2011, n. 978, *ivi*. Più in generale, una parte della dottrina esclude che dal Codice civile si possa ricavare un obbligo del creditore di prestare la propria cooperazione per l'adempimento del debitore. V. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, cit., pp. 47-74, per il quale gli artt. 1785, 1913, 1914, 1812, 1821, 1956 e 1916 (norme dalle quali si ricaverebbe l'esistenza di tale obbligo), configurerebbero dei meri oneri, espressione del limite del diritto del creditore, o ne determinerebbero i limiti sostanziali; l'A., in particolare, fa leva sulla Relazione al Codice civile, la quale, escludendo che la *mora credendi* richieda una colpa, escluderebbe altresì che sussista un obbligo giuridico. Riprende l'argomento di Natoli F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 453-454 e 477.

<sup>484</sup> A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari*, cit., pp. 333 ss., e ID., *Art. 28, Morosità e pignoramenti*, cit., pp. 484. Cfr. sull'art. 28. G. GRISI, *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 2, pp. 556-558.

<sup>485</sup> A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente*, cit., p. 338; ID., *Art. 28, Morosità e pignoramenti*, cit., p. 485.

<sup>486</sup> G. GRISI, *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, cit., p. 556: «Nell'ambito considerato, dunque, non si può essere intransigenti al cospetto di un consumatore in difficoltà e far ricorso alle comuni

manutentivi; che si tratti di disposizioni aventi valore precettivo autonomo, introduttive di un obbligo di rinegoziare, o di un rinvio all'obbligo di rinegoziare *ex bona fide*<sup>487</sup>, in ogni caso l'approccio del legislatore è opposto a quello codicistico che, dinanzi all'impotenza finanziaria del debitore, rende immediatamente azionabili i rimedi risolutivi.

Il limite maggiore all'effettività di un obbligo di rinegoziare fondato solo sulla buona fede risiede nella mancanza di parametri atti a guidare la discrezionalità delle parti nella trattativa: così, se è sicuramente inadempiente la parte che proponga modifiche tali da sortire inevitabilmente il rifiuto della controparte, non lo è la parte che, pur collaborando seriamente, non riesca a giungere ad un esito condiviso con la controparte<sup>488</sup>. La predeterminazione dei criteri della rinegoziazione da parte delle disposizioni citate consentirà, invece, di imbrigliare la discrezionalità del finanziatore e di ritenerlo inadempiente anche quando, pur collaborando, non abbia adottato alcuna delle misure manutentive ivi previste; salvo che il finanziatore non dimostri che, data la difficoltà irreversibile del consumatore, nessuna misura manutentiva era adeguata.

A meno di configurare una disposizione senza sanzione, in contrasto con l'art. 38, dir. 2014/17, in caso di rottura ingiustificata della trattativa o di trattativa maliziosa il

---

regole che governano l'inadempimento delle obbligazioni: la disposizione impone, invece, di «gestire i rapporti» per il tramite di procedure, capaci di adattarsi alle specificità dei singoli casi». In definitiva, secondo l'A. si tratterebbe della disciplina di un inadempimento in senso debole, contrapposto all'inadempimento in senso forte disciplinato dal Codice civile.

<sup>487</sup> Si veda in tal senso il riferimento agli obblighi di correttezza contenuto nell'art. 120 *quinquiesdecies*, comma 1, t.u.b. La tesi che rinviene nella buona fede la fonte dell'obbligo rinegoziare è di F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996, p. 312 ss; v. anche ID., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, p. 63 ss. In giurisprudenza TRIB. BARI, 14 Giugno 2011, in *Contr.*, 2012, 7, p. 571 ss., commentata da F. P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, ivi.

<sup>488</sup> Anche chi, come V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 53 ss, esalta il ruolo della buona fede, deve poi limitarsi ad osservare, genericamente, che quest'ultima esclude un'assoluta libertà delle parti nella rinegoziazione; si vedano le condivisibili osservazioni di A. GENTILI, *La replica della stipula: rinnovazione, riproduzione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 2, p. 714 ss., per il quale dalla generica regola di buona fede non si possono dedurre i criteri alla stregua dei quali condurre la rinegoziazione, trattandosi di una regola di condotta e non di contenuto. Per l'A. il discorso non muta neanche in presenza di un obbligo di rinegoziare convenzionalmente previsto, qualora esso non preveda i criteri alla stregua dei quali modificare il contenuto del contratto. Nello stesso senso v. E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contr. impr.*, 2018, 2, p. 871 ss. Per una sintesi del dibattito dottrinale v. P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2011, p. 812 ss. Per un'analisi comparatistica delle soluzioni adottate dai legislatori europei in materia di rinegoziazione v. ID., *Revisione del contratto ed equilibrio sinallagmatico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. XII*, Torino, 2019, p. 365 ss.



consumatore potrà agire per il risarcimento dei danni cagionati, liquidabili nella misura dell'interesse negativo, non essendo possibile identificare quale sarebbe stato il contenuto del contratto modificato e, quindi, risarcire l'interesse positivo. Proprio per questo motivo è da escludere l'emissione di una sentenza *ex art. 2932 c.c.*; ed infatti, anche mettendo da parte l'obiezione per la quale l'obbligo di rinegoziare vincola, secondo la dottrina, a porre in essere tutti gli atti che possono consentire di accordarsi sulle condizioni dell'adeguamento del contratto<sup>489</sup>, ma non a contrarre, vi è che la scelta tra le varie misure di adeguamento del contratto rientra nella discrezionalità del finanziatore. Esse implicano una valutazione dell'impatto delle sopravvenienze sul merito creditizio del sovvenuto, che dovrà essere nuovamente analizzato; tale valutazione tecnica non può certamente essere sostituita da quella del giudice con la sentenza costitutiva, in assenza per giunta di un criterio univoco<sup>490</sup>: come stabilire, invero, se occorresse modificare il tasso di interessi o sospendere il pagamento delle rate, o come quantificare il tasso di interessi?

In ogni caso, a seguito del rifiuto di rinegoziare del finanziatore il consumatore potrà sollevare l'*exceptio inadimpleti contractus* (art. 1460 c.c.) per indurlo a cooperare. Tale autodifesa è riconosciuta anche in caso di inadempimento dell'obbligo di rinegoziare *ex bona fide*<sup>491</sup>, coerentemente, secondo chi scrive, con la tesi per la quale la buona fede è

---

<sup>489</sup> Così F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 343.

<sup>490</sup> In generale la dottrina ha osservato che, nei contratti di durata, sarebbero marginali le ipotesi nelle quali non si potrebbe determinare con sentenza costitutiva il contenuto del contratto modificativo, potendo il giudice attingere ad un rapporto già avviato oltre che a quanto emerso nelle trattative (F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 425 ss; aderiscono alla tesi V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione*, cit., p. 263 ss.) e V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 972-973, per il quale ciò equivale a dare alla parte gravata dalla sopravvenienza il potere di invocare la riduzione ad equità del contratto, che nei contratti onerosi spetta alla parte avvantaggiata dalla sopravvenienza, sicchè si tratterebbe dell'allargamento della legittimazione a un rimedio già previsto. *Contra* A. GENTILI, *La replica della stipula*, cit., p. 715 ss., per il quale il ricorso all'art. 2932 c.c. è escluso quando non si possa dimostrare che la trattativa avrebbe avuto un esito soltanto, non potendo tale esito essere imposto unilateralmente dal giudice. Nello stesso senso E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità*, cit., p. 871 ss. In giurisprudenza l'orientamento favorevole al ricorso all'art. 2932 c.c., inaugurato con la pronuncia TRIB. BARI, 14 Giugno 2011, cit., è stato di recente accolto in materia di locazioni, con pronuncia favorevole alla determinazione in sede cautelare, da parte del giudice, del nuovo canone locatizio a seguito di sopravvenienze economiche negative (nella specie, un calo del fatturato dell'impresa conduttrice dovuto all'emergenza COVID-19): TRIB. ROMA, 27 Agosto 2020, in [diritto24.ilsole24ore.com](http://diritto24.ilsole24ore.com).

<sup>491</sup> F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., pp. 321-322; G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, cit., pp. 485-486; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli, artt. 1460-1462*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 30, e A. M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, Marzo 2020, p. 3, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it). Sulla funzione integrativa della buona fede si rinvia alla dottrina citata alla nota 139, cap. I, par. 5.1. Dottrina e giurisprudenza ritengono poi legittima l'eccezione *ex art. 1460* anche in caso di inadempimento di obblighi accessori, di protezione o di informazione; in dottrina A. M. BENEDETTI, *Le*

fonte di obblighi integrativi, la cui violazione, secondo la giurisprudenza, costituisce sempre inadempimento, generando l'obbligo di risarcire i danni<sup>492</sup>: negare in tal caso l'eccezione contraddirebbe apertamente tale premessa. Nella fattispecie, anzi, le linee guida citate, più dettagliate della generica buona fede, pur non consentendo di individuare esattamente il contenuto dell'obbligo inadempito, consentirebbero di concludere per l'inadempimento dell'obbligo di rinegoziare nel caso in cui nessuna delle misure ivi previste sia stata proposta.

Nei contratti di credito al consumo non soggetti alla disciplina del credito immobiliare, comunque, l'obbligo di rinegoziare sarà imposto dalla buona fede, e l'inadempimento del finanziatore legittimerà anche in tal caso l'eccezione *ex art. 1460 c.c.* La disposizione, invero, richiede un giudizio di proporzionalità degli inadempimenti, tale per cui non si può reagire all'inadempimento con uno più grave<sup>493</sup>; il debitore, a seguito del rifiuto di rinegoziare del finanziatore, che costituisce inadempimento di un obbligo accessorio, potrà rifiutare di adempiere alcune rate, trattandosi di inadempimento parziale, ma non sospendere il pagamento di tutte le rate, se l'obbligazione principale di erogazione del capitale è stata adempiuta integralmente.

Il sovvenuto colpito dalla sopravvenienza dovrebbe attivarsi immediatamente, chiedendo la rinegoziazione; ed infatti, se egli fosse inadempiente a prescindere dalla sopravvenienza, l'eccezione *ex art. 1460 c.c.* opposta all'inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione sarebbe contraria a buona fede, apparendo una giustificazione *ex post* del proprio inadempimento, che legittimerebbe il previo rifiuto del finanziatore di rinegoziare *ex art. 1460 c.c.*<sup>494</sup>. Sebbene tale conclusione permetta di non oltrepassare l'ambito

---

*autodifese*, cit., p. 56; in giurisprudenza CASS., 24 Settembre 2009, n. 20614, in *Giur. it.*, 2010, p. 552 ss.; CASS., 6 Febbraio 2008, n. 2800, in *Rep. Foro it.*, 2009, Voce *Contratto in genere*, n. 469.

<sup>492</sup> V. *ex multis* CASS., 21 Gennaio 2014, n. 1179, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it).

<sup>493</sup> V. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 922 ss. Giurisprudenza e dottrina sono in disaccordo in merito ai requisiti dell'inadempimento che legittima a sollevare l'eccezione: mentre secondo la giurisprudenza prevalente deve trattarsi di un inadempimento grave, avente i requisiti di cui all'art. 1455 c.c. (in tal senso *ex multis* CASS., 7 Maggio 2013, n. 10553, in *Contr.* 2013, 11, p. 979 ss, commentata da C. LILLO, *Eccezione d'inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimenti*, ivi; CASS. 27 marzo 2013, n. 7759, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 968 ss.), per la dottrina il requisito di cui all'art. 1455 si riferisce solo alla risoluzione, e la contrarietà a buona fede è un criterio diverso dalla non scarsa importanza (E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 2, p. 173); non sembra poi ragionevole subordinare l'eccezione, che ha finalità conservativa del contratto, ad un requisito previsto invece per caducare il rapporto contrattuale (in tal senso A.M. BENEDETTI, *Le autodifese*, cit., p. 54-55; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 920-921).

<sup>494</sup> Osserva F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., p. 395, che, in linea di principio, non può precludersi alla parte adempiente di agire in autotutela rifiutando di trattare in caso di inadempimento di

dell'*exceptio* delineato da dottrina e giurisprudenza tradizionali, trattandosi di una disciplina "speciale" dell'inadempimento si potrebbe ritenere *contra bona fide* (tale da legittimare, quindi, il successivo rifiuto di adempiere qualche rata *ex art. 1460*) il rifiuto di rinegoziare del finanziatore in presenza di un previo inadempimento lieve del consumatore; ed infatti il riferimento alla gestione della difficoltà nei pagamenti contenuto nell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. pare riferirsi ad una situazione in cui l'inadempimento si è già verificato.

In concreto va poi evidenziato che, a differenza del normale rapporto obbligatorio codicistico, la situazione di sovraindebitamento del consumatore spesso è imputabile all'inadempimento degli obblighi precontrattuali da parte del finanziatore, il quale può aver erogato un credito eccessivo rispetto alle capacità finanziarie del sovvenuto. In tal caso l'art 120 *undecies* t.u.b. vieta al finanziatore di risolvere il contratto di credito<sup>495</sup> o di modificarlo *in peius* per il consumatore; se il finanziatore violasse tale prescrizione, espressione del divieto di *venire contra factum proprium*, pur non essendo possibile

---

obblighi derivanti dal contratto, anche se, nei contratti di durata, tale rifiuto dovrà essere rigorosamente scrutinato in base al canone della buona fede.

<sup>495</sup> La risoluzione per inadempimento è esperibile anche nel mutuo, trattandosi di un contratto a prestazioni corrispettive secondo la giurisprudenza e la migliore dottrina. L'indirizzo contrario si basa su un'interpretazione restrittiva del concetto di prestazione, inteso come oggetto dell'obbligazione: dato che nel mutuo la consegna del danaro o delle cose fungibili non è oggetto di obbligazione, non vi sarebbero prestazioni corrispettive. L'indirizzo estensivo, invece, ritiene che, secondo il Codice, si abbiano prestazioni corrispettive anche in presenza di reciproche attribuzioni patrimoniali pur non oggetto di reciproci obblighi, come dimostra anche l'art. 1820 c.c. che riferisce la risoluzione al mutuo. Le opinioni dottrinali citate sono riassunte da R. CRISTOFARI, *Art. 1820*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 434-451. L'indirizzo estensivo è accolto in giurisprudenza: CASS., 21 Febbraio 1995, n. 1861, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 998 ss. In base ad una diversa tesi dottrinale, invece, il legislatore, presupponendo la natura non corrispettiva del mutuo, avrebbe introdotto l'eccezione di cui all'art. 1822 c.c., che, in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore, consente al promittente di rifiutare l'esecuzione della prestazione, con effetti sospensivi o, per alcuni, estintivi del rapporto: P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, cit., p. 533. A favore della tesi estensiva depone la Relazione del Guardasigilli al Progetto Ministeriale-Libro delle obbligazioni (1941) Codice civile (n. 228): «Nel regolare l'inadempimento del contratto ho considerato, anzitutto, il ristretto limite entro cui funziona l'articolo 1165 cod. civ.[...] L'art. 1165 cod. civ. escludeva [...] il mutuo ad interesse, in cui, invece, l'interesse è veramente in relazione sinallagmatica con l'uso del danaro concesso al mutuatario. Ho creduto, così, che fosse necessario allargare l'ambito dell'art. 1165 cod. civ., estendendo la sanzione della risoluzione per inadempimento a tutte le ipotesi in cui un contratto produca, per una parte, effetti patrimoniali che stanno in posizione corrispettiva ad effetti patrimoniali prodotti a vantaggio dell'altra parte. Detta corrispettività [...] deve certo significare relazione tra le reciproche attribuzioni, che ponga l'una come giustificazione o come scopo dell'altra. Questa soluzione non limita la sanzione della risoluzione ai contratti obbligatori in senso stretto [...] ma la estende sostanzialmente a tutti i casi in cui vi siano attribuzioni patrimoniali (anche non obbligatorie) commutative; con ciò [...] viene meglio chiarito nella sua portata, il principio del sinallagma funzionale, con aderenza a quella che è la realtà della vita giuridica».

sollevare l'*exceptio inadimpleti contractus*<sup>496</sup>, il consumatore potrebbe opporre l'*exceptio doli* e paralizzare la domanda di risoluzione con una *denegatio actionis*.

In ogni caso, lo spauracchio di una possibile procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, che può tradursi in un'esdebitazione del consumatore non consensuale – cioè senza l'accordo dei creditori –, indurrà il finanziatore a cooperare alla gestione proattiva dell'inadempimento<sup>497</sup>, che, nel peggiore dei casi, comporterà una rinegoziazione del contratto, cioè una falciatura solo parziale (ma concordata) del credito.

Tale spauracchio è concreto se si pensa che, per il nuovo Codice della crisi d'impresa, l'accesso alla procedura è consentito in assenza di dolo o colpa grave del debitore<sup>498</sup>; il finanziatore troppo prodigale nel concedere credito, inoltre, ai sensi dell'art. 69, comma 2, d.lgs. 14/2019 subirà limiti alla facoltà di proporre opposizione o reclamo

## 6. Il microcredito: profili generali.

Dalla analisi della normativa del credito al consumo, dunque, emerge la crescente attenzione del legislatore per la vulnerabilità di determinati consumatori; ciò impone all'intermediario maggiore cooperazione, sia con obblighi esplicativi, sia, in sede di inadempimento, aiutandoli a gestire la difficoltà nei pagamenti. La condizione di

---

<sup>496</sup> L'obbligo di valutare il merito creditizio, infatti, ha natura precontrattuale, mentre l'eccezione di cui sopra riguarda il reciproco inadempimento di obbligazioni *contrattuali*: in tal senso in giurisprudenza v. CASS., SEZ. UN., 26 Novembre 1996, n. 10492, in *Foro it.*, 1997, 2, p. 486 ss.; in dottrina v. A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., pp. 33-34.

<sup>497</sup> I creditori coinvolti in una procedura di "ristrutturazione dei debiti del consumatore" che contestino la convenienza della proposta di piano possono presentare osservazioni. Il giudice, tuttavia, ai sensi dell'art. 70, comma 9, c.c.i omologa comunque il piano se ritiene che il credito dell'opponente possa essere soddisfatto dall'esecuzione del piano in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria. V. E. PELLECCIA, *Indebitamento e sovraindebitamento: spunti di riflessione all'incrocio tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza*, p. 7, in [www.civilistiitaliani.it](http://www.civilistiitaliani.it), relazione tenuta a Roma il 14 giugno 2019 al Convegno Nazionale dell'Associazione Civilisti Italiani su *Il diritto patrimoniale. Una rivisitazione: le revisioni*, ora in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, p. 822 ss.: «Creditore e debitore oggi sanno che quando l'indebitamento diventa sovraindebitamento è possibile attivare apposite procedure, caratterizzate da un accentuato *favor debitoris*: [...] è fondamentale mettere a fuoco quella zona di confine [...] nella quale l'indebitamento è ancora il debito [...] e non è ancora sovraindebitamento. In questa zona, è onere del debitore e interesse del creditore realizzare una forte cooperazione che consenta di evitare una procedura che rischia di provocare una forte compressione dei diritti del singolo creditore».

<sup>498</sup> V. L. MODICA, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in E. PELLECCIA, L. MODICA (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pacini, Pisa, 2019, pp. 123-124 per la quale solo in presenza di imprudenze macroscopiche del debitore gli sarà inibito l'accesso alla procedura, dato che, a differenza della l. 3/2012, il giudizio del giudice dell'omologa deve accertare l'assenza di colpa (grave) del debitore e non la sua meritevolezza.

vulnerabilità economica di taluni soggetti, peraltro, è oggetto di espressa considerazione anche da parte di altri istituti del t.u.b.

Le gravi forme di esclusione finanziaria, acuite dalla crisi economico-finanziaria e dal c.d. *credit crunch* e dovute all'impossibilità di fornire garanzie da parte di alcuni consumatori, hanno reso necessario creare istituti ad *hoc* per gli *unbanked*. Ci si riferisce al microcredito, che deve il suo successo alla fondazione della *Grameen Bank* in Bangladesh da parte di Muhammad Yunus, vincitore del premio Nobel per la pace nel 2006<sup>499</sup>. Il sistema ivi creato, allo scopo di favorire l'accesso al credito dei non bancabili, prevede la concessione in fiducia di piccoli prestiti senza garanzie, soprattutto a piccoli gruppi di donne nei villaggi.

Il microcredito, tuttavia, si è radicato anche nei paesi industrializzati (sebbene, come vedremo, in tale processo di radicamento abbia perso alcune sue caratteristiche precipue, ovvero il prestito progressivo e il prestito di gruppo<sup>500</sup>), ricevendo l'*endorsement* di Benedetto XVI nell'Enciclica *Caritas in veritate*, che riconosce l'importanza dell'istituto nella lotta alla povertà ed all'usura<sup>501</sup>; tale strumento, pertanto, potrebbe rivelarsi astrattamente utile a fronte della recrudescenza di tali piaghe, che, causata dalla crisi economica dovuta al COVID-19, è segnalata dalle inchieste della magistratura<sup>502</sup>.

---

<sup>499</sup> Sull'esperienza della *Grameen Bank* v. M. YUNUS, *Banker to the Poor*, cit., *passim*.

<sup>500</sup> Il prestito progressivo mira a sopperire all'assenza di garanzie incentivando il sovenuto a restituire il prestito, promettendo l'erogazione di un ulteriore finanziamento in caso di puntuale adempimento al pagamento delle rate. Il prestito di gruppo, invece, mira a risolvere il problema dell'asimmetria informativa con i clienti e dei costi di monitoraggio degli stessi: i prestiti sono erogati a un gruppo di sovenuti che, però, non potranno ottenere altri prestiti in caso di inadempimento anche di un solo membro; si crea, dunque, un incentivo per i singoli affinché inseriscano nel proprio gruppo membri affidabili, e un incentivo per il gruppo a monitorare il comportamento dei singoli. Così E. MACCHIAVELLO, *Microfinance and Financial Inclusion. The Challenge of Regulating Alternative Forms of Finance*, cit., pp. 20-21.

<sup>501</sup> *Lettera Enciclica Caritas in Veritate del Sommo Pontefice Benedetto XVI ai Vescovi, ai presbiteri e ai diaconi, alle persone consacrate, ai fedeli laici e a tutti gli uomini di buona volontà sullo sviluppo umano integrale nella carità e nella verità*, parr. 45 e 65, in [www.fanodiocesi.it](http://www.fanodiocesi.it).

<sup>502</sup> Emergerebbe, infatti, che la carenza di liquidità rende le piccole imprese e gli strati meno abbienti della popolazione bersaglio dei prestiti usurari delle organizzazioni mafiose, se non di vere e proprie forme di *welfare*. Si veda la maxi operazione della Guardia di finanza di Palermo, che ha arrestato 91 persone accusate di far parte di due storici clan palermitani (Il Fatto quotidiano, 12 Maggio 2020, <https://www.ilfattoquotidiano.it/2020/05/12/mafia-operazione-mani-in-pasta-in-9-regioni-91-arresti-gip-clan-pronti-a-sfruttare-crisi-covid/5798852/>). Da quanto emergerebbe dall'inchiesta, coordinata dalla Dda di Palermo, Cosa nostra sarebbe pronta a sfruttare la crisi generata dall'emergenza Covid, prestando soldi a usura, interessandosi ad aziende sull'orlo della crisi, offrendo "aiuto" – anche cibo – a disoccupati e affiliando nuovi adepti.

Il microcredito è una *species* del *genus* microfinanza, nel cui alveo rientrano il microrisparmio – servizio di deposito che consente di custodire piccole somme di denaro – la microassicurazione – un sistema col quale gli utenti effettuano un pagamento per condividere un rischio – ed il trasferimento delle rimesse<sup>503</sup>.

Il primo documento a livello europeo in materia è la Comunicazione della Commissione Ue del 13 Novembre 2007<sup>504</sup>, nella quale cominciano a delinearsi le caratteristiche del microcredito, come l'ammontare dei finanziamenti – meno di 25.000 Euro – ed i beneficiari, tra i quali vengono individuati espressamente gli immigrati. Con la risoluzione del Parlamento Europeo del 2010<sup>505</sup> si chiese alla Commissione di formulare proposte legislative in materia, data la necessità di atti legislativi europei che forniscano un quadro regolamentare per le legislazioni nazionali<sup>506</sup>; ciò nonostante, attualmente l'UE non ha ancora emanato alcuna direttiva per regolamentare il microcredito, e ciò in parte spiega perché tra gli Stati membri solo Francia, Portogallo, Romania ed Italia abbiano adottato una disciplina *ad hoc* del microcredito<sup>507</sup>.

Il microcredito è stato introdotto in Italia dal d.lgs. n. 141/2010 negli artt. 111 e 113 t.u.b., successivamente modificati dal d.lgs. n. 169/2012<sup>508</sup>. Gli aspetti di dettaglio

---

<sup>503</sup> L. LARIVERA, *Il microcredito. Uno strumento per combattere la povertà*, in *La Civiltà Cattolica*, 2005, II, p. 559.

<sup>504</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 13 novembre 2007, dal titolo «Iniziativa europea per lo sviluppo del microcredito a sostegno della crescita e dell'occupazione» [COM(2007) 708 def, in eur-lex.europa.eu.

<sup>505</sup> Risoluzione del Parlamento Europeo n. 2010/C117 E/14, in eur-lex.europa.eu.

<sup>506</sup> Sulle iniziative intraprese dall'Unione Europea in materia di microcredito v. in generale F. ROSSI, *Microcredito: il contesto legislativo*, in *Aggiornamenti sociali*, 2013/12, pp. 869-873. In Italia, l'art. 4-bis, comma 8, l. 81/2006 ha trasformato il Comitato nazionale italiano per il 2005, dichiarato anno internazionale del microcredito da alcune risoluzioni Onu, in Comitato nazionale permanente per il microcredito. Con l'art. 8, comma 4.bis, l. 106/2011, il Comitato è stato trasformato in ente pubblico economico ed ha assunto la denominazione di Ente nazionale per il microcredito, con funzioni di promozione di iniziative nazionali o europee di finanziamento a favore di persone fisiche escluse dal mercato e di enti come cooperative e microimprese, nonché di studio e formazione tramite l'impiego di risorse pubbliche.

<sup>507</sup> Nella maggior parte degli Stati membri, di fatto, le attività di micro finanziamento di ammontare inferiore a 25.000 Euro vengono svolte dagli intermediari bancari non specializzati, come parte della generale attività di erogazione del credito, seppure abbiano come *target* le microimprese; di conseguenza l'esatta percentuale di microcrediti erogati dalle banche non è disponibile, poiché tali clienti costituiscono un mero sottogruppo della clientela generale degli istituti di credito. Così M. BENDIG, M. UNTERBERG, B. SARPONG, *Overview of the Microcredit Sector in the European Union, European Microfinance Network*, 2012, p. 8.

<sup>508</sup> Per un commento della disciplina italiana del microcredito v. F. PIRAINO, *Il microcredito*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 311-348; E. BANI, *Microcredito*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo II, ed. IV,

dell'attività, anche negoziale, degli operatori di microcredito sono invece regolati dal d.m. 176/2014, in attuazione della delega conferita al M.E.F. dall'art. 111, comma 5, t.u.b.

Il d.lgs. del 2010, che ha istituito un'unica categoria di intermediari finanziari iscritti nel registro unico all'art. 106 t.u.b.<sup>509</sup>, ha previsto una disciplina più favorevole per gli operatori di microcredito, soggetti all'obbligo di iscrizione al registro di cui all'art. 111 t.u.b. e ai parzialmente diversi requisiti di cui all'art. 6, d.m. cit. per ottenere l'autorizzazione all'esercizio del microcredito<sup>510</sup>. Tra di essi spicca un requisito di capitalizzazione minima inferiore a quello per gli intermediari finanziari e le banche, di ammontare pari a 5 volte quello minimo previsto per le s.p.a. (art. 6, comma 2, lett c), d.m. 176/2014)<sup>511</sup>. Ed infatti l'irrigidimento dei requisiti per lo svolgimento dell'attività

---

Cedam, Padova, 2018, pp. 1637-1643; G. A. VENTO, G. C. VECCHIO, *Il microcredito in Italia: alcune riflessioni per un assetto regolamentare efficace*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2014, 2, pp. 118-134; M. LATORRE, *Il microcredito in Italia tra regolazione e mercato*, in *Bancaria*, 2015, 5, pp. 48-64.

<sup>509</sup> L'ordinamento previgente prevedeva tre distinti elenchi per gli intermediari finanziari: quello generale di cui all'art. 106 t.u.b., quello speciale all'art. 107 per gli intermediari di dimensioni particolarmente rilevanti e quello di cui all'art. 113 per gli intermediari non operanti nei confronti del pubblico. L'iscrizione dell'intermediario nell'elenco generale non comportava di per sé la sottoposizione ad alcuna vigilanza prudenziale, dato che l'art. 106, 6° comma, t.u.b. prevedeva solo un controllo dell'UIC del rispetto dei requisiti per l'iscrizione, ma la vigilanza di Banca d'Italia si attivava solo con l'iscrizione nell'elenco speciale: R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, ed. V, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 230-231. Tale regime aveva dato luogo un rapporto squilibrato tra i due elenchi, quello generale con un numero elevato di intermediari che lo rendeva ingestibile e ne complicava la vigilanza, come documentato da un'indagine conoscitiva della Camera, per la quale circa l'80% delle ispezioni di Banca d'Italia veniva effettuato sugli intermediari di maggiori dimensioni, iscritti all'elenco di cui all'art. 107 t.u.b., mentre sugli intermediari dell'elenco generale non veniva effettuata una vigilanza effettiva: A. ANTONUCCI, *L'intermediazione finanziaria non bancaria nel d.lgs. 141/2010. Profili di sistema*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2011, 1, pp. 32-34.

<sup>510</sup> Ed infatti l'art. 6, d.m. 176/2014, a differenza dell'art. 107, comma 1, t.u.b. non richiede che la sede legale e la direzione generale dell'operatore siano situate nel territorio della Repubblica, né che non sussistano tra gli intermediari e i soggetti del gruppo o altri soggetti stretti legami che ostacolano l'esercizio della vigilanza. Ancora, gli intermediari finanziari, oltre a concedere finanziamenti, possono esercitare anche i servizi di pagamento, costituendo un patrimonio separato, e i servizi di investimento di negoziazione per conto proprio e per conto altrui aventi ad oggetti derivati e di collocamento di strumenti finanziari con o senza assunzione di garanzia; gli operatori di microcredito, invece, possono svolgere soltanto l'attività di concessione di microcrediti e i servizi accessori e strumentali, come l'assistenza ed il monitoraggio dei finanziati.

<sup>511</sup> Per effetto della modifica all'art. 2327 c.c., disposta dall'art. 20, comma 7, d.l. 91/2014, il capitale minimo per costituire una S.p.a. è di euro 50.000,00, anziché euro 120.000,00 come nel regime pregresso. Per effetto della Circolare di Banca d'Italia 3 Aprile 2015, n. 388 (G.U. 12 Giugno 2015), il capitale sociale minimo degli intermediari finanziari deve ammontare ad Euro 2.000.000,00, e a 3.000.000,00 per gli intermediari che svolgono attività di rilascio di garanzie. Ancora più netto è il divario di capitalizzazione tra operatori di microcredito e banche, il cui capitale minimo, per effetto delle modifiche del 2013 alle Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale (circolare 263/2007), è stato innalzato a 10 milioni di Euro per le banche in forma di s.p.a., per le banche popolari e di garanzia collettiva, e a 5 milioni per le banche di credito cooperativo.

creditizia, di cui al d.lgs. 2010, avrebbe limitato il numero di operatori sul mercato del credito<sup>512</sup>, estromettendo i soggetti che prima della riforma erogavano microcrediti, data la sproporzione tra i nuovi *costi di compliance* e il loro volume di attività<sup>513</sup>. Non a caso, infatti, i soggetti senza scopo di lucro (art. 111, comma 4, t.u.b.) che erogano microcrediti sono esentati ai sensi dell'art. 11, d.m. dall'iscrizione nell'elenco dei operatori di microcredito e dal rispetto dei requisiti legali imposti a tali operatori.

Ai sensi dell'art. 122 t.u.b., alle operazioni di microcredito non si applicano le disposizioni sul credito al consumo di cui agli artt. 121 ss. t.u.b., trattandosi di finanziamenti concessi ad un pubblico ristretto con tassi di interesse inferiori o comunque non superiori a quelli di mercato, né esse soggiacciono alle disposizioni sulla trasparenza (artt. 115-120 *quater* t.u.b.), poiché gli operatori di microcredito sono iscritti in un elenco diverso da quello di cui all'art. 106 t.u.b. per gli intermediari finanziari – ai quali, insieme alla banche, si applica la disciplina di trasparenza (arg. *ex art.* 115 t.u.b.) – e poiché l'art. 127, comma 02 assoggetta a tale disciplina i confidi ma non gli operatori di microcredito<sup>514</sup>. Ciò dà luogo non solo ad una frammentazione della disciplina applicabile agli erogatori del credito, ma contribuisce ulteriormente al processo di residualità della disciplina della trasparenza bancaria<sup>515</sup>.

---

<sup>512</sup> A. ANTONUCCI, *L'intermediazione finanziaria non bancaria*, cit., p. 37. Ed infatti per l'A. la riforma prende atto della omogeneità degli intermediari finanziari e delle banche, assimilando il regime dei controlli *durante societate* previsti per i primi a quelli bancari. Il nuovo art. 108 t.u.b., infatti, ripropone i contenuti delle norme precedenti, completando l'omologazione con i controlli bancari di vigilanza regolamentare (art. 53) con la previsione dei poteri di intervento singolare di cui al 3° comma; il nuovo art. 109, che crea una rete di vigilanza consolidata speculare a quella prevista per le banche all'art. 59 t.u.b.

<sup>513</sup> In tal senso E. BANI, *Microcredito*, cit., p. 1638.

<sup>514</sup> A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, cit., p. 14 in nota.

<sup>515</sup> Per effetto di un processo di segmentazione normativa (segnalato in dottrina da A. MIRONE, op. ult. cit., pp. 3-12 e ora ID., *Sistemi e sottosistemi della nuova disciplina della trasparenza bancaria*, cit., pp. 377-418; F. CIVALE, *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 5-8) i servizi di credito, di pagamento e di investimento sono oggetto di una propria disciplina e vengono sottratti alla disciplina di trasparenza di cui agli artt. 115 ss. t.u.b. Ed infatti, l'art. 115, nella formulazione aggiornata all'art. 1, comma 1, d.lgs. 72/2016, stabilisce che le disposizioni del relativo capo non si applicano ai contratti di credito disciplinati dai capi I-bis (contratti di credito immobiliare) e II (credito al consumo) e ai servizi di pagamento. L'art. 23, comma 4, t.u.f., esclude invece l'applicazione delle disposizioni del Titolo VI del t.u.b. ai servizi ed alle attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari ed alle operazioni e servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 25 bis e 25 ter t.u.f. Ciò tuttavia non deve indurre a svalutare la normativa di cui al Capo I del Titolo VI del t.u.b; il regime di autonomia dei servizi di credito, di pagamento e finanziari non dà luogo ad una assoluta incomunicabilità con la disciplina generale di cui agli artt. 115 ss. t.u.b., che potrebbe essere applicata in via analogica, in caso di lacune nelle discipline speciali, o utilizzata quale canone interpretativo di queste ultime. Così A. MIRONE, cit., pp. 9-10.



In ogni caso, l'utilizzo del *nomen* microcredito è riservato ai finanziamenti aventi le caratteristiche di cui all'art. 111 t.u.b. (art. 111, comma 5 *bis*, t.u.b.); tale disposizione presenta la stessa *ratio* dell'art. 117, comma 8, t.u.b.<sup>516</sup>, cioè assicurare la corrispondenza tra un determinato *nomen* e le condizioni del contratto, anche al fine di contrastare pratiche commerciali ingannevoli. Dato che il microcredito presenta condizioni contrattuali più favorevoli per il cliente rispetto al credito al consumo – mancanza di garanzie e, per alcuni microcrediti, tassi di interesse più favorevoli di quelli di mercato –, tale *nomen* potrebbe essere utilizzato strumentalmente dal creditore per attirare clienti ed indurli in errore sulla natura del contratto, falsandone il comportamento economico. Ad analoga *ratio* dovrebbe corrispondere identità dei rimedi: di conseguenza, nei casi di uso strumentale del *nomen*, fermo il ricorso al risarcimento del danno, nonchè all'inibizione della pratica *ex* artt. 21 ss. cod. cons., il contratto difforme dal tipo dovrebbe ritenersi nullo, *ex* art. 1418, comma 1, c.c., per violazione della norma imperativa dell'art. 111, comma 5, t.u.b.

6.1. *Il microcredito d'impresa e il microcredito sociale. L'inadeguatezza della disciplina normativa allo scopo di includere gli unbanked.*

Ai sensi dell'art. 111 t.u.b., il microcredito può assumere una duplice configurazione, a seconda delle caratteristiche dei clienti e del finanziamento: si distingue tra il microcredito a persone fisiche, società o associazioni per l'avvio o l'esercizio di un'attività di lavoro autonomo o di una micropresa (comma 1), ed il microcredito sociale, a favore di persone fisiche in condizioni di vulnerabilità economica o sociale (comma 3), affinché possano sostenere le spese per i bisogni essenziali.

---

<sup>516</sup> Secondo la dottrina preferibile si tratta di un potere di tipizzazione “debole”, che non impone, cioè, la stipula di contratti tipici, vietando quelli atipici, ma semplicemente una corrispondenza tra il *nomen* ed il contenuto di determinati contratti per fini di trasparenza: in tal senso L. DE ANGELIS, *Art. 117*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo III, iv ed., Cedam, 2018, pp. 1700-1701. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit. p. 725; A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, cit., pp. 56-59, per il quale il meccanismo di conformazione di cui all'art. 1339 c.c. è impedito dal riferimento alla nullità totale nell'art. 117 t.u.b.; C. SOLINAS, *Il contratto «amministrato»*, cit., pp. 182-185, che evidenzia l'insostenibilità dell'esistenza di un potere conformativo, il quale, in assenza di un principio di tipicità dei contratti bancari, sarebbe facilmente eludibile dai contraenti. Nel senso che l'art. 117 t.u.b. conferirebbe all'Autorità amministrativa il potere di dettare imperativamente il contenuto del contratto E. CAPOBIANCO, *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. banc.*, 2002, p. 212 ss.; G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in ID. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006, *passim*.

A differenza del credito al consumo, tratto comune delle due tipologie è i) il vincolo di destinazione del credito agli impieghi legalmente previsti, che configura due fattispecie di mutuo di scopo legale<sup>517</sup>, oltre a quelle già previste dagli artt. 38, 42 e 43 t.u.b, e ii) l'apparente irrilevanza dell'astratto *status* di consumatore al fine dell'applicabilità della disciplina<sup>518</sup>.

Nell'ambito del credito al consumo, infatti, il generico fine di consumo, salvo l'ipotesi di cui all'art. 121, comma 1, lett d) t.u.b., non crea un'obbligo di destinazione analogo al mutuo di scopo legale, rientrando cioè nel sinallagma contrattuale e caratterizzante la causa del contratto<sup>519</sup>, sebbene non sia esatto dire che il mutuatario

---

<sup>517</sup> F. PIRAINO, *Il microcredito*, cit., p. 342; qualifica mutuo di scopo il microcredito di cui agli artt. 1, commi 24-28, l. 10/2006 della Regione Lazio, L. NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 1, p. 66 ss. Sul mutuo di scopo, senza pretesa di esautività, v. S. MAZZAMUTO, *Mutuo. II). Mutuo di scopo*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, pp. 1-15; ID., *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 3, pp. 619-665; A. PIRAINO LETO, *Il mutuo*, Utet, Torino, 1978, pp. 190-194; M. FRAGALI, *Del mutuo*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile*, Libro Quarto. Delle Obbligazioni (artt. 1754-1860), Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1956, pp. 272-274; D. FARACE, *Incertezze giurisprudenziali sulla consensualità del mutuo di scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, pp. 163-170; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, sez. II, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 64-141; G. DINACCI, *Mutuo di scopo*, in S. PAGLIANTINI, G. DINACCI, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Cedam, Padova, 2009, pp. 99-164. In giurisprudenza, *ex multis*, CASS. 10 Giugno 1981, n. 3752, in *Foro it.*, 1982, vol. 105, pp. 1687-1699, con nota di L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, *ivi*; CASS., 3 Dicembre 2007, n. 25180, in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); per un commento della sentenza, v. D. FARACE, cit., pp. 163-170.

<sup>518</sup> Salvo che per le discipline del credito al consumo, del credito immobiliare al consumo e dei conti di pagamento, lo *status* di consumatore non è presupposto di applicazione delle discipline dei servizi bancari, finanziari ed assicurativi, le quali si riferiscono al "cliente". Si veda la rubrica del Titolo VI del t.u.b. (artt. 115 ss.) dedicato alla trasparenza dei rapporti con i clienti; si veda anche la dettagliata classificazione della clientela dei servizi di investimento di cui al Reg. Consob 20307/2018; gli artt. 126 *bis*-126 *nonies* t.u.b. che si riferiscono all'utilizzatore dei servizi di pagamento; con riferimento al mercato assicurativo, gli artt 3 e 120 c.a.p, che si riferisce agli assicurati ed al contraente. L'irrilevanza dello *status* di consumatore è dovuta alla natura dei beni negoziati in tali mercati, definiti "*credence goods*" in quanto non basta colmare le asimmetrie informative col cliente, dato che, per l'immaterialità e le oscillazioni di valore, le loro qualità non sono conoscibili nemmeno dopo il consumo. V. R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., pp. 66-67, con riferimento ai mercati finanziari; con riferimento ai servizi bancari v. ID., *op. ult. cit.*, p. 15; cfr. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 700, che si riferisce alla «clientela».

<sup>519</sup> In tal senso, L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 3, p. 788, per la quale lo scopo di consumo non costituisce un motivo irrilevante, né la causa dell'operazione, ma qualifica l'operazione, atteggiandosi a scopo concreto, comune a tutte le parti che ad esso rivolgono l'effetto negoziale. Tale periodo tradisce una certa ambiguità, posto che lo scopo comune, a cui è oggettivamente rivolta l'operazione negoziale, molto somiglia alla causa concreta del contratto: v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 359. Sembra allora più semplice affermare che lo scopo di consumo non è solo presupposto di qualificazione del soggetto, ma altresì presupposto di applicazione della disciplina di cui agli artt. 121 ss. t.u.b. A favore della rilevanza causale della destinazione nel solo mutuo di scopo legale R.

abbia discrezionalità illimitata nella destinazione delle somme prestate<sup>520</sup>. Il fine di consumo, infatti, costituisce presupposto di qualificazione del contraente nel credito al consumo: la destinazione delle somme alla propria attività professionale o imprenditoriale esclude lo *status* di consumatore e l'applicazione degli artt. 121 ss. t.u.b., escludendo una discrezionalità illimitata dal consumatore.

Le due tipologie di microcredito, però, condividono con la disciplina del credito al consumo l'approccio "transtipico"<sup>521</sup>, poiché l'art. 111 fa generico riferimento alla concessione di finanziamenti che, purchè non prevedano la costituzione di garanzie reali, possono essere accordati tramite qualsiasi contratto di credito. Sia il microcredito imprenditoriale che quello sociale prevedono a favore dei sovvenuti la prestazione di servizi di assistenza, che entrano nel sinallagma contrattuale. Di conseguenza, qualora l'inadempimento del debitore fosse legato all'inadempimento o al non esatto adempimento di tali servizi, egli potrebbe paralizzare la domanda di risoluzione del contratto sollevando l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c.<sup>522</sup>.

Il legislatore detta una disciplina approssimativa degli obblighi informativi all'art. 12, d.m. 176/2014, prevedendo genericamente la fornitura al cliente, su supporto cartaceo o durevole, delle informazioni necessarie ad una decisione consapevole, tra cui almeno il t.a.e.g., la durata del contratto e le altre condizioni economiche quali le conseguenze dell'inadempimento.

Può valutarsi negativamente la mancanza di un dovere di fornire chiarimenti, dato che il *target* di clientela sono soggetti non bancabili, con maggiori asimmetrie informative e cognitive. Vi è poi il rischio di incentivare l'inserimento nel documento di una serie di informazioni irrilevanti: la generica previsione degli elementi da includervi,

---

CLARIZIA, cit., pp. 123-140, per il quale nel mutuo di scopo volontario la clausola di destinazione non fa che aggiungere un'obbligazione a carico del mutuatario. Tale posizione appare però eccessivamente rigida: nulla che esclude che in un mutuo la destinazione delle somme mutate assurga al rango di causa in concreto, qualora si tratti dello scopo comune perseguito dalle parti ed al cui soddisfacimento le prestazioni siano obiettivamente rivolte. In tal senso sembra S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento*, cit., p. 630, per il quale lo scopo non tocca la causa di scambio, ma si limita a "colorare" la causa in concreto arricchendo gli effetti tipici del negozio. In senso contrario alla rilevanza causale della destinazione nel mutuo di scopo M. FRAGALI, *Del mutuo*, cit., pp. 273-274.

<sup>520</sup> Così, invece, R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., p. 141.

<sup>521</sup> Così, con riferimento all'art. 3, lett. c), dir. 2008/48/CE, L. MODICA, cit., p. 788. Nel senso sostenuto nel testo F. PIRAINO, *Il microcredito*, cit., p. 339. Con riferimento al microcredito di cui alla legge regionale Lazio, v. L. NONNE, cit., p. 52 che parla giustamente di disciplina meta tipica, estensibile a più tipi contrattuali.

<sup>522</sup> F. PIRAINO, *Il microcredito*, cit., p. 347.

nonché la mancata previsione di un obbligo di riversare le informazioni aggiuntive in un documento separato, rischiano di esporre i clienti ad *information overloading*.

E' la specifica disciplina del microcredito "imprenditoriale", invece, a presentare dei profili di rigidità, che ne ostacolano il contributo all'aumento immediato dell'inclusione finanziaria degli immigrati. Ed infatti, i beneficiari dei finanziamenti di cui all'art. 111, comma 1, t.u.b., specificati dall'art. 1, comma 1 del d.m., sono soggetti già socialmente e lavorativamente inclusi, come lavoratori autonomi o microimprese, organizzati individualmente o addirittura in associazioni o in forma societaria<sup>523</sup>, che devono destinare i fondi all'avviamento o allo sviluppo della propria attività.

E' difficile, però, che immigrati da poco integrati sul territorio possano soddisfare tali requisiti, come confermato dai dati empirici, che evidenziano uno scarso utilizzo del microcredito imprenditoriale da parte gli immigrati ed un maggiore accesso degli stessi al microcredito sociale<sup>524</sup>.

---

<sup>523</sup> Art. 1, d.m. 176/2014 (*Beneficiari e caratteristiche dell'attività*): 1.«Rientra nell'attività di microcredito disciplinata dal presente titolo l'attività di finanziamento finalizzata a sostenere l'avvio o lo sviluppo di un'attività di lavoro autonomo o di microimpresa, organizzata in forma individuale, di associazione, di società di persone, di società a responsabilità limitata semplificata o di società cooperativa, ovvero a promuovere l'inserimento di persone fisiche nel mercato del lavoro. 2. Sono esclusi i finanziamenti ai seguenti soggetti: a) lavoratori autonomi o imprese titolari di partita IVA da più di cinque anni; b) lavoratori autonomi o imprese individuali con un numero di dipendenti superiore alle 5 unità; c) società di persone, società a responsabilità limitata semplificata, o società cooperative con un numero di dipendenti non soci superiore alle 10 unità; d) imprese che al momento della richiesta presentino, anche disgiuntamente, requisiti dimensionali superiori a quelli previsti dall'art. 1, secondo comma, lettere a) e b) del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, come aggiornati ai sensi del terzo comma della medesima disposizione ed un livello di indebitamento superiore a 100.000 Euro.». Art. 2 (Finalità dei finanziamenti): Art. 2. *Finalità dei finanziamenti* La concessione di finanziamenti è finalizzata, anche alternativamente: a) all'acquisto di beni, ivi incluse le materie prime necessarie alla produzione di beni o servizi e le merci destinate alla rivendita, o di servizi strumentali all'attività svolta, compreso il pagamento dei canoni delle operazioni di leasing e il pagamento delle spese connesse alla sottoscrizione di polizze assicurative. I finanziamenti possono essere concessi anche nella forma di microleasing finanziario; b) alla retribuzione di nuovi dipendenti o soci lavoratori; c) al pagamento di corsi di formazione volti ad elevare la qualità professionale e le capacità tecniche e gestionali del lavoratore autonomo, dell'imprenditore e dei relativi dipendenti; i finanziamenti concessi alle società di persone e alle società cooperative possono essere destinati anche a consentire la partecipazione a corsi di formazione da parte dei soci; d) al pagamento di corsi di formazione anche di natura universitaria o post-universitaria volti ad agevolare l'inserimento nel mercato del lavoro delle persone fisiche beneficiarie del finanziamento.

<sup>524</sup> D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, Quarto rapporto, 2015*, in [www.migrantiefinanza.it](http://www.migrantiefinanza.it), p. 41. Ed infatti, mentre il 64% dei finanziamenti concessi secondo la disciplina del microcredito sociale è stato accordato ad immigrati, solo il 7% dei finanziamenti concessi in base alla disciplina del microcredito imprenditoriale è stato accordato ad immigrati. In generale, evidenzia la scarsità dei dati a livello europeo circa il numero degli immigrati finanziati da istituzioni di micro finanza E. MACCHIAVELLO, *Microfinance and Financial Inclusion*, cit., p. 87.

Trattandosi di un mutuo di scopo, peraltro, l'operatore di microcredito deve verificare il rispetto della destinazione delle somme erogate a sostegno della propria attività, *ex art. 5, comma 2, d.m.*, anche chiedendo delle attestazioni. L'inadempimento di tale obbligo comporterà la risoluzione del contratto, *ex art. 1453 c.c.*, e l'obbligo di restituzione delle somme, che per la dottrina dovrebbe adempiersi senza alcuna dilazione<sup>525</sup>.

Se le parti, invece, si accordassero *ab origine* per destinare il credito a uno scopo diverso da quello legale, il contratto sarebbe nullo per mancanza di causa<sup>526</sup>; tale ipotesi si sovrappone a quella prevista dall'art. 111, comma 5-*bis*, t.u.b., trattandosi di un caso di uso strumentale del *nomen* microcredito. In tal caso l'obbligazione restitutoria andrebbe adempiuta integralmente – corrispondendo cioè sia il capitale che gli interessi –, e senza dilazioni<sup>527</sup>, salvo il potere del giudice di cui all'art. 1183, comma 1, c.c. Si può escludere, infatti, l'applicazione analogica dell'art. 125 *bis*, comma 9, t.u.b., al microcredito, dato che i) manca il presupposto della lacuna legislativa, avendo il legislatore chiarito che al microcredito non si applicano le disposizioni sul credito ai consumatori, e ii) l'art. 125 *bis*, comma 9 è una disposizione eccezionale.

Di maggiore impatto sull'inclusione finanziaria degli immigrati sembra astrattamente la disciplina del microcredito sociale, che delinea in termini meno restrittivi i beneficiari e gli impieghi dei crediti.

Quanto al primo profilo, l'art. 5 d.m. individua genericamente alcune situazioni di vulnerabilità – la disoccupazione, la contrazione del reddito, l'aumento delle spese familiari nonché la condizione di non autosufficienza propria o di un componente del nucleo familiare –, seppure l'enucleazione di parametri oggettivi consente di evitare le

---

<sup>525</sup> F. PIRAINO, *Il microcredito*, cit., p. 343; per la risolubilità del mutuo di scopo in caso di inadempimento dell'obbligo di destinazione, v. R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., p. 140.

<sup>526</sup> In tal senso v. CASS., 10 Giugno 1981, n. 3752, cit.

<sup>527</sup> Sull'ambito applicativo di tale disposizione, v. A.B.F., 12 Ottobre 2012, n. 3257, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it). Per il Collegio la corresponsione degli interessi, sia pure nella sola misura legale, risulta elemento imprescindibile dell'obbligazione restitutoria dell'accipiens ai sensi dell'art. 2033 c.c.; l'esclusione degli interessi potrebbe derivare solo da una norma *ad hoc* quale l'art. 125 *bis*, comma 9, t.u.b., previsto a tutela di una categoria di soggetti come i consumatori. Conforme A.B.F., 22 Marzo 2013, n. 1575, *ivi*. Sull'argomento, in dottrina, v. M. MAUGERI, S. PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Giuffrè, 2013, Milano, p. 20 ss.

maggiori incertezze applicative altrimenti insite nel richiamo all' indefinito stato di bisogno, di cui all' art. 1448 c.c.<sup>528</sup>.

Quanto al secondo profilo, l' art. 5, comma 2, prevede che il credito possa essere destinato all' acquisto di beni o servizi necessari al soddisfacimento di bisogni primari del finanziato o della famiglia, indicando espressamente la natura non tassativa dell' elenco degli impieghi. Pur trattandosi di un mutuo di scopo, è evidente, in tali fattispecie, la maggiore difficoltà di un sindacato giudiziale sull' effettiva destinazione delle somme e la conseguente attivazione del rimedio risolutorio. Nonostante il silenzio dei commentatori sul punto, è evidente che il fatto che il sovvenuto sia una persona fisica e la natura privata degli scopi da lui perseguiti ne impongono la qualificazione in termini di consumatore, ex art. 3, comma 1, lett. a), cod. cons.; data l' espressa esclusione dell' applicabilità della disciplina del credito al consumo, ne dovrebbe conseguire almeno l' applicabilità della tutela in materia di pratiche commerciali scorrette e di clausole vessatorie, di cui agli artt. 20 ss. e 33 ss. cod. cons.

La qualifica di consumatore con caratteristiche di particolare vulnerabilità rende incomprensibile la mancanza di obblighi esplicativi del contratto e di una disciplina specifica degli obblighi di *disclosure*, previste, invece, per il credito al consumo ed il credito immobiliare; la vulnerabilità dei sovvenuti, però, può essere valorizzata estendendo anche all' inadempimento del contratto di microcredito la teoria dell' inadempimento di necessità.

Il limite maggiore all' utilizzo del microcredito sociale, però, deriva dall' imposizione agli operatori di un tetto al numero di finanziamenti erogati ai sensi dell' art. 111, comma 4, t.u.b.: dando corpo alla previsione di tale disposizione, l' art. 5, comma 7, del d.m. prevede che il numero di finanziamenti conformi a tale disciplina non possa superare il 49% dei finanziamenti totali concessi dall' operatore.

---

<sup>528</sup> Né per interpretare tale rinvio sarebbe stato possibile far riferimento alla prassi applicativa della giurisprudenza. Lo stato di bisogno viene infatti declinato altrettanto genericamente dalla giurisprudenza, per lo più soltanto con riferimento a situazioni di carenza di liquidità: v., *ex multis*, CASS, 1 Febbraio 2010, n 2328, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (a cura di), *Annuario del contratto 2010*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 115: «il requisito dello stato di bisogno, richiesto dall' art. 1448 c.c., non va necessariamente inteso come assoluta indigenza, essendo sufficiente ad integrarlo anche una contingente situazione di difficoltà economica, per carenza di liquidità, tale da non consentire di far fronte ad impegni di pagamento con mezzi normali e da incidere sulla libera determinazione a contrarre». Tali riflessioni sono confermate anche dalle difficoltà della dottrina di dare un contenuto specifico al tale nozione generica: v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 834-837, per il quale «la norma implica un bisogno qualificato da un dato oggettivo, socialmente apprezzabile»; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 642: «lo stato di bisogno indica qualsiasi situazione di difficoltà economica che impedisca al soggetto di soddisfare una esigenza seria ed impellente».

Un altro limite deriva non tanto dal tetto massimo all'ammontare del finanziamento, fissato dall'art. 111, comma 4, t.u.b. in Euro 10.000,00, ma dal mancato esercizio in sede regolamentare della facoltà, concessa dal comma 5 dell'art. 111 t.u.b., di modificare tale limite, come invece previsto dall'art. 4, comma 1, del d.m. che permette di aumentare l'importo finanziato in caso di puntuale adempimento delle ultime sei rate e di comprovato avanzamento del progetto. Tale meccanismo premiale avrebbe permesso maggiore flessibilità nell'erogazione del credito, che rimane di ammontare eccessivamente contenuto, e di incentivare ulteriormente l'adempimento del contratto: trattandosi del microcredito cui accedono per lo più immigrati, l'inserimento di una previsione premiale avrebbe contribuito alla creazione di una storia creditizia positiva per soggetti altrimenti privi, in vista di un futuro accesso al circuito creditizio tradizionale<sup>529</sup>.

Sotto tale profilo il microcredito si presenta più svantaggioso rispetto a contratti, come il *rent to buy* o il *leasing* immobiliare, che consentono al conduttore-futuro acquirente, prima del trasferimento definitivo della proprietà, di introitare le risorse economico-finanziarie necessarie all'acquisto o di allinearsi ai parametri di classamento del merito creditizio richiesti dalle banche per l'erogazione di un mutuo<sup>530</sup>, qualora abbia pagato parte del prezzo del bene sotto forma di canoni.

Nel caso del microcredito sociale, dunque, la disciplina del t.u.b. non codifica uno delle prassi salienti dell'esperienza del microcredito nei paesi in via di sviluppo, cioè il prestito progressivo, consistente nell'erogazione di un prestito di importo maggiore a seguito della restituzione di alcune rate; poiché tale meccanismo incentivante, tuttavia, potrebbe esporre a rischi per la stabilità dell'ente di microcredito, inducendo a non restituire il credito qualora si reperiscano fonti di finanziamento alternative<sup>531</sup>, si può presumere che il legislatore abbia ritenuto tale pratica rischiosa con riferimento a soggetti meno affidabili rispetto ai destinatari del microcredito all'impresa.

---

<sup>529</sup> È intuitivo che soggetti non bancabili e privi di una storia creditizia, come gli immigrati, possano successivamente dimostare la propria meritevolezza di credito documentando il puntuale adempimento delle rate del microcredito. Evidenza in generale che il microcredito può contribuire a costruire una storia creditizia positiva. E. W. FERREIRA, *The darkside of microfinance*, July, 2004, p. 6, in <http://www.findevgateway.org/sites/default/files/mfg-en-paper-the-darkside-of-microfinance-2004.pdf>.

<sup>530</sup> V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare (Spunti critici e riflessioni di carattere giuridico-economico intorno all'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164)*, in *Contr. impr.*, 2015, 4-5, p. 980.

<sup>531</sup> E. MACCHIAVELLO, *La regolazione della microfinanza tra equità ed efficienza*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2012, 2, pp. 319 ss.; v. ID., *Microfinance and Financial Inclusion. The Challenge of Regulating Alternative Forms of Finance*, Taylor & Francis Group, New York, 2018, p. 21.

Il fallimento di tale disciplina nel perseguimento dello scopo di inclusione finanziaria (anche degli italiani) è confermato dai dati empirici, che mostrano l'esiguo numero di operazioni concluse<sup>532</sup>, nonché dalla fuga degli operatori dalla disciplina del microcredito. Ed infatti, i) il tetto alla percentuale di microcrediti sociali da includere nel portafoglio dell'intermediario; ii) il modesto ammontare dei microcrediti sociali concedibili; iii) l'obbligo di praticare condizioni più favorevoli di quelle di mercato (art. 111, comma 3, t.u.b.) hanno spinto i principali operatori del settore ad iscriversi nell'albo di cui all'art. 106 t.u.b. per non sottoporsi alla disciplina di cui all'art. 111 t.u.b.<sup>533</sup>.

Il vincoli normativi, dunque, hanno reso economicamente insostenibile lo strumento del microcredito, considerato che, nel contratto di microcredito sociale, il T.A.E.G. deve comprendere anche le spese per i servizi ausiliari<sup>534</sup>. Né a considerazioni diverse induce la disciplina del microcredito sociale erogato da soggetti senza scopo di lucro (art. 111, comma 4, t.u.b.), i quali, pur non soggiacendo ai limiti al numero e all'ammontare dei finanziamenti<sup>535</sup>, devono applicare tassi di interesse non remunerativi, adeguati al solo recupero delle spese.

In definitiva, la considerazione del sovvenuto quale soggetto vulnerabile, qualificabile come consumatore nel caso di microcredito sociale, e la conseguente

---

<sup>532</sup> Secondo dati raccolti dall'Ente Nazionale per il Microcredito, alle Banche convenzionate con l'Ente Nazionale registrato sono arrivate poco più di 1.500 domande nel corso del primo semestre del 2018: <https://www.repubblica.it/economia/2018/07/22/news/microcredito-202258092/>. È evidente, dunque, la scarsa incidenza della disciplina già sull'esclusione finanziaria degli italiani. Parte della dottrina aveva già espresso il timore di un disincentivo all'utilizzo del microcredito a causa di eccessivi vincoli normativi: v. E. MACHIAVELLO, *Microfinance Regulation and Supervision: A Multi-Faced Prism of Structures, Levels and Issues* (November 15, 2012), in *New York University Journal of Law and Business*, vol. 9, 1, 2012, p. 133. Altri autori evidenziano la frammentarietà dell'esperienza del microcredito in Italia, che consiste in una serie di iniziative di soggetti pubblici e privati prive di coordinamento: M. ARNONE, *Il microcredito come strumento per combattere l'esclusione finanziaria in Italia: quali differenze a livello regionale e locale*, in *Rass. ec.*, 2015, 2, pp. 38-40.

<sup>533</sup> Si fa riferimento a PerMicro, società nata nel 2007, specializzata in crediti e microcrediti, che, infatti, ha scelto di iscriversi all'albo degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 t.u.b., vigilati da Banca d'Italia: D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, sesto rapporto*, 2017, p. 43 in [www.migrantiefinanza.it](http://www.migrantiefinanza.it). La "fuga" dalla disciplina del microcredito è confermata da inchieste giornalistiche: C. BRUSINI, *Microcredito. La nuova legge costringe gli operatori a lavorare in perdita. Così l'albo degli intermediari resta vuoto*, *Fatto Quotidiano* (6 Marzo 2016), [www.ilfattoquotidiano.it](http://www.ilfattoquotidiano.it).

<sup>534</sup> V. G. A. VENTO, G. C. VECCHIO, *Il microcredito in Italia*, cit., p. 132, per i quali difficilmente gli operatori possono prestare tali servizi a condizioni più favorevoli di quelle di mercato, a meno di non ottenere fondi da terzi a condizioni di favore.

<sup>535</sup> L'art. 11, comma 4, d.m. 176/2014 esclude l'applicazione dei commi 6 e 7 dell'art. 5, d.m. agli operatori di microcredito senza scopo di lucro.



creazione di un consumatore “concreto”, non si è tradotta in una maggiore inclusione inclusione finanziaria degli immigrati.

#### 7. *La consumerizzazione del leasing e la rilevanza della difficoltà economica dell'utilizzatore.*

La necessità di assicurare più diffusamente il godimento del diritto all'abitazione, nonché la crisi del mercato immobiliare, hanno spinto alla tipizzazione di nuovi contratti già diffusi nella prassi. Se si aggiunge che un altro fattore rilevante è stata la segnalata insufficienza delle politiche di *social housing*, si può affermare che il diritto privato sia stato caricato di compiti sostitutivi del *welfare*, sebbene in misura diversa dal passato: mentre l'esigenza di tutelare il diritto all'abitazione si era tradotta, in passato, in una compressione dell'autonomia privata – vedi la l. 392/1978 sull'equo canone –, gli anni successivi alla crisi del 2008 hanno conosciuto un'espansione dell'autonomia privata, tramite la nascita di nuovi tipi contrattuali.

Si tratta del c.d. *rent to buy*, introdotto dall'art. 23, d.l. 133/2014<sup>536</sup>, e, in particolare, del *leasing* abitativo, introdotto dall'art. 1, commi da 76 a 84, l. 208/2015; quest'ultimo, in quanto contratto con causa di finanziamento, stipulato da una banca o da un intermediario finanziario, rientra, a differenza del primo, nell'oggetto del presente lavoro. L'accostamento tra i due negozi, però, serve ad evidenziare il *trend* legislativo verso una procedimentalizzazione dell'acquisto della proprietà, che diviene graduale, tramite accantonamenti diluiti nel tempo, per ovviare alla difficoltà economica di fruire

---

<sup>536</sup> Su cui v. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di rent to buy*, in A. ALBANESE, S. MAZZAMUTO (a cura di), *RENT to BUY. Leasing immobiliare e vendita con riserva della proprietà*, cit., pp. 1-14; E. LABELLA, *La tipizzazione del rent to buy e la sua natura di contratto misto. La disciplina applicabile al rapporto contrattuale*, in A. ALBANESE, S. MAZZAMUTO, *RENT to BUY*, cit., pp. 15-34; G. ROTA, *Il rent to buy a confronto con la locazione: struttura negoziale e rimedi esperibili dai contraenti*, in A. ALBANESE, S. MAZZAMUTO, *RENT to BUY*, cit., pp. 35-48; A. NICOLUSSI, *Rent to buy: inadempimento e riducibilità della penale, mancato acquisto e indennità*, in A. ALBANESE, S. MAZZAMUTO, *RENT to BUY*, cit., pp. 49-62; D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, pp. 32-65; V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare (Spunti critici e riflessioni di carattere giuridico-economico intorno all'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164)*, in *Contr. impr.*, 2015, 4-5, pp. 964-1011.

immediatamente del dominio e garantire l'accesso alla proprietà immobiliare abitativa a cerchie più ampie di acquirenti<sup>537</sup>.

Il *leasing* abitativo, dunque, si presenta come un utile strumento di finanziamento per soggetti esclusi dal circuito creditizio come gli immigrati, poiché consente di godere subito di un immobile senza anticipare il capitale necessario all'acquisto, ottenendo un finanziamento integrale – a differenza del mutuo, il quale normalmente finanzia solo una parte del prezzo di acquisto<sup>538</sup> – e senza dover concedere garanzie reali, dato che il concedente è già garantito dal fatto di rimanere proprietario<sup>539</sup>. Tale negozio, analogamente al *rent to buy*, che presenta struttura simile, potrebbe permettere un reinserimento dell'utilizzatore nel circuito creditizio tradizionale: quest'ultimo, una volta adempiuto al pagamento di una serie di canoni, potrà presentarsi agli intermediari come un "buon debitore", allineandosi ai parametri richiesti per la valutazione del merito creditizio<sup>540</sup>, ed ottenere un finanziamento, il cui ammontare sarà ridotto dato che avrà già adempiuto al pagamento di una parte del prezzo di acquisto dell'immobile.

Seppure entrambi i negozi procedimentalizzino l'acquisto della proprietà, il *leasing* immobiliare, a differenza del *rent to buy*, ha una funzione di finanziamento, perseguita attraverso il collegamento negoziale tra la compravendita del bene, da parte del concedente, e la successiva concessione in godimento all'utilizzatore<sup>541</sup>.

---

<sup>537</sup> D. POLETTI, "Forme" del godimento con vocazione traslativa: appunti sul *leasing* immobiliare traslativa, cit., p. 53.

<sup>538</sup> Se di fatto l'ammontare massimo dei finanziamenti concessi dalle banche non raggiunge mai il 100% del prezzo di acquisto dell'immobile, per alcuni tipi di mutuo vi è un limite legale all'ammontare massimo dei finanziamenti: ai sensi della delibera CICR del 22.04.1995, in caso di credito fondiario l'ammontare massimo dei finanziamenti è pari all'80% del valore dei beni ipotecati o del costo delle opere da eseguire sugli stessi; in caso di superamento di tale limite il contratto è nullo ma può essere convertito in un mutuo ordinario: CASS., 9 Maggio 2018, n. 11201, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>539</sup> A. MUSIO, *Il diritto all'abitazione di proprietà*, cit., p. 388.

<sup>540</sup> V. con riferimento al *rent to buy* V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare*, p. 980, e A. MUSIO, *Il diritto all'abitazione di proprietà*, cit., p. 385.

<sup>541</sup> In dottrina si è sviluppato un acceso dibattito sulla causa del *leasing*, la quale secondo alcuni è irriducibile alla causa *vendendi*: O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, ed. II, in G. COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Milano, 2009, p. 130; V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, Roma Tre-Press, 2018, p. 69 ss. Secondo altri il contratto di *leasing* avrebbe una causa di finanziamento (R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 314 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, *Le obbligazioni e i contratti*, Cedam, Padova, 1990, pp. 116 ss.; di recente V. VITI, *La locazione finanziaria*, cit., p. 69 ss.); *contra*, G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 19 ss., in quanto non vi è un'erogazione diretta di un capitale dal concedente all'utilizzatore; nel senso che la funzione di finanziamento connota l'operazione negoziale nel suo complesso T. RUMI, *Il leasing «al consumo»*, in

A dispetto di alcune voci dottrinali contrarie<sup>542</sup>, la destinazione dell'immobile ad uso abitativo dell'utilizzatore fa sì che quest'ultimo vada qualificato come consumatore, trattandosi di un soggetto che agisce per scopi personali, estranei ad un'attività imprenditoriale o professionale, con conseguente applicazione della tutela prevista dagli artt. 33 ss. cod. cons. Non depone per la necessaria qualifica di consumatore, invece, l'art. 1, comma 79, l. 208/2015<sup>543</sup>, in quanto la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato o di un rapporto tra quelli elencati dall'art. 409 c.p.c. è un requisito eventuale, necessario solo per beneficiare della sospensione del pagamento dei canoni.

Si può parlare di una "consumerizzazione"<sup>544</sup> del *leasing*, che, nato come contratto *b2b*, è qualificabile come contratto del consumatore quando ha ad oggetto immobili residenziali; si tratta, però, non di un consumatore astratto, ma di un consumatore che, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, viene riconosciuto bisognoso di tutela, potendo beneficiare di una moratoria del pagamento dei canoni senza incorrere in responsabilità per il ritardo nell'adempimento.

In passato, una parte della dottrina riteneva nullo, per immeritevolezza, il *leasing* avente ad oggetto beni non strumentali all'esercizio d'impresa, ma destinati al soddisfacimento di esigenze personali dell'utilizzatore. Si sosteneva, infatti, che l'utilizzatore dovesse necessariamente essere soggetto esercente un'attività d'impresa o professionale, in quanto un *leasing* stipulato da un consumatore, quale contratto atipico, non avrebbe superato il vaglio della meritevolezza di tutela, essendo idoneo, esclusi i

---

*Nuove leggi civ. comm.* 2013, 4, p. 860; cfr. O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 135, che parlano di *funzione finanziaria*. Non depone a favore di una causa di finanziamento la previsione di una banca o di un intermediario finanziario quale parte necessaria del contratto (in tal senso invece V. VITI, op. ult. cit., p. 72); ciò si giustifica semplicemente per il fatto che il *leasing*, ai sensi dell'art. 3, lett. a), d.m. 29/2009, attuativo dell'art. 106, comma 3, t.u.b., costituisce un'attività finanziaria riservata, e la disposizione, del resto, ricomprende anche la fideiussione e il rilascio di garanzie tra le attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, che pacificamente non hanno causa di finanziamento

<sup>542</sup> In tal senso, ma senza fornire alcun argomento persuasivo, S. BONFATTI, *Dal leasing abitativo giovanile la riforma della locazione finanziaria*, in *Riv. dir. banc.*, [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), 2/2016, pp. 1-2. Nel senso sostenuto nel testo D. POLETTI, "Forme" del godimento con vocazione traslativa: appunti sul leasing immobiliare traslativa, cit., p. 62. L'acquisto di un immobile non abitativo, invece, dovrebbe escludere la qualifica di consumatore e rendere applicabile la diversa disciplina del *leasing* finanziario (l. 124/2017).

<sup>543</sup> In tal senso, invece, D. POLETTI, "Forme" del godimento con vocazione traslativa, op. ult. cit., *ibidem*.

<sup>544</sup> Di consumerizzazione del diritto dei contratti, come fenomeno parallelo alla commercializzazione del contratto, parla P. SIRENA, *La categoria dei contratti di impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 4, p. 426.

benefici fiscali, a procurare gli stessi vantaggi che deriverebbero dalla conclusione di un contratto tipico, quale la locazione o la vendita con riserva di proprietà<sup>545</sup>.

Alcune pronunce isolate della giurisprudenza aggiungevano che un *leasing* al consumo sarebbe stato nullo per l'illiceità derivante dall'elusione delle norme imperative poste dall'art. 1526 c.c. a tutela della parte debole<sup>546</sup>, data la prassi delle imprese di pattuire l'acquisizione dei canoni pagati in caso di inadempimento dell'utilizzatore.

Si trattava di una visione dirigistica e illiberale dell'autonomia privata, dato che un contratto non è immeritevole solo perchè la stessa funzione può essere perseguita con un altro contratto, non imponendo il Codice una necessaria corrispondenza tra interesse perseguito e struttura negoziale adoperata<sup>547</sup>. Tale indirizzo, inoltre, si basava su un presupposto (l'identità tra interessi perseguiti col *leasing* e quelli perseguiti con negozi tipici) errato: l'utilizzatore, infatti, ha interesse a ricorrere al *leasing*, invece che alla vendita con riserva di proprietà o alla locazione vendita (art. 1526, comma 3, c.c.) per riservarvi, alla fine del rapporto contrattuale, uno *spatium decidendi* sull'eventuale

---

<sup>545</sup> G. AQUARO, *Contratto di leasing e nuova disciplina sulla vendita dei beni di consumo*, in *Vita not.*, 2004, 1, pp. 462 ss.; in tal senso, v. V. BUONOCORE, *Voce «Leasing»*, in *Noviss. dig. it., app.*, Utet, Torino, 1983, pp. 798, nt. 3

<sup>546</sup> APP. MILANO, 16 Novembre 1979, in V. BUONOCORE, A. LUMINOSO (a cura di), *Contratti d'impresa*, II, Giuffrè, Milano, 1993, p. 1504; v. anche TRIB. MILANO, 15 Maggio 1978, in V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, op. ult. cit., p. 1499, per il quale un *leasing* avente ad oggetto un bene di consumo deve soggiacere all'applicazione analogica degli artt. 1525 e 1526 c.c. La vicenda riguardava la stipulazione di un contratto di *leasing* avente ad oggetto un autovettura, bene non strumentale all'esercizio dell'impresa dell'utilizzatore e idoneo a mantenere gran parte del suo valore alla scadenza del contratto. Secondo l'art. 1526 c.c., in caso di inadempimento il compratore ha comunque diritto alla restituzione delle rate versate al compratore (comma 1) e, qualora sia concordato che le rate restino acquisite al venditore a titolo di indennità, il giudice può ridurre tale indennità (comma 2), anche nel caso in cui il contratto sia strutturato come locazione con opzione di acquisto (comma 3).

<sup>547</sup> V. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 227 ss., spec. p. 251: «Ma a norma dell'art. 1322 c.c., l'interesse realizzabile mediante il contratto non è soltanto quello che corrisponde alle strutture tipiche [...] Il contratto può, infatti, anche realizzare interessi nuovi e diversi, purché siano meritevoli di tutela; e la realizzazione di questi interessi nuovi e diversi si può attuare, sia attraverso l'attribuzione di una nuova funzione alle strutture già tipiche, sia attraverso la creazione di nuove strutture». Tale impostazione è confermata dalla teoria della causa in concreto, accolta dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti, per la quale il *focus* del giudizio causale non riguarda l'utilizzo di uno schema tipico, ma l'interesse concretamente perseguito tramite esso, il quale nel caso concreto può essere diverso da quello astrattamente connesso a quel tipo. V. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 410 ss. Nel senso della corrispondenza tra tipo e interesse perseguito v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ed. II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994, p. 170 ss.

acquisto della proprietà del bene<sup>548</sup>, il quale negli schemi di cui agli artt. 1523 e 1526, comma 3 c.c., invece, è conseguenza automatica del pagamento delle rate.

Dal momento dell'attuazione in Italia della dir. 93/13, poi, è divenuto fallace anche l'argomento dell'elusione della tutela della parte debole, posto che la stipula di un *leasing* al consumo, al posto di una vendita *ex art.* 1523 c.c., soggiace alla disciplina protettiva di cui agli artt. 33 s.s. cod. cons., ed eventuali clausole, attributive al concedente del diritto di trattenere una somma sproporzionata in caso di inadempimento, sarebbero da ritenersi vessatorie *ex art.* 33, comma 2, lett. f)). Ben prima della sua tipizzazione, dunque, poteva escludersi che il *leasing* al consumo costituisse contratto in frode alla legge, *ex art.* 1344 c.c., poiché la sua stipulazione non realizza un risultato equivalente a quello che le norme imperative di cui all'art. 1526 c.c. vogliono impedire<sup>549</sup>.

La meritevolezza del *leasing* al consumo, in ogni caso, è stata riconosciuta dal legislatore ben prima della positivizzazione del *leasing* abitativo. Già il vecchio art. 121, comma 4 lett. f) t.u.b., escludendo l'applicazione degli artt. 121-128 t.u.b., nella formulazione originaria, ai contratti di locazione nei quali era espressamente esclusa l'opzione di acquisto del bene locato, *a contrario* applicava le stesse disposizioni al *leasing* stipulato da un consumatore, quest'ultimo definito dall'art. 121 comma 1, t.u.b., nella versione originaria<sup>550</sup>.

Ancora più significativo, poi, è l'art. 125 *quinquies*, comma 3, t.u.b., poiché tale disposizione ha un'utilità solo in quanto esprime la volontà del legislatore di regolare esplicitamente il *leasing*, dato che, in realtà, non esprime alcun contenuto innovativo rispetto ai principi generali: divenuta impossibile la prestazione del concedente di messa a disposizione del bene, per effetto della risoluzione del contratto di fornitura, discenderebbe già dall'art. 1463 c.c. che non è dovuta la prestazione dell'utilizzatore, come pure è logico che a chiedere la risoluzione del contratto di fornitura sia il concedente, che di quel contratto è parte<sup>551</sup>.

---

<sup>548</sup> V. O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, cit., p. 130: «invece di incanalarsi nei binari tracciati dall'art. 1423 e ss., che, se si pagano le rate, hanno come sbocco finale e fatale l'acquisto della proprietà, esso [il *leasing*] imbocca una via diversa ed originale, di cui tale punto di arrivo non è né inevitabile né scontato, bensì legato a una scelta di convenienza del concessionario». In tal senso V. VITI, cit., p. 116; cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 400-401.

<sup>549</sup> Sul contratto in frode alla legge v. V. ROPPO, op. ult. cit., pp. 390-392; v. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, cit., pp. 581-583.

<sup>550</sup> Nel senso della tipizzazione del *leasing* al consumo con l'art. 121, comma 4, lett. f), t.u.b., G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, ed. III, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 86-87.

<sup>551</sup> T. RUMI, *Il leasing «al consumo»*, cit., p. 862.

Seppure in termini dubitativi, alcuni prospettano una sussunzione del *leasing* nell'ampia definizione di contratto di credito immobiliare di cui all'art. 120 *quinquies*, comma 1, lett. c), t.u.b.<sup>552</sup>. Tale dubbio va risolto in senso positivo, data l'ampiezza della definizione, che, come il credito al consumo<sup>553</sup>, rende quella sul credito immobiliare una normativa transtipica: il *leasing*, infatti, rientra tra i contratti coi quali il finanziatore concede al consumatore un credito finalizzato all'acquisto della proprietà di un immobile, credito in tal caso rappresentato dalla dilazione del pagamento del prezzo di acquisto, tramite la corresponsione periodica dei canoni.

Ne dovrebbe conseguire l'applicazione al *leasing* immobiliare abitativo delle disposizioni di cui agli artt. 120 *septies* ss. t.u.b., comprese quelle sugli obblighi informativi, che andrebbero a completare la scarna disciplina prevista dalla l. 208/2015, ma non quelle incompatibili con la struttura del contratto: data la permanenza della proprietà del bene in capo al concedente, non ha senso porsi un problema di stipulabilità di un patto marciano (ai sensi dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b.)<sup>554</sup> e di trasferimento al creditore del bene immobile del debitore, in caso di inadempimento di quest'ultimo.

A differenza di quanto prevedono gli artt. 120 *quinquiesdecies* e 48 *bis* t.u.b., tuttavia, l'art. 1, comma 78, l. 208/2015 non prevede alcuna soglia di rilevanza dell'inadempimento, e tale scelta è stata giustamente additata di incoerenza, dato che, mentre nell'art. 48 *bis* t.u.b. finanziato è un imprenditore, nel *leasing* abitativo finanziato è un consumatore, soggetto più esposto ad abusi del finanziatore<sup>555</sup>. Va rilevato, tuttavia, che, se per la Corte di giustizia sono abusive clausole di esigibilità anticipata di capitale e interessi in caso di inadempimento di una sola rata di mutuo<sup>556</sup>, lo sarebbero anche eventuali clausole del *leasing* abitativo che attribuissero al concedente il diritto di risolvere il contratto in caso di inadempimento di un solo canone; conclusione che deriva anche dall'identità degli effetti dell'inadempimento, che ai sensi dell'art. 1, comma 78, l.

---

<sup>552</sup> D. POLETTI, "Forme" del godimento con vocazione traslativa, cit., p. 64.

<sup>553</sup> Definisce transtipica la normativa di cui alla dir. 2008/48/CE L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori*, cit., p. 788.

<sup>554</sup> Prospetta, invece, la possibilità di un'applicazione dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. al *leasing* D. POLETTI, op. ult. cit., *ibidem*.

<sup>555</sup> D. POLETTI, op. ult. cit., *ibidem*.

<sup>556</sup> CGUE, 26 Marzo 2019, *Abanca corporaciòn Bancaria*, cause C-70/17 e C-179/17, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), commentata da A. IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 424 ss.

208/2015<sup>557</sup> comporta l'esigibilità anticipata dei canoni a scadere e del prezzo di opzione. In tale prospettiva si consegue un effetto equivalente a quello che deriverebbe dall'applicazione al *leasing* dell'art. 1525 c.c.<sup>558</sup>, il quale, tuttavia, non è applicabile data la diversità tra i due tipi contrattuali.

La "consumerizzazione" del *leasing*, ma soprattutto la possibilità di usufruire della menzionata moratoria dal pagamento dei canoni (art. 79), con riconoscimento di un'impossibilità temporanea di adempiere, si traducono nel riconoscimento della rilevanza della situazione di debolezza economica del consumatore, che si aggiunge alla tradizionale asimmetria informativa col professionista.

Più in generale, nei servizi di credito è possibile evidenziare il superamento di una *tutela standard* del consumatore medio, ragionevole e avveduto, in favore di un modello di tutela differenziato in base alla diversa vulnerabilità del consumatore, pur in assenza di una classificazione espressa delle categorie di consumatori analoga a quella formulata dalle direttive MiFID I e II con riferimento ai clienti dei servizi di investimento<sup>559</sup>.

Si tratta di una frammentazione della tutela *interna* alla categoria del consumatore, diversa dalla già segnalata segmentazione della disciplina di trasparenza in ragione della qualifica soggettiva del cliente o del tipo di operazione<sup>560</sup>. Ciò è emerso, in particolare,

---

<sup>557</sup> Art. 78, l. 208/2015: «In caso di risoluzione del contratto di locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed e' tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene avvenute a valori di mercato, dedotta la somma dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere attualizzati e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto. L'eventuale differenza negativa e' corrisposta dall'utilizzatore al concedente. Nelle attivita' di vendita e ricollocazione del bene, di cui al periodo precedente, la banca o l'intermediario finanziario deve attenersi a criteri di trasparenza e pubblicita' nei confronti dell'utilizzatore».

<sup>558</sup> Art. 1525 c.c.: «Nonostante patto contrario, il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto, e il compratore conserva il beneficio del termine relativamente alle rate successive».

<sup>559</sup> Ai sensi dell'art. 6, comma 2, t.u.f., gli obblighi di comportamento dei prestatori di servizi di investimento sono modulati in ragione delle differenti esigenze di tutela degli investitori. In particolare, il t.u.f. distingue tra cliente al dettaglio e cliente professionale, prevedendo che determinate norme siano disapplicate, in tutto o in parte, in presenza di un cliente professionale: A. PERRONE, *Il diritto del mercato dei capitali*, ed. I, Giuffrè, Milano, 2016, p. 202. Non costituisce invece un'ulteriore tipologia di cliente la categoria di controparte qualificata: data la connessione tra i soggetti riconducibili alla nozione (identici a quelli identificabili come clienti professionali di diritto) e i servizi di investimento a carattere esecutivo, tale categoria è funzionale soltanto alla disapplicazione delle regole di comportamento nelle operazioni intercorrenti tra soggetti professionali che negoziano paritariamente. Così A. PERRONE, op. ult. cit., p. 203.

<sup>560</sup> Ed infatti, la disciplina generale di trasparenza (artt. 115 ss. t.u.b.), è applicabile ai servizi erogati a tutti i clienti ma non ai servizi di credito ai consumatori o ai servizi di pagamento. Tale segmentazione delle tutele è stata segnalata da R. NATOLI, *La tutela del cliente finanziariamente analfabeta tra irrazionalità del mercato e paternalismo liberale*, in A. M. BENEDETTI, I. QUEIROLO, L. CARPANETO (a cura di), *La tutela dei*

sia dalla disciplina degli obblighi esplicativi del contenuto del contratto, sia da quella degli obblighi di cooperazione in caso di inadempimento del contratto di credito o di *leasing*, modulabili in base al *need of protection* del consumatore; anche la disciplina del microcredito, infine, si differenzia a seconda della condizione di vulnerabilità economico-sociale dei sovvenuti.

Si tratta di un ulteriore elemento di omogeneità tra le normative dei servizi di credito e di investimento, che corrobora la tesi di un'identità tra le *rationes* di tali normative<sup>561</sup>; occorre accertare, però, che tale ipotesi di lavoro sia confermata dall'analisi della disciplina dei servizi di conto corrente. Come dimostrano ricerche empiriche, del resto, un aumento dell'inclusione finanziaria postula anche una maggiore personalizzazione dell'offerta di credito<sup>562</sup>; in tal senso depongono lo sviluppo di nuove tecnologie, che permettono una valutazione del merito creditizio più personalizzata, l'utilizzo di strutture contrattuali più flessibili, come il *leasing* e una differenziazione delle condizioni normative ed economiche del servizio a seconda della situazione economica del consumatore.

---

*soggetti deboli tra diritto internazionale, dell'Unione europea e diritto interno*, Aracne, Roma, 2012, p. 163 ss.

<sup>561</sup> R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, cit., pp. 150-163.

<sup>562</sup> I clienti a basso reddito prediligono prodotti di credito flessibili nei termini e basati sull'utilizzo di nuove tecnologie: v. R. LEVY, A. SCHUTTE, *2011 Underbanked Seizing Market Study*, 2011, CFSI, [www.cfsinnovation.com](http://www.cfsinnovation.com); WOLKOWITZ, *2013 Underserved Market Size*, 2014 CFSI, [www.cfsinnovation.com](http://www.cfsinnovation.com); l'eccessiva rigidità delle condizioni di finanziamento accordate dalle banche porta spesso gli immigrati a preferire le società finanziarie: *Inclusione finanziaria e mercato del migrant banking, aspetti e criticità del mercato, esperienze nazionali e internazionali, proposte di sviluppo*, progetto cofinanziato da UE e Ministero dell'Interno italiano, p. 7, in [http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/21/0539\\_Rapporto-inclusioneфинanziaria\\_migranti.pdf](http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/21/0539_Rapporto-inclusioneфинanziaria_migranti.pdf)



## CAPITOLO IV

### L'ACCESSO AL CONTO CORRENTE DEI CONSUMATORI SOCIALMENTE SVANTAGGIATI.

#### 1. *Premessa. L'accesso al conto come strumento di inclusione sociale.*

Come si tenterà di dimostrare, le conclusioni raggiunte nel capitolo precedente si possono estendere anche alla disciplina dei conti di pagamento, nella quale la tutela non solo è diversamente modulabile in base alla sussistenza o meno della qualifica di consumatore in capo al cliente, ma si differenzia ulteriormente in presenza di consumatori vulnerabili (v. *infra*, par. 4).

A differenza del contratto di mutuo, nel quale rileva la solvibilità del sovvenuto – tanto che per la giurisprudenza si tratta di contratto *intuitu personae* –, nel contratto di conto corrente rileva la diligenza della banca nell'esecuzione del c.d. “servizio di cassa”.

E' pacifico che oggetto del contratto di conto corrente sia tale servizio, consistente nell'esecuzione operazioni di pagamento, per conto del cliente, a mezzo assegno, a ricevere rimesse per cassa e bonifici, e ad eseguire ordini di giro<sup>563</sup>. La questione della natura giuridica del contratto di conto corrente bancario, che ha diviso chi, da un lato, ne sosteneva la riconducibilità al mandato, e chi, dall'altro, lo assimilava ad un appalto di servizi<sup>564</sup>, aveva un senso per ricostruirne la disciplina a fronte della mancata tipizzazione

---

<sup>563</sup> V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, cit., pp. 28 ss.; G. FERRI, *Voce Conto corrente di corrispondenza*, cit., p. 667.

<sup>564</sup> Qualifica il conto corrente bancario come contratto innominato misto, costituito da più prestazioni che si coordinano attorno ad una prestazione principale di mandato, G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XXXV, t. I, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 379-382; parzialmente diversa la tesi di G. FERRI, *Voce Conto corrente di corrispondenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 667-668, per il quale il conto corrente consiste in un collegamento negoziale tra un mandato e un altro contratto costitutivo della disponibilità monetaria essenziale al servizio di cassa (apertura di credito o deposito). Pur aderendo alla tesi del collegamento negoziale (tipico), sostiene, invece, la tesi dell'appalto di servizi V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, cit., pp. 41-52, in quanto la banca con l'esecuzione degli ordini del cliente compierebbe un'attività materiale e non giuridica, come invece implica il mandato. La tesi si basa un presupposto controverso, ovvero la natura di fatto giuridico dell'adempimento di un'obbligazione. Cfr. F. PIRAINO, *Il conto corrente bancario*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, cit., pp. 44 ss. Senza pretesa di esaustività, ritiene l'adempimento un fatto giuridico F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, cit., p. 2; ritiene invece l'adempimento un atto giuridico F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., pp. 469-470. Esclude la natura negoziale dell'adempimento C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1990, pp. 263 ss, argomentando dalla possibilità di un adempimento in assenza di capacità (art. 1191 c.c.). Va considerato, tuttavia, che, in base alla Relazione del Guardasigilli al Libro delle obbligazioni (n. 78) il pagamento in tal caso non è ripetibile perché «a prescindere dalle controversie sulla sua natura giuridica [...] il creditore può sempre affermare di aver ricevuto il suo, e non

da parte del c.c., sebbene si sia sostenuto che dagli artt. 1852 s.s. potesse ricavarsi un principio di tipicità. La questione, invece, non ha ora alcuna rilevanza pratica, dato che, secondo le direttive comunitarie (PSD, PSD2, PAD<sup>565</sup>), esso è un contratto quadro relativo a servizi di pagamento, soggetto alla dettagliata disciplina di cui agli artt. 126 *bis*-126 *vicies-sexies* t.u.b., che confermano definitivamente l'avvenuta tipizzazione del contratto di conto corrente bancario, sciogliendo i dubbi che residuavano di fronte ai vaghi cenni del c.c. alla regolazione in c/c di determinate operazioni bancarie<sup>566</sup>.

Ed infatti, la responsabilità per l'esecuzione degli incarichi del correntista non è più regolata dall'art. 1856 c.c., ma dalle disposizioni speciali di cui al d.lgs. 11/2010, come aggiornate in attuazione della PSD2, ed agli artt. 126-*quinquiesdecies*-126-*septiesdecies* t.u.b. (attuazione della PAD), che, ispirate ad una oggettivizzazione della responsabilità della banca<sup>567</sup>, pongono nel nulla la tesi del c/c bancario come obbligazione di mezzi<sup>568</sup>.

In un'epoca di moneta scritturale, il servizio di cassa, che ha determinato il superamento della concezione reale dell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria<sup>569</sup>,

---

si può dire che la realizzazione esatta del diritto del creditore possa [...] rappresentare un pregiudizio per l'incapace». La dottrina poi ammette che la rappresentanza possa avere ad oggetto non solo atti materiali ma anche il compimento di pagamenti (V. ROPPO, *Il contratto*, cit. p. 250; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 65). In giurisprudenza la tesi del mandato è sostenuta da CASS. 21 aprile 2000 n. 5264, in *Mass. Giust. Civ.*, 2000, 870; *contra*, di recente, A.B.F., Coll. Coord., 2 Ottobre 2019, n. 24360, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it), per il quale nel rapporto di conto corrente manca l'*intuitus personae* tipico del mandato.

<sup>565</sup> DIRETTIVA 2007/64/CE del 13 novembre 2007 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (PSD1); DIRETTIVA 2014/92/UE del 23 luglio 2014 sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base (di seguito PAD); DIRETTIVA 2015/2366/UE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che abroga la direttiva 2007/64/CE (di seguito PSD2).

<sup>566</sup> La tesi dell'avvenuta tipizzazione del contratto di conto corrente bancario ad opera del c.c. è sostenuta da V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, cit. pp. 14 ss., per il quale c/c bancario troverebbe un principio di disciplina negli artt. 1852 ss.; ID., op. ult. cit., pp. 52 ss. e p. 39, afferma che l'art. 1852 c.c., esplicitando il collegamento necessario tra conto corrente bancario e gli altri contratti bancari, definirebbe i contorni della fattispecie contrattuale in esame.

<sup>567</sup> S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei "conti di pagamento" alla luce dell'armonizzazione attuata con la Payment Account Directive*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, 6, p. 810.

<sup>568</sup> La tesi era sostenuta da V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, cit., pp. 41 ss. che interpretava il rinvio dell'art. 1856 c.c. alla diligenza del mandatario come attenuazione della rigorosa responsabilità dell'appaltatore; la tesi è criticata, con argomenti diversi da F. PIRAINO, *Il conto corrente bancario*, cit., pp. 45 ss., in quanto, per l'A., la stessa distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato è controversa.

<sup>569</sup> Per la dottrina, infatti, ha efficacia solutoria non più solo la *traditio* di una somma di denaro ma anche l'accreditamento di una somma disponibile in un conto corrente bancario: v. A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, cit., pp. 269-282 nonché la dottrina e la giurisprudenza già citata (cap. I, par. 1, nota 5).

riveste un'importanza fondamentale per l'inclusione sociale di soggetti come gli immigrati, permettendogli di effettuare pagamenti di importi elevati e di ricevere somme di danaro; basti pensare alla recente introduzione del divieto per i datori di lavoro di corrispondere la retribuzione al lavoratore per mezzo di denaro contante, qualunque sia il tipo di lavoro instaurato e l'importo<sup>570</sup>. L'accesso ad un conto corrente bancario, inoltre, è condizione per l'accesso al credito: non solo l'accredito dei capitali mutuati presuppone l'apertura di un conto corrente bancario, ma l'apertura di credito è prevalentemente regolata in conto corrente<sup>571</sup>.

L'accesso al conto corrente, ancora, permette agli immigrati di trasferire denaro ai propri familiari all'estero, contribuendo al loro sostentamento, a condizioni economicamente più accessibili rispetto a quelle applicabili ai servizi di rimessa. Il servizio rimessa di denaro è eseguito dai cc.dd. *money transfer operators* senza l'apertura di un conto a nome del pagatore o del beneficiario (artt. 1, comma 1, lett. n), d.lgs. 11/2010 e 4, n. 22, dir. 2015/2366), utilizzando denaro contante c.d. *cash in/cash out*; si crea così un rapporto contrattuale che si estingue con l'esecuzione dell'operazione<sup>572</sup>. Dato il maggiore rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, però, l'art. 49, comma 2, d.lgs. 231/2007 non consente di trasferire con il servizio di rimessa somme di denaro superiori ad Euro 1.000; ciò comporta, quindi, il necessario frazionamento in più *tranches* delle somme da inviare nei paesi di origine.

---

<sup>570</sup> Si tratta dell'art. 1, commi 910 e 911, l. n. 205/2017. Il divieto, valevole anche per i committenti, è presidiato da una sanzione amministrativa pecuniaria. La norma prevede che la retribuzione possa essere versata esclusivamente attraverso una banca o un ufficio postale, con un bonifico sul conto identificato dal codice IBAN indicato dal lavoratore o con strumenti di pagamento elettronico.

<sup>571</sup> Le NUB (norme bancarie uniformi) e il Protocollo del 2000 tra l'ABI e le associazioni dei consumatori, disciplinando la facoltà del cliente di utilizzare la somma messa a disposizione più volte e di ripristinare la disponibilità con successivi versamenti, fanno chiaramente riferimento all'apertura di credito in conto corrente, mentre è sconosciuta alla prassi l'apertura di credito semplice, che non permette di ripristinare la disponibilità con successivi versamenti: F. GIORGIANNI, C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, cit., p. 448 in nota. Le banche, gli istituti di credito o gli intermediario finanziari, tuttavia, non possono subordinare la stipula di un contratto di mutuo all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario, trattandosi di una pratica commerciale scorretta ai sensi dell'art. 21, comma 3-bis cod. cons.

<sup>572</sup> S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei "conti di pagamento"*, cit., p. 805, il quale osserva che, mentre il conto di pagamento, essendo un contratto di durata, contiene un programma contrattuale di esecuzione continuativa di servizi di pagamento, la rimessa è un servizio di pagamento offerto occasionalmente.

Dati empirici, inoltre, indicano che l'utilizzo del servizio di rimessa presenta costi sensibilmente superiori rispetto all'invio di denaro all'estero tramite un conto corrente<sup>573</sup>.

Tale conclusione vale *a fortiori* a seguito dell'introduzione dell'art. 25-*novies* del D.L. n. 119/2018 (conv. con l. 136/2018), che ha istituito un'imposta dell'1,5% sui trasferimenti di denaro verso paesi non appartenenti all'Unione europea: poiché la disposizione si applica alle sole rimesse effettuate dagli istituti di pagamento (*money transfer operator*) di cui all'art. 114-*decies* t.u.b., ma non agli altri operatori, come le banche e Poste Italiane s.p.a.<sup>574</sup>, che offrano servizi analoghi tramite o senza conti correnti, ciò renderà più costoso e meno conveniente il servizio di rimessa dei *money transfer*.

Per i motivi esposti, dunque, è fondamentale garantire agli immigrati la fruizione del conto corrente, tenendo conto che non vi sono pericoli per la stabilità del sistema bancario connessi all'accesso universale al conto corrente bancario, a differenza dell'accesso indiscriminato al credito. Che si qualifichi il conto corrente bancario come collegamento negoziale o come contratto misto, esso presuppone un contratto costitutivo di una disponibilità di denaro per il servizio di cassa; non dovendo trattarsi necessariamente di un'apertura di credito, ma anche di un deposito, però, non vi è un legame necessario tra accesso al conto e sovraindebitamento.

La diversità ontologica tra conto corrente e credito, dunque, spiega le diverse scelte adottate dal legislatore europeo in materia di accesso al conto corrente bancario.

---

<sup>573</sup> D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, VI rapporto*, 2017, cit., p. 55, ove si evidenzia che, mentre il costo medio del servizio ammonta al 3,57 % della somma inviata se si utilizza un c/c, utilizzando il sistema *cash in/cash out* tale costo ammonta al 6, 58%. Secondo dati della World Bank, il costo di una rimessa ammonta al 9% se il paese di destinazione si trova nell'Africa subsahariana, mentre tale costo ammonta addirittura al 18, 7% della somma inviata se il luogo di destinazione si trova nell'Africa meridionale: WORLD BANK GROUP, *Migration and remittances. Recent Developments and Outlooks*, April 2019, p. 24, in [www.worldbankgroup.org](http://www.worldbankgroup.org). A livello globale, in generale, il costo di invio di rimesse supera il 3%, in contrasto con l'obiettivo prefissato dall'ONU con i Sustainable Developments Goals di ridurre entro il 2030 i costi di transazioni per le rimesse al di sotto del 3% (UNITED NATIONS, *The 2030 Agenda For Sustainable Development*, p. 23, in [sustainabledevelopment.un.org](http://sustainabledevelopment.un.org)). Basti pensare che il costo di invio del denaro verso i paesi del Sud America ammonta in media al 6, 3%, mentre per le rimesse verso il Nord Africa e il Medio oriente provenienti da alcuni dei maggiori paesi OCSE, come Regno Unito e Germania, il costo supera abbondantemente 10%: v. WORLD BANK GROUP, *Migration and remittances*, cit., p. 18 ss.

<sup>574</sup> Per il carattere discriminatorio del provvedimento, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in esercizio del potere di segnalazione di cui all'art. 21 l. 287/1990, nell'adunanza del 30 gennaio 2019 ha formulato alcune osservazioni in merito alle criticità concorrenziali derivanti dall'art. 25-*novies*, d.l. 119/2018: AGCM, *Bollettino settimanale*, anno XXIX-n. 7, 18 Febbraio 2019, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).

2. *Verso l'accesso universale al conto corrente: la necessità di maggiori limiti all'autonomia privata.*

Sin dallo studio commissionato nel 2010, l'UE ha valutato le possibili opzioni legislative per assicurare un accesso universale al conto corrente di tutti i consumatori legalmente residenti nell'Unione Europea; dallo studio emerse la disomogeneità delle legislazioni nazionali, dato che, all'epoca, solo Francia, Belgio e Cipro avevano introdotto un obbligo *ex lege* di offrire un conto di base a tutti i consumatori<sup>575</sup>.

In quella sede si evidenziò, tra le cause dell'esclusione finanziaria degli immigrati, l'impossibilità dei cittadini extracomunitari di fornire sufficiente documentazione per stipulare il contratto di conto corrente<sup>576</sup>, ma soprattutto l'inefficacia di soluzioni di mercato, dato lo scarso interesse dei prestatori di servizi di pagamento (d'ora in poi PSP) a fornire conti poco remunerativi ai consumatori con esigenze di base<sup>577</sup>; era necessario, dunque, un intervento legislativo che gli imponesse un obbligo di servizio universale<sup>578</sup>.

Nei paesi ove la fornitura del c/c di base era lasciata a codici volontari di condotta, infatti, il numero di c/c aperti era inferiore a quello dei paesi ove vigeva un obbligo *ex lege* di fornitura di tale servizio: emblematica in tal senso è la vicenda italiana.

La sez. III, par. 4, delle Disposizioni sulla "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti", emanate il 29 luglio 2009, prevedeva la facoltà delle banche di offrire un conto di pagamento di base, denominato "Conto corrente semplice" (CCS), il cui contenuto veniva definito dalla Banca d'Italia in sede regolamentare *ex art.* 117, comma 8, t.u.b.

---

<sup>575</sup> EUROPEAN COMMISSION, DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Study on the costs and benefits of policy actions in the field of ensuring access to a basic bank account*, pp. 21 ss.

<sup>576</sup> EUROPEAN COMMISSION, op. ult. cit., pp. 11-13.

<sup>577</sup> E' noto che gli intermediari hanno interesse a prestare servizi aggiuntivi sul c/c, come le aperture di credito o la possibilità di sconfinamenti, applicando numerose commissioni per tali servizi, come la commissione di massimo scoperto nelle aperture di credito, o la commissione di istruttoria veloce per gli sconfinamenti sul conto. L'inserimento di clausole che, anche nei contratti di deposito in conto corrente bancario che non prevedevano la possibilità di effettuare ordini allo scoperto, addebitavano un costo per i pagamenti effettuati oltre le somme disponibili, ha spinto il legislatore ad intervenire dapprima con L. 2/2009, poi con il d.l. 201/2011 (conv. in l. 214/2011) che ha introdotto nel t.u.b. l'art. 117-bis t.u.b., che limita l'ammontare della commissione di massimo scoperto (0,5% per trimestre) e della commissione di istruttoria veloce, che va determinata in misura fissa e in base ai costi. Sul punto v. *amplius* F. GIORGIANNI, C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, cit., pp 453-455.

<sup>578</sup> EUROPEAN COMMISSION, DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Study on the costs and benefits of policy actions*, cit., pp. 11-13.

Come dimostrano dati empirici, però, tale strumento ha fallito nell'obiettivo di aumentare l'inclusione finanziaria<sup>579</sup>. Si trattava, infatti, di un prodotto poco remunerativo per i PSP, in quanto prevedeva un canone fisso, comprensivo di un numero determinato di operazioni di scritturazione contabile e di servizi, ed escludeva l'addebito di qualsiasi altra spesa, onere o commissione al cliente, compresi quelli dell'informativa trimestrale.

Era evidente, dunque, che l'introduzione di tale c/c non avrebbe soddisfatto la domanda del mercato in assenza di un obbligo a contrarre, il quale è lo strumento tipico per garantire effettivamente agli utenti l'erogazione di determinati servizi, attribuendogli un diritto soggettivo alla prestazione<sup>580</sup>. In base all'accordo del 28 ottobre 2009 tra l'ABI e le associazioni dei consumatori, poi, il canone annuo onnicomprensivo e il tasso di interesse creditore erano affidati alla libera determinazione dei PSP, auspicandosi solo che applicassero alla clientela condizioni di favore; sebbene il principale motivo del fallimento del CCS fosse la mancata pubblicità di tale servizio<sup>581</sup>, emergeva, però, un quadro in cui nessun limite all'autonomia privata dei PSP era concretamente operante, né all'an nè al *quomodo* della stipula del contratto di c/c. Tale schema veniva intaccato solo in parte dalla Raccomandazione della Commissione del 18 Luglio 2011 sull'accesso a un conto di base (2011/442/UE).

Ed infatti, non solo la natura non vincolante di tale atto lasciava intatta la libertà dei PSP di offrire un conto di pagamento di base, ma il regime delle spese per l'apertura, la gestione, la chiusura del conto o per i servizi in esso compresi era ispirato ad generico principio di ragionevolezza. Il regime delle spese, in particolare, avrebbe dovuto ispirarsi, alternativamente, 1) al livello di reddito nazionale, 2) alla media delle commissioni

---

<sup>579</sup> V. V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, cit., p. 66 in nota.

<sup>580</sup> Secondo la tesi prevalente l'obbligo a contrarre non ha ad oggetto solo la prestazione al consenso, ma anche l'erogazione del servizio e la prestazione del bene: P. BARCELLONA, *Intervento statale*, cit., pp. 69-70, osserva, infatti, che il criterio dei mezzi ordinari dell'impresa (art. 1679 c.c.) e il dovere di pari trattamento (art. 2579 c.c.) si riferiscono chiaramente all'adempimento della prestazione del bene o del servizio e non alla stipula in sé del contratto; nello stesso senso L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., pp. 113 ss. e ID., *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., pp. 38 ss., il quale, di conseguenza, ammette che in caso di inadempimento dell'imprenditore l'utente possa agire direttamente per l'attuazione coattiva dell'obbligo di fare, ex art. 2930-2931 c.c. (ID., op. ult. cit., pp. 57 ss.). In senso contrario, sostiene che l'obbligo a contrarre abbia ad oggetto solo l'emissione di una dichiarazione negoziale N. VISALLI, *Il contratto imposto*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 203.

<sup>581</sup> V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, cit., p. 67.

applicate ai conti di pagamento nello stato membro, 3) ai costi complessivi sopportati per un conto di pagamento dal prestatore del servizio, e 4) ai prezzi al consumo nazionali.

La varietà e la genericità dei criteri, se recepiti negli ordinamenti, avrebbero lasciato praticamente intatta la discrezionalità dei PSP nel determinare il prezzo del servizio, data anche l'insidacabilità della scelta dell'uno o dell'altro criterio, che, come ammesso dai commentatori, può generare risultati alquanto differenti in termini di spesa per l'accesso al conto<sup>582</sup>. Sebbene la Raccomandazione, per prevenire il sovraindebitamento, escludesse la possibilità dell'esecuzione di operazioni di pagamento oltre i limiti del saldo (escludendo così la concessione di scoperture o di aperture di credito sul c/c), essa lasciava intatta la facoltà dei PSP di recedere alle condizioni previste dall'art. 126 *septies*, comma 2, t.u.b<sup>583</sup>.

I difetti della Raccomandazione sono stati riprodotti nella disciplina italiana di attuazione, la quale (art. 12 d.l. 201/2011, conv. con l. 214/2011) ha disposto l'obbligatorietà per banche, Poste italiane e gli altri PSP dell'offerta di un conto corrente di base (d'ora in poi CCB), le cui caratteristiche erano definite da una convenzione tra il MEF, la Banca d'Italia, l'ABI, Poste italiane e le associazioni dei PSP. La Convenzione, infatti, non solo ha recepito acriticamente i generici criteri di determinazione del canone annuo onnicomprensivo del CCB, ma ha addirittura aumentato la standardizzazione del contenuto del contratto, prevedendo l'esecuzione *ex lege* di un limitato numero di operazioni di pagamento e di prelievo. Tali criticità, unite alla mancata pubblicizzazione dell'offerta del CCB da parte degli intermediari<sup>584</sup>, hanno determinato il fallimento del CCB come strumento per aumentare l'inclusione finanziaria.

Tale disciplina, dunque, si caratterizzava due difetti: la scarsa personalizzazione dell'offerta, dato che il consumatore poteva chiedere l'effettuazione di un numero di operazioni di pagamento superiore, ma non la prestazione di servizi diversi da quelli

---

<sup>582</sup> V. MELI, op. ult. cit., p. 63.

<sup>583</sup> Art. 126 *septies*, comma 2, t.u.b.: «Il prestatore di servizi di pagamento può recedere da un contratto quadro a tempo indeterminato se ciò è previsto dal contratto e con un preavviso di almeno due mesi, secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia».

<sup>584</sup> Come segnala V. MELI, op. ult. cit., p. 71, diversi *report* segnalano la mancata pubblicizzazione del CCB ad opera dei PSP (Circolare n. 371176/12, del 23 agosto 2012, [http://www.bancaditalia.it/vigilanzarelazioni-int-clienti/avvisi/conto\\_di\\_base\\_23\\_agosto\\_2012.pdf](http://www.bancaditalia.it/vigilanzarelazioni-int-clienti/avvisi/conto_di_base_23_agosto_2012.pdf)); v. il sondaggio di Plus24, pubblicato sul Sole24ore del 23 febbraio 2013, reperibile sul sito <http://eventiquattro.ilsole24ore.com/eventi-e-altro/finanza-e-finanziamenti/notizie/2013/02/23/i1-f1op-dei-conti-base-solo-13mila.aspx>); tale prassi, secondo l'autore, dovrebbe considerarsi una pratica commerciale ingannevole (artt. 21 ss. cod. cons.) nella misura in cui si nasconde un prodotto al fine di orientare il consumatore verso prodotti più remunerativi per il professionista.

individuati dalla convenzione (art. 4, comma 5 della Conv. cit.); i pochi vincoli all'autonomia privata dei PSP, data l'ampia discrezionalità nella determinazione del canone annuo e la possibilità di vanificare l'obbligo a contrarre, inserendo nelle condizioni generali di contratto la facoltà di recedere da parte del PSP.

### 3. *Il diritto al conto corrente nella PAD (dir. 2014/92/UE).*

Dato che la Raccomandazione del 2011 era rimasta complessivamente inattuata a livello europeo<sup>585</sup>, il legislatore europeo ha deciso di emanare un atto giuridicamente vincolante per gli Stati membri, la Direttiva 2014/92/UE. Tale provvedimento disciplina alcuni rilevanti aspetti dell'offerta dei "conti di pagamento", riguardanti 1) la comparabilità delle spese relative al conto, 2) il trasferimento del conto e 3) il diritto di accesso al conto di base (CCB). Se l'intervento normativo sui primi due aspetti mira ad aumentare la concorrenzialità del mercato dal lato dell'offerta<sup>586</sup>, l'intervento sul terzo profilo mira direttamente ad aumentare l'inclusione finanziaria dei soggetti esclusi dal circuito bancario. Secondo l'art. 16 della PAD (attuato in Italia con l'art. 126-*noviesdecies* t.u.b.) tutti i consumatori<sup>587</sup> soggiornanti legalmente nell'UE, compresi quelli senza fissa dimora, i richiedenti asilo e quelli privi di permesso di soggiorno ma

---

<sup>585</sup> V. EUROPEAN COMMISSION, *National measures and practices as regards access to basic payment accounts, Follow-up to the Recommendation of 18 July 2011 on access to a basic payment account*, Bruxelles, 2012, p. 19.

<sup>586</sup> Tale obiettivo è perseguito, in particolare, sia in introducendo l'obbligo di adottare la terminologia standardizzata europea in ogni documento ed informativa (art. 126 *undecies*, comma 3, t.u.b.), sia prevedendo l'obbligo dei PSP di partecipare a siti web di confronto delle offerte di conti di pagamento che abbiano caratteristiche di indipendenza (v. U. MALVAGNA, *Art. 126-terdecies. Siti web di confronto*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, cit., pp. 2318 ss. Un ulteriore stimolo alla concorrenza deriva dalla possibilità di trasferire il c/c presso un altro PSP (S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei "conti di pagamento"*, cit., pp. 816 ss.), che presumibilmente offrirà un servizio a costi inferiori rispetto al PSP trasferente; la *ratio* è la stessa della portabilità del mutuo, di cui all'art. 120 *quater* t.u.b.

<sup>587</sup> Il recente ddl 11 Febbraio 2020, n. 1712 ("Disposizioni in materia di utilizzo ed erogazione del rapporto di conto corrente") mira ad introdurre nel Codice civile l'art. 1857-*bis*, in base al quale «la banca non può in nessun caso esimersi dall'apertura di un conto corrente». Stando al tenore letterale della disposizione, dunque, si attribuirebbe un diritto al conto corrente anche ai clienti non qualificabili come consumatori; la genericità della disposizione, tuttavia, è stata criticata in un'audizione da Banca d'Italia in quanto in contrasto con gli obblighi di astensione dalla apertura di un conto corrente in caso di violazioni delle disposizioni antiriciclaggio e antiterrorismo. V. *Audizione nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 1712 "Disposizioni in materia di utilizzo ed erogazione del rapporto di conto corrente". Testimonianza del Capo del Dipartimento Tutela della clientela ed educazione finanziaria della Banca d'Italia Magda Bianco*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).



che non possono essere espulsi, hanno il diritto di aprire il conto di pagamento di base presso un ente creditizio o un PSP.

A differenza del regime *post* d.l. del 2011, sono previsti all'art. 126-*vicies ter* t.u.b. motivi tassativi per il recesso del PSP<sup>588</sup>, al fine di evitare uno svuotamento dell'obbligo a contrarre; dato che il legislatore, inoltre, non ha esercitato la facoltà, prevista dal par. 3 dell'art. 19, dir. 2014/92, di individuare altri casi in cui la banca o il PSP possono recedere dal contratto, l'autonomia privata su tale profilo è fortemente limitata.

Data l'ambiguità della disciplina europea ed italiana su alcuni profili, sembra opportuno ricostruire la *ratio* di tale disposizione, che introduce un obbligo a contrarre, al fine poi di risolvere alcuni dubbi che si sono posti in dottrina.

Com'è noto, un obbligo a contrarre viene imposto dal legislatore in presenza di un mercato monopolistico, come temperamento, a difesa del consumatore, della soppressione della concorrenza<sup>589</sup>, o quando l'offerta del bene o del servizio soddisfa bisogni essenziali dei consumatori, pur non essendo monopolizzata. Le diverse *rationes* sono cristallizzate, rispettivamente, negli artt. 2597 c.c. e 1679 c.c.; ed infatti la dottrina nega un rapporto di *genus a species* tra l'art. 2597 c.c. e l'art. 1679 c.c., dato che quest'ultima disposizione ricollega l'obbligo a contrarre all'esercizio di un pubblico servizio e prescinde dalla presenza di un monopolio legale<sup>590</sup>. Entrambe, tuttavia, sono accomunate dall'identica *ratio* di assicurare la parità di trattamento tra gli utenti dei beni o servizi, cosicché i modi di attuazione della parità previsti da una fattispecie possono estendersi analogicamente all'altra<sup>591</sup>.

---

<sup>588</sup> Il PSP può recedere solo in caso di utilizzo del conto fini illeciti (lett. a), di fornitura di informazioni false da parte del consumatore per accedere al conto (lett. c), di da parte del consumatore dei requisiti soggettivi di accesso al conto (lett. d ed e), per incapacienza del conto protratta per un determinato periodo (lett. b). Per un commento della disposizione v. F. MATTASSOGLIO, *Art. 126 Vicies-ter. Recesso*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico*, cit., pp. 2380 ss.

<sup>589</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice civile, n. 1046.

<sup>590</sup> Così L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 15; ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., pp. 15-19; conformi M. LIBERTINI, P. M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ., XII*, Utet, Torino, 1995, p. 482 e C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., pp. 35 ss.

<sup>591</sup> L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 19; nello stesso senso v. già T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, ed. III, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 57-58, il quale però esclude valore generale al criterio, di cui all'art. 1679 c.c., per stabilire la preferenza tra più richieste simultanee, che si riferisce al percorso maggiore. V. M. LIBERTINI, P. M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 483, che ritiene gli artt. 1679- 2579 c.c. espressione di un'unica

La previsione di un diritto al conto in capo a tutti i consumatori residenti nell'UE, e della fornitura del servizio ad un canone ridotto (coerente col fine dell'inclusione finanziaria, *ex art. 126-vicies bis*) o a titolo gratuito (*ex art. 126 vicies quater*), sono indici di un obbligo di servizio universale in capo alle banche e agli altri PSP, indici tipizzati dall'art. 3, comma 1, dir. 2002/22/CE<sup>592</sup>. L'individuazione delle attività sottoposte a tale regime spetta esclusivamente al legislatore, a seguito di un giudizio di valore sulla necessità di una loro accessibilità generale al pubblico degli utenti<sup>593</sup>.

Ora, un apparente ostacolo all'applicazione della disciplina di cui agli artt. 1679-2597 c.c. potrebbe derivare dal fatto che la prima disposizione si riferisce ai soli servizi pubblici di linea *di trasporto in concessione*, con un'apparente limitazione della sua disciplina in base al tipo di servizio (trasporto di linea) e al suo regime giuridico (concessione). Quanto al primo limite, la necessità di una interpretazione estensiva deriva non solo dalla Relazione al Codice civile<sup>594</sup>, ma soprattutto dall'illogicità di una tutela per i servizi pubblici di linea e non per altri che provvedano ad interessi altrettanto vitali<sup>595</sup>.

Quanto al secondo, esso sarebbe anacronistico vista l'affermazione, nella giurisprudenza, di una concezione oggettiva di servizio pubblico: in tale prospettiva, il soddisfacimento dell'interesse pubblico può essere assicurato anche solo da privati, senza che lo Stato o gli enti pubblici assumano ruoli di prestazione diretta, ma conservando solo poteri di regolazione delle attività private esercitate in concorrenza tra loro, con strumenti correttivi delle energie del mercato (obblighi di servizio pubblico e poteri di determinazione di tariffe più basse di quelle concorrenziali)<sup>596</sup>.

La migliore dottrina, del resto, aveva escluso interpretazioni restrittive dell'art. 1679 c.c. in base alla forma giuridica del servizio, data la sottoposizione anche delle

---

disciplina, poiché, malgrado la diversità di *ratio*, le due norme esprimerebbero il modello di un istituto unitario riguardante le imprese funzionalizzate.

<sup>592</sup> DIRETTIVA 2002/22/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 7 marzo 2002 relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale). La tesi del servizio universale è sostenuta da F. DELL'ISOLA, *Art. 126-noviesdecies t.u.b.*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo II, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, p. 2356; tale conclusione era stata già avanzata da V. MELI, *Il conto corrente di base*, cit., p. 63 con riferimento agli obblighi derivanti dal d.l. 201/2011. Sugli obblighi di servizio universale v. in generale C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., pp. 97 ss.

<sup>593</sup> C. OSTI, op. ult. cit., p. 39.

<sup>594</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli del 4 Aprile 1942, n. 706, che estende la disposizione a qualunque tipo di trasporto, ferroviario, postale, automobilistico.

<sup>595</sup> C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., p. 37.

<sup>596</sup> *Ex multis* TAR LAZIO, 1 Settembre 2014, n. 9264.

amministrazioni alle regole privatistiche, e ne aveva predicato l'estendibilità analogica in quanto norma di principio per i servizi pubblici<sup>597</sup>. Se *la ratio* dell'obbligo a contrarre, dunque, non risiede nella qualifica giuridica dell'obbligato ma nella valutazione di essenzialità del servizio, non vi sono ostacoli all'applicazione degli artt. 1679-2597 c.c. in materia di accesso al conto corrente. Tale inquadramento consente di risolvere agevolmente i dubbi interpretativi sorti, in dottrina, con riferimento all'ambigua disposizione di cui all'art. 126-*noviesdecies* t.u.b., secondo la quale l'obbligo di offerta del conto di base da parte dei PSP sussiste «limitatamente ai servizi di pagamento che essi offrono ai consumatori».

Tale espressione, infatti, costituisce un richiamo al limite dei mezzi ordinari dell'impresa di cui all'art. 1679 c.c.; di conseguenza, contrariamente a quanto ipotizzato in dottrina<sup>598</sup>, nessun obbligo a contrarre sorgerà per il PSP, qualora la sua ordinaria offerta non includa uno dei servizi individuati dal Decr. MEF 70/2018 agli allegati A e B<sup>599</sup>. La conferma di tale interpretazione arriva sia dalle Linee Interpretative dell'Osservatorio sui conti di base<sup>600</sup>, secondo le quali l'obbligo di offerta del CCB riguarda solo i PSP che, nell'ambito della propria offerta, includano *tutti* i servizi di pagamento indicati negli allegati A e B citati, sia dalla dottrina, per la quale l'obbligo a contrarre sorge se l'imprenditore decida di produrre o commerciare i beni o servizi cui si riferisce l'obbligo<sup>601</sup>.

Deve escludersi, dunque, un obbligo a contrarre a geometrie variabili, a seconda dei tipi di servizi offerti dal PSP<sup>602</sup>. Ma v'è di più: l'offerta di un CCB non comprendente

---

<sup>597</sup> L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit. p. 19 ss.; ID., *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., pp. 20-24. Nello stesso senso già P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, cit., p. 90-95, per il quale l'obbligo a contrarre è un riflesso non del rapporto di concessione ma della valutazione di essenzialità del servizio.

<sup>598</sup> Sostiene invece la possibilità di un obbligo a contrarre per quanto riguarda i servizi già offerti, con creazione di un CCB incompleto, F. DELL'ISOLA, *Art. 126-noviesdecies*, cit., p. 2359.

<sup>599</sup> L'elenco dei servizi compresi nel CCB è incluso nel decreto MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, 3 Maggio 2018, G. U. 19/06/2018, serie generale n. 140.

<sup>600</sup> Tali linee guida sono consultabili sul sito [http://www.dt.mef.gov.it/it/attivita\\_istituzionali/sistema\\_bancario\\_finanziario/conti\\_di\\_base/](http://www.dt.mef.gov.it/it/attivita_istituzionali/sistema_bancario_finanziario/conti_di_base/)

<sup>601</sup> Così M. LIBERTINI, P. M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, cit., p. 508.

<sup>602</sup> Ammette invece tale interpretazione F. DELL'ISOLA, *Art. 126-noviesdecies*, cit., p. 2359. L'obbligo a contrarre è comunque escluso, secondo le menzionate Linee guida, laddove il PSP non offra Conti di base in quanto non si trova nelle condizioni di legge che ne impongono l'offerta, ossia: a) rivolge la propria attività in via esclusiva a clienti non consumatori; b) è specializzato in via esclusiva nell'offerta di prodotti bancari e finanziari di investimento, finanziamento o assicurativi che possono prevedere l'apertura di un conto utilizzabile esclusivamente per l'effettuazione di servizi di pagamento connessi a tali prodotti; c) alla

tutti i servizi previsti dall'art. 126 *vicies* t.u.b e dagli Allegati A e B del decreto MEF, recante, però, la denominazione “Conto corrente di base”, potrebbe falsare il comportamento economico dei consumatori, inducendoli in inganno sulle caratteristiche del prodotto, con violazione del divieto di pratiche commerciali ingannevoli (art. 21, comma 1, lett. a) cod. cons.). Tale disposizione, infatti, considera ingannevole ogni pratica che, pur contenendo informazioni corrette, possa sviare il consumatore a causa delle modalità complessive di presentazione; si aggiunga, poi, che è sufficiente uno sviamento anche solo potenziale, attesa la natura di illecito di pericolo che la giurisprudenza riconosce agli illeciti conseguenti a pratiche commerciali scorrette<sup>603</sup>.

Dato che il *target* del CCB è costituito da consumatori non bancabili o socialmente svantaggiati, a conclusioni simili si perviene qualificando tale offerta come omissione ingannevole (art. 22, comma 1, cod. cons.), qualora non indichi espressamente che il CCB non permette tutte le operazioni e servizi previsti *ex lege*. Sebbene l'omissione ingannevole normalmente corrisponda alla mancata indicazione di elementi richiesti dal diritto europeo, quando il parametro di valutazione dell'ingannevolezza di una pratica, in ragione del suo oggetto, è un consumatore vulnerabile, le omissioni rilevanti possono riguardare anche informazioni ulteriori ma essenziali per permettere al consumatore debole di determinarsi consapevolmente<sup>604</sup>.

Tali conclusioni sono poi confermate da un'interpretazione sistematica degli artt. 126-*noviesdecies* t.u.b. ss.: non solo l'art. 126 *vicies semel* t.u.b. dispone espressamente che il CCB contenga almeno le operazioni e i servizi di cui all'Allegato A; opinando altrimenti, inoltre, si dovrebbe ammettere che il consumatore possa aprire un secondo CCB, dato che il rifiuto di contrarre del PSP è legittimo solo se il consumatore sia già titolare di un CCB che permette di usufruire dei servizi all'Allegato A (art. 126-*vicies* t.u.b.).

---

data di entrata in vigore della Convenzione (1.6.2012) non offra uno o più servizi elencati negli allegati A e B della Convenzione medesima; per le banche che operano esclusivamente online e non hanno sportelli sul territorio nazionale, l'offerta del servizio di prelievo allo sportello può intendersi assolta tramite l'offerta del servizio di prelievo tramite ATM.

<sup>603</sup> CONS. STATO, 15 Luglio 2019, n. 4976, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); CONS. STATO, 14 Settembre 2018, n. 5396, ivi, e CONS. STATO, 16 Marzo 2018, n. 1670, ivi. In dottrina V. MELI, “ *Diligenza professionale*”, “ *consumatore medio*” e regola di “ *de minimis*” nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, cit., p. 40.

<sup>604</sup> N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, cit., p. 58.

Ciò posto, l'oggetto dell'obbligo a contrarre va meglio chiarito, dato che manca nel t.u.b. una definizione di conto di pagamento con caratteristiche di base. Dall'art. 2, n. 3, dir. 2014/92/UE, per il quale conto di pagamento è il conto usato per l'esecuzione di operazioni di pagamento, e dalla tipologia di servizi elencati dal Decr. MEF – consistenti nell'esecuzione di pagamenti, prelievi e versamenti – si evince la natura transpica della disciplina europea, secondo un *trend* comune anche alle direttive sul credito al consumo.

Nella nozione di conto di pagamento rientrano più tipi contrattuali, tra cui il conto corrente bancario: il divieto di aperture di credito e di sconfinamenti sul CCB, *ex art. 126 vicies semel* t.u.b., non determina una fuorisciuta del CCB dal tipo “conto corrente”, dato che per la dottrina il contratto costitutivo della disponibilità di denaro del conto può ben essere un deposito bancario. Ed infatti la disciplina del CCB non prevede né l'obbligo di utilizzare le somme nei conti *solo* per l'esecuzione di operazioni di pagamento, né una segregazione tra tali somme e il patrimonio dell'operatore<sup>605</sup>. Tali obblighi si applicheranno, invece, in caso di conti di pagamento di base offerti non da banche o Poste Italiane, ma da istituti di pagamento (IP) e istituti di moneta elettronica (IMEL), soggetti alle disposizioni di cui all'art. 114 *duodecies*, commi 1 e 2, t.u.b.

E' corretta, dunque, la tesi dottrinale per la quale il conto corrente bancario costituisce una delle *species del genus* conto di pagamento<sup>606</sup>, il quale, secondo alcuni, a sua volta costituirebbe un nuovo tipo contrattuale<sup>607</sup>; tale tesi, del resto, è confermata da un provvedimento di Banca d'Italia del 2011, attuativo del d.lgs. 11/2010, secondo il quale rientra nella nozione di conto di pagamento anche il conto corrente bancario o postale nei limiti in cui venga utilizzato per operazioni di pagamento<sup>608</sup>.

Non rientrano nella definizione di conto di pagamento, invece, i conti di risparmio che non consentono di effettuare pagamenti verso terzi o di ricevere somme da questi ultimi. Ad avviso della Corte di giustizia, infatti, tale possibilità rappresenta un elemento

---

<sup>605</sup> Com'è noto, nel deposito bancario le somme depositate divengono di proprietà della banca, che può così impiegarle nell'esercizio del credito, ma questa ha l'obbligo di restituire il *tantundem eiusdem generis*. V. tra tanti G. MOLLE, *I contratti bancari*, cit., pp. 87-91. Sulla necessità di un collegamento tra il conto corrente e un deposito bancario o un'apertura di credito v. su tutti G. FERRI, *Voce Conto corrente di corrispondenza*, cit., p. 667.

<sup>606</sup> S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei “conti di pagamento”*, cit., pp. 804 ss.; F. DELL'ISOLA, *Art. 126-noviesdecies*, cit., pp. 2359-2360.

<sup>607</sup> S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei “conti di pagamento”*, cit., pp. 809.

<sup>608</sup> Provvedimento del Governatore della Banca d'Italia del 5 Luglio 2011, «Attuazione del Titolo II del Decreto Legislativo n. 11 del 27 Gennaio 10 relativo ai servizi di pagamento (Diritti ed obblighi delle parti)» par. 2, lett. h); l'argomento è valorizzato da S. MEZZACAPO, *op. ult. cit.*, p. 804.

costitutivo della nozione di «conto di pagamento» di cui all'art. 1, par. 6, della direttiva sui conti di pagamento. Un conto a partire dal quale siffatte operazioni di pagamento non possono essere effettuate direttamente, ma solo avvalendosi di un conto d'appoggio, non può dunque essere considerato «conto di pagamento»<sup>609</sup>.

4. *La nozione di consumatore legalmente residente: i richiedenti asilo e gli immigrati privi di permesso di soggiorno.*

Come evidenziato dallo studio del 2010 della Commissione, uno dei principali ostacoli all'accesso degli immigrati al conto di pagamento è l'impossibilità di fornire sufficienti documenti identificativi<sup>610</sup>. Molti di loro, soprattutto i richiedenti asilo, non sono in grado di fornirli a causa dell'instabilità politica nei paesi di origine, la quale impedisce anche alle autorità nazionali di verificare la genuinità di tale documentazione, laddove prodotta; vi è poi la possibilità che i documenti forniti siano falsi, data la prassi del commercio di documenti contraffatti<sup>611</sup>.

L'art. 126-*noviesdecies* t.u.b., attuazione dell'art. 16 dir. 2014/92, che ora sancisce il diritto al CCB di tutti i consumatori legalmente residenti nell'UE, ha sotto questo punto di vista un contenuto solo parzialmente innovativo. Ed infatti, come già accennato (cap. III, par. 3), poiché i permessi di soggiorno per rifugiati e i titolari di protezione sussidiaria contengono già un accertamento dell'identità, tali soggetti, sebbene in base al quadro normativo previgente non fossero titolari di un diritto *ex lege*, non avrebbero potuto essere esclusi dall'accesso al CCB per la mancanza di altri documenti di identità; gli artt. 13 e 18, d.lgs. 231/2007, inoltre, già prevedevano la possibilità di identificare tali soggetti

---

<sup>609</sup> CGUE, 4 Ottobre 2018, C-191/17, *Bundeskammer c. ING-DiBa DirektBank Austria*, in eur-lex.europa.eu, con nota critica di G. GRECO, *Il conto che non opera con terzi non è un conto di pagamento*, in *Giur. comm.*, 2019, 4, p. 695 ss. L'art. 1, par. 6, dir. 2014/92, infatti, prevede che quest'ultima si applichi ai conti di pagamento che consentono ai consumatori di effettuare quanto meno di versare fondi su un conto di pagamento, prelevare contante da un conto di pagamento ed eseguire e ricevere operazioni di pagamento, compresi i bonifici, a favore di terzi e da questi ultimi. Tali conti di risparmio, quindi, non costituiscono nemmeno conti correnti bancari, dato che nel servizio di cassa tipico del conto corrente bancario rientra l'esecuzione di pagamenti verso terzi e il ricevimento di pagamenti da questi ultimi.

<sup>610</sup> EUROPEAN COMMISSION, DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Study on the costs and benefits of policy actions*, cit., pp. 11-13; V. anche *Inclusione finanziaria e mercato del migrant banking. Aspetti e criticità del mercato*, cit., p. 8.

<sup>611</sup> EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority on the application of customer due diligence measures to customers who are asylum seekers*, cit., p. 5.

in base ad informazioni ottenute da fonti affidabili e indipendenti, senza necessità di produrre documenti di identità dei paesi d'origine.

L'art. 16 della direttiva ed il considerando n. 39, per i quali hanno diritto al CCB anche i consumatori privi di permesso di soggiorno ma non espellibili per motivi di diritto o di fatto, sono stati tacciati di ambiguità, poiché non sarebbe chiaro come possa considerarsi legalmente soggiornante un consumatore privo di permesso che non si può espellere per motivi di *fatto*<sup>612</sup>. Ad avviso di chi scrive, la disposizione dovrebbe riferirsi a quei soggetti ai quali è stato negato o revocato il permesso di soggiorno, ma che beneficiano del divieto di *non refoulement* per motivi umanitari ai sensi dell'art. 19 t.u. immigrazione. Essi, pur non legalmente soggiornanti, non potrebbero essere espulsi per motivi di diritto; il riferimento ai motivi di fatto, invece, sarebbe un refuso indice della volontà di estendere la disposizione ad ogni situazione di carenza di un permesso di soggiorno. Secondo la dottrina, infatti, il permesso di soggiorno per motivi umanitari non è stato in realtà cancellato dal d.l. 113/2008, il quale, pur abrogando l'art. 5, comma 6, t.u. immigrazione, non ha intaccato l'art. 19, comma 1, del t.u. citato<sup>613</sup>. Dato che, secondo la Corte di giustizia, il divieto di *refoulement* si applica anche agli immigrati irregolari che abbiano commesso reati sul territorio<sup>614</sup>, anch'essi avranno diritto all'apertura del CCB allegando un permesso di soggiorno per motivi umanitari.

Il vero quesito, invece, riguarda il diritto al CCB anche di chi abbia presentato richiesta di asilo e sia in possesso del permesso di soggiorno provvisorio di cui al D.lgs. 142/2015, rilasciato dalla Questura nelle more della decisione sulla richiesta. La questione non è meramente teorica, alla luce della prassi delle banche, segnalata in una audizione in Senato da funzionari di Banca d'Italia, di rifiutare l'apertura del conto a richiedenti asilo privi di permesso di soggiorno<sup>615</sup>. Il diritto all'apertura del conto viene invece affermato dalla Comunicazione di Poste Italiane del 7 Giugno 2019, la quale, però, non costituisce un atto normativo vincolante, né si riferisce a tutti i soggetti obbligati *ex lege* all'offerta del CCB. A favore di tale diritto, comunque, dovrebbero deporre gli artt.

---

<sup>612</sup> F. DELL'ISOLA, *Art. 126-noviesdecies*, cit., p. 2361.

<sup>613</sup> D. LOPRIENO, *Reo" ma rifugiato e, dunque, inespellibile*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2019, 3, p. 242; M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2019, 1, p. 17.

<sup>614</sup> CGUE, 14 Maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, in *curia.europa.eu*, commentata da D. LOPRIENO, *"Reo" ma rifugiato e, dunque, inespellibile*, cit., pp. 226 ss.

<sup>615</sup> *Audizione nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 1712 "Disposizioni in materia di utilizzo ed erogazione del rapporto di conto corrente"*, cit., in *www.dirittobancario.it*

13, par. 1, lett. a) e 18, comma 1, lett. a), d.lgs. 231/2007, i quali permettono alle banche di identificare i clienti in base a «fonte affidabile e indipendente», tale essendo la Questura che rilascia il permesso provvisorio; secondo l'EBA, infatti, tale clausola generale dovrebbe consentire alle banche maggiore flessibilità nel permettere ai richiedenti asilo l'accesso al CCB<sup>616</sup>.

La possibilità di aprire il CCB allegando un permesso provvisorio permetterebbe di velocizzare il processo di bancarizzazione degli immigrati, i quali, come dimostrano ricerche sul tema, non entrano da subito in relazione con la banca proprio per la difficoltà di ottenere i documenti per l'apertura del conto<sup>617</sup>.

In ogni caso l'EBA, affermando che i permessi di soggiorno rilasciati dagli Stati UE permettono di identificare tali individui ai sensi dell'art. 15, dir. 2015/849, non distingue tra il permesso provvisorio di cui al D.lgs. 142/2015 e il permesso rilasciato a seguito di accoglimento della richiesta di asilo.

Sebbene la nozione di consumatore nella PAD coincida con quella affermata nelle direttive europee, tale figura non è più una monade ma si scompone in due categorie; al consumatore astratto, rientrante nella categoria generale dei soggetti legalmente residenti, viene affiancato il consumatore appartenente a categorie socialmente svantaggiate, che, individuate con decreto MEF (art. 126-*vicies quater* t.u.b.), hanno diritto a condizioni contrattuali di favore. Il CCB, comprensivo dei servizi di cui all'Allegato A del decreto MEF, è offerto senza spese ed è esente dall'imposta di bollo per i consumatori con ISEE inferiore ad Euro 11.600,00, salvo l'addebito delle spese per le operazioni aggiuntive o in numero superiore, purchè ragionevoli e coerenti con lo scopo di inclusione finanziaria; gli aventi diritto ai trattamenti pensionistici fino a 18.000 Euro, invece, hanno diritto ad un CCB gratuito comprensivo dei servizi di cui all'Allegato B. Si conferma, dunque, il *trend* verso la differenziazione della tutela nei servizi bancari in base al tipo di clientela, con la creazione della figura del consumatore vulnerabile, che usufruisce di condizioni più favorevoli di quelle di mercato, analogamente a quanto prevede l'art. 111, comma 3, t.u.b. per il microcredito.

---

<sup>616</sup> EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority on the application of customer due diligence measures to customers who are asylum seekers*, cit., p. 5.

<sup>617</sup> La mancanza di documenti e di stabilità lavorativa impediscono agli immigrati di entrare in contatto con le banche nei primi mesi di permanenza sul territorio, rendendo la "bancarizzazione" un processo lungo in media qualche anno: v. *Inclusione finanziaria e mercato del migrant banking, aspetti e criticità del mercato, esperienze nazionali e internazionali, proposte di sviluppo*, cit., p. 37.



I consumatori vulnerabili godono di una tutela maggiore, non solo perché hanno diritto ad un servizio gratuito, ma perché, valorizzando in sede interpretativa il fine di inclusione perseguito dal legislatore, dovrebbe escludersi la facoltà di condizionare l'accesso al CCB di tali consumatori all'acquisto di servizi accessori o di azioni del PSP, nonostante il silenzio della dottrina sul punto<sup>618</sup>. Dato che l'esercizio di tale facoltà è subordinato dall'art. 126 *vicies*, comma 3, t.u.b. ad una applicazione uniforme a tutta la clientela del PSP, essa dovrebbe essere già vanificata dal meccanismo concorrenziale, che impedisce al soggetto gravato da obblighi di servizio universale di aumentare il prezzo dei propri servizi per recuperare i costi del servizio<sup>619</sup>.

In ogni caso, un'interpretazione sistematica degli artt. 126 *novies-decies* ss. t.u.b. dovrebbe escludere l'operatività della facoltà di cui all'art. 126 *vicies*, comma 3, nei confronti di consumatori socialmente svantaggiati, dato che ai sensi dell'art. 126 *vicies-quater* le caratteristiche del CCB destinato a tali consumatori sono interamente individuate dal decreto MEF 70/2018, senza rinviare alle caratteristiche del CCB generale. Tale esclusione è confermata non solo dall'argomento apagogico, che impone di escludere interpretazioni con conseguenze abnormi, come l'obbligo per soggetti economicamente svantaggiati di acquistare azioni, ma anche dall'esigenza di evitare antinomie<sup>620</sup>: l'applicazione a tali consumatori della facoltà di cui all'art. 126 *vicies* t.u.b., infatti, contrasta con gli artt. 126 *vicies-quater* t.u.b. e 4, decreto MEF, che prescrivono la fornitura gratuita del CCB, salvo i costi per le operazioni aggiuntive o in numero superiore.

Il consumatore socialmente vulnerabile, inoltre, è posto al riparo da possibili abusi dell'PSP nella determinazione del canone onnicomprensivo, facilmente sanzionabili con il meccanismo di cui all'art. 1339 c.c.: per attuare tale meccanismo, che non richiede una

---

<sup>618</sup> V. F. DELL'ISOLA, *Art. 126-vicies. Apertura del conto di base*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria*, cit., pp. 2362 ss. Per l'A. la disposizione è diretta, più che ad evitare la vendita abbinata in sé, a prevenire forme di discriminazione in danno di una fascia di clientela debole, come quella interessata al conto di base; l'A., sottolineando la legittimità della vendita abbinata se applicata a tutti i clienti del PSP, dunque, non esclude l'applicabilità della vendita abbinata anche ai consumatori socialmente svantaggiati.

<sup>619</sup> Cfr. C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, cit., p. 101.

<sup>620</sup> Sull'argomento apagogico v. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 369, per il quale l'assurdità può riguardare l'applicazione di una norma ad un singolo caso, la generalizzazione della sua applicazione e i risultati o effetti della sua applicazione in un singolo caso. Sull'argomento della coerenza del legislatore v. ID., *op. ult. cit.*, p. 361, per il quale tale argomento, in presenza di due norme predicanti due qualifiche normative incompatibili, impone di concludere che una delle due norme non valga in generale o non sia applicabile a quel caso particolare.

previsione di legge espressa<sup>621</sup>, basterà sostituire alla clausola che imponga di corrispondere un canone la previsione legale sulla gratuità del servizio.

L'operatività di tale meccanismo a favore dei consumatori non vulnerabili si presenta astrattamente più problematica, anche se, per i commentatori, i criteri di cui all'art. 18 dir. 2014/92 del reddito medio nazionale e dei costi medi nazionali per i c/c avrebbero in teoria permesso un sindacato giurisdizionale sull'eccessività del canone imposto ai consumatori<sup>622</sup>.

In sede di attuazione dell'art. 126-*vicies bis*, l'art. 3, comma 1, decreto MEF 70/2018 considera ragionevole l'importo del canone annuo, e coerente con lo scopo di inclusione finanziaria, quando sia uguale o superiore ai costi sostenuti dal PSP per le operazioni e i servizi di cui all'art. 2, comma 1, e non ecceda l'importo medio delle spese applicate dal PSP, nei sei mesi precedenti, per tali operazioni e servizi. In tal caso la sostituzione *ex art.* 1339 c.c. dovrebbe operare confrontando il canone concretamente applicato con le condizioni generali di contratto del PSP per i servizi di cui all'art. 2, comma 1.

L'attuale disciplina del CCB presenta in astratto maggiori margini di personalizzazione rispetto alla disciplina previgente, dato che a differenza di quest'ultima consente, su richiesta del consumatore, non solo di effettuare un numero superiore di operazioni appartenenti ai tipi individuati dal decreto MEF, ma anche di erogare servizi ulteriori, esclusa l'erogazione del credito sotto forma di aperture di credito e sconfinamenti, *ex art.* 126 *vicies-semel* t.u.b<sup>623</sup>. La possibilità di personalizzare il CCB, richiedendo l'erogazione di ulteriori servizi o l'effettuazione di operazioni in numero superiore, in concreto può essere ostacolata dall'architettura delle scelte configurata dal t.u.b., secondo la quale la personalizzazione del CCB può avvenire solo su richiesta del consumatore (art. 126 *vicies-semel*, comma 3, t.u.b.). Ed infatti, la normativa non tiene

---

<sup>621</sup> S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit. p. 35; cfr. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, cit., pp. 150-152. Nel vigore della disciplina previgente del CCB, in favore della operatività del meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. in caso di clausole difformi dalla disciplina legale del CCB V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria*, cit., p. 72.

<sup>622</sup> E. MACCHIAVELLO, *Art. 126-vicies bis. Spese applicabili*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico*, cit., p. 2375.

<sup>623</sup> L'art. 126 *decies*, comma 3, lett. c) e d) t.u.b. distingue tra le operazioni in numero superiore e le operazioni aggiuntive: mentre le prime sono le operazioni delle tipologie individuate ai sensi dell'art. 126-*vicies semel*, comma 1, eseguite oltre i limiti numerici ivi stabiliti, le seconde indicano i servizi e le operazioni, delle tipologie diverse da quelle individuate ai sensi dell'art. 126-*vicies semel*, comma 1, che il consumatore può richiedere.

conto degli studi di economia comportamentale, che evidenziano come i consumatori siano affetti dal c.d. *status quo bias*, e che, posti di fronte a varie possibilità, essi tendano a scegliere l'opzione normale o di *default*<sup>624</sup>; ciò sembra connesso alla c.d. euristica dell'affetto, per la quale il consumatore nel dubbio preferisce rimanere inerte, per evitare di assumersi la responsabilità della decisione economica ed il rimpianto di una decisione errata, che è maggiore del rimpianto di un'omissione<sup>625</sup>.

La personalizzazione del CCB, inoltre, non è conveniente per i consumatori vulnerabili, dato che il costo delle operazioni in numero superiore o aggiuntive, determinato con gli stessi criteri utilizzati per il CCB destinato ai consumatori non vulnerabili, corrisponde a quello applicato in media a tutti i clienti del PSP (art. 3, decr. MEF, cui rinvia l'art. 4). Tale scelta desta perplessità per due motivi: da un lato genera un'incongruenza con la disciplina del microcredito, la quale consente al consumatore vulnerabile di usufruire effettivamente di un servizio a condizioni migliori di quelle di mercato; dall'altro equipara il consumatore "debole" al consumatore medio, in controtendenza rispetto all'attuale *trend* legislativo<sup>626</sup>.

Secondo l'EBA, inoltre, l'operatività del CCB, intestato a immigrati provenienti da determinati paesi terzi, potrebbe essere ulteriormente limitata per minimizzare il

---

<sup>624</sup> R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge*, cit., p. 83: «many people will take whatever option requires the least effort, or the path of least resistance. Recall the discussion of inertia, status quo bias, and the “yeah, whatever” heuristic. All these forces imply that if, for a given choice, there is a default option—an option that will obtain if the chooser does nothing—then we can expect a large number of people to end up with that option, whether or not it is good for them [...] these behavioral tendencies toward doing nothing will be reinforced if the default option comes with some implicit or explicit suggestion that it represents the normal or even the recommended course of action. Defaults [...] are also unavoidable in the sense that for any node of a choice architecture system, there must be an associated rule that determines what happens to the decision maker if she does nothing». Più in generale, cfr. C. E. SCHNEIDER, O. BEN SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, cit., pp. 727-728: «Mandated disclosure assumes that people want to make decisions themselves [...] In areas subject to mandates, however, both assumptions are unreliable. The empirical evidence [...] shows that people resist making even crucial decisions [...] people avoid financial decisions [...] For example, people famously postpone retirement planning. One survey found that “[o]nly 42 percent of workers report they and/or their spouse have tried to calculate how much money they will need to have saved”. Rather than choosing investments, employees often leave pension money wherever their employer puts it. Consequently, despite easily available advice about the basics of investing, employees hold employer stock in risky proportion».

<sup>625</sup> E. RIGHINI, *Behavioural Law and Economics. Problemi di policy, assetti normativi e di vigilanza*, cit., p. 46.

<sup>626</sup> Sulla nozione di consumatore medio e sulla necessità di superare tale paradigma di tutela v. le riflessioni svolte *supra*, cap. I, par. 5.

rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, limitando il numero di transazioni da e verso paesi terzi e l'ammontare economico dei trasferimenti<sup>627</sup>.

Almeno nella sua versione a pagamento, dunque, il CCB si presenta poco attraente rispetto ad altri prodotti, dato che, nonostante esso non remunerer le giacenze, ad esso si applica in media un canone di 48 Euro all'anno, mentre i conti *online* e le carte con iban, molto diffuse presso la clientela immigrata<sup>628</sup>, permettono di effettuare pagamenti e ricevere accrediti a costi inferiori<sup>629</sup>.

##### 5. La tutela privatistica contro il rifiuto di contrarre e il recesso del PSP.

La mancata stipulazione del contratto di CCB e il recesso dal contratto sono legittimi solo nei casi tassativamente indicati rispettivamente dagli artt. 126-*vicies* e 126-*vicies ter* t.u.b., i quali, anche in base alle riflessioni svolte nel paragrafo precedente, devono essere interpretati restrittivamente<sup>630</sup>. Ciò vale, innanzitutto, per l'obbligo di rispettare le disposizioni in materia di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo, che, se invocato pretestuosamente, potrebbe incidere sull'inclusione finanziaria degli immigrati, dato l'elevato numero di paesi che per la Commissione UE

---

<sup>627</sup> EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority on the application of customer due diligence measures to customers who are asylum seekers*, cit., p. 9. Tra le altre misure preventive del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo vi sono divieti di scoperture e aperture di credito a valere sul c/c e limiti al ritiro di denaro da paesi terzi; presentando una limitata operatività, il CCB comporta di per sé un minore rischio, dato che ai sensi del t.u.b. non sono possibili aperture di credito o scoperture a valere sul CCB.

<sup>628</sup> Tra il 2011 e il 2015 il numero di immigrati intestatari di carte con IBAN è passato da 308. 909 a 745. 804; V. D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, V rapporto*, cit., p. 15.

<sup>629</sup> In un rapporto del 2013, l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato (AGCM, *Indagine conoscitiva sui costi dei conti correnti bancari*, 2013, n. 45, pp. 75 ss, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it)) segnalava in 48 Euro il prezzo medio fissato per il canone del CCB. Uno sguardo alle offerte pubblicate sui siti dei principali intermediari italiani mostra un quadro sostanzialmente inalterato: Unicredit (<https://www.unicredit.it/it/privati/conti-correnti/tutti-i-conti/libretti-di-risparmio-e-altri-conti/conto-corrente-di-base.html>), che offre il CCB a fronte di un canone annuo di 48 Euro; Intesa-San Paolo (<https://www.intesasanpaolo.com/it/persone-e-famiglie/prodotti/conti-e-libretti/conto-di-base.html>), che prevede un canone di 30 Euro per il CCB; Monte dei Paschi di Siena ([http://www.gruppo.mps.it/ap\\_trasparenzaweb/Documenti%5C103040592.pdf](http://www.gruppo.mps.it/ap_trasparenzaweb/Documenti%5C103040592.pdf)), che offre tali servizi a fronte di un canone di Euro 72. Secondo dati di Banca d'Italia (BANCA D'ITALIA, *Indagine sul costo dei conti correnti nel 2018, n. 9 - Settembre 2019*, p. 10) i conti *on line*, rivolti a consumatori che intendono svolgere operazioni prevalentemente tramite canali virtuali, permettono di effettuare pagamenti e bonifici e di ricevere somme, con una spesa di gestione, che, nel 2018, ammontava in media a 15,5 euro.

<sup>630</sup> Va aggiunto, peraltro, che il legislatore italiano non ha esercitato la facoltà, prevista dall'art. 19, par. 3, dir. 2014/92, di individuare altri casi in cui l'ente creditizio può recedere dal contratto quadro relativo al CCB.

violano la normativa antiriciclaggio e antiterrorismo, in base agli indici di cui all'art. 9 dir. 2015/849<sup>631</sup>.

A favore dell'interpretazione restrittiva delle due disposizioni depongono i considerando 34 e 49 della dir. 2014/92, aventi il ruolo di canoni ermeneutici delle disposizioni della direttiva, poiché sottolineano, rispettivamente, la necessità di evitare di utilizzare gli obblighi antiriciclaggio e antiterrorismo come pretesto per respingere consumatori non allettanti, e di non respingere i consumatori solo in ragione dei costi di verifica dell'identità del contraente.

Ne consegue l'illegittimità del rifiuto di apertura del CCB motivato dalla provenienza del consumatore da un paese a rischio e dall'assenza di documenti di identità del paese di origine<sup>632</sup>, sempre che egli abbia allegato un permesso di soggiorno almeno provvisorio. Sarà parimenti illegittimo il recesso del PSP, eventualmente adducendo l'utilizzo del conto per fini illeciti (art. 126-*vicies ter* t.u.b.), quando le operazioni di pagamento verso l'estero e di prelievo in paesi terzi non destino particolare sospetto, soprattutto per lo scarso ammontare, data la prassi degli immigrati di inviare denaro ai parenti che risiedono nei paesi di origine<sup>633</sup>.

L'invocazione pretestuosa degli obblighi di cui alla dir. 2015/849, dunque, può facilmente nascondere una discriminazione per motivi razziali, etnici o di nazionalità, vietata ai sensi dell'art. 43, d.lgs. 58/1998; ciò legittima il consumatore discriminato ad invocare il risarcimento del danno, patrimoniale e non, nonostante sia chiaro che egli sarà

---

<sup>631</sup> Con Regolamento delegato UE del 13 Febbraio 2019, attuativo dell'art. 9, comma 2, dir. 2015/849, la Commissione UE ha individuato i paesi ad alto rischio per carenze strategiche nella normativa antiriciclaggio e antiterrorismo, come definite ai fini dell'art. 9 dir. 2015/849. Si tratta delle seguenti giurisdizioni: Bahamas, Botswana, Etiopia, Ghana, Iran, Pakistan, Repubblica democratica popolare di Corea, Siria, Sri Lanka, Trinidad e Tobago, Tunisia e Yemen. Sulla base dell'esame delle informazioni desunte da altre fonti, la Commissione ha concluso che altre 11 giurisdizioni presentano carenze strategiche: Afghanistan, Arabia Saudita, Guam, Iraq, Isole Vergini americane, Libia, Nigeria, Panama, Portorico, Samoa e Samoa americane. V. COMMISSIONE UE, REGOLAMENTO DELEGATO (UE) 13.2.2019 *che integra la direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio individuando i paesi terzi ad alto rischio con carenze strategiche*, Bruxelles, 13.2.2019 C(2019) 1326 final, p. 11, in [www.https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/IT/C-2019-1326-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF](https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2019/IT/C-2019-1326-F1-IT-MAIN-PART-1.PDF)

<sup>632</sup> In tal senso EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority on the application of customer due diligence measures*, cit., p. 9.

<sup>633</sup> Cfr. EUROPEAN BANKING AUTHORITY, op. ult. cit., p. 7: «institutions may be able to draw on their experience of existing or previous asylum seeker's account usage to inform this process and liaise with other institutions to share experiences where appropriate. For example, when building a customer risk profile and setting alert thresholds, institutions may find it useful to take account of specificities of the asylum process, such as frequent relocations or frequent low value transfers to asylum seekers' countries of origin, which by themselves may not give rise to suspicion».

anzitutto interessato ad ottenere una sentenza costitutiva dell'obbligo di contrarre, o di inefficacia dell'eventuale recesso.

Per quanto riguarda il rifiuto di contrarre, anche se in base alle riflessioni svolte *supra* (v. cap. III, par. 3.1.) una corretta interpretazione dell'art. 44, t.u. immigrazione renderebbe possibile ottenere, tra i provvedimenti di rimozione degli effetti della discriminazione, anche una sentenza costitutiva dell'obbligo di contrarre, meno problematico si presenta il ricorso al rimedio di cui all'art. 2932 c.c.

Ed infatti, ricostruita la *ratio* del diritto al CCB, riconducibile ad un obbligo di servizio universale, con applicazione degli artt. 1679 e 2597 c.c., non vi sono ostacoli all'esperibilità del rimedio di cui all'art. 2932 c.c., applicabile secondo dottrina e giurisprudenza prevalenti anche in caso di obbligo legale a contrarre<sup>634</sup>; non si comprenderebbe, infatti, la differenza di trattamento tra obblighi di tal fatta e obblighi a contrarre convenzionali, soprattutto alla luce dell'obbligo per gli Stati UE, di cui all'art. 26, dir. 2014/92, di adottare sanzioni effettive e dissuasive per le violazioni della normativa nazionale di recepimento della direttiva.

Non persuadono, infatti, gli argomenti addotti da chi circoscrive l'applicabilità della norma ai soli obblighi di contrarre di fonte convenzionale, come quelli derivanti da un contratto preliminare, basati essenzialmente sull'assunto secondo cui l'art. 2932 c.c. debba dare attuazione ad un assetto negoziale già puntualmente delineato dalle parti, presupponendo la necessaria identità di contenuto tra tale assetto e quello cristallizzato nella sentenza costitutiva e negando ogni potere del giudice di supplire alle deficienze del potere contrattuale<sup>635</sup>.

---

<sup>634</sup> In dottrina, senza pretesa di esaustività, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 60; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata*, cit., p. 64 ss; L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 509 ss; L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., pp. 44 ss.; ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 244 ss.; M. LIBERTINI, P. M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, cit., p. 509 ss; A. DI BIASE, *Monopolio di fatto, obbligo a contrarre*, cit., p. 146 ss. In giurisprudenza CASS., 15 Aprile 2004, n. 7157, in *Foro it.*, *Rep. 2004*, voce *Cooperativa*, n. 126; CASS., 23 maggio 2008, n.13403, in *Guida al diritto*, 2008, 42, p. 76; CASS., 8 Agosto 1987, n. 6792, in *Arch. civ.*, 1988, p. 632.

<sup>635</sup> Riassume così la *ratio* della tesi restrittiva A. DI BIASE, *Monopolio di fatto, obbligo a contrarre*, cit., p. 147. V. ID., op. ult. cit., ibidem, nt. 38, per la bibliografia degli autori rappresentativi dell'orientamento restrittivo. E' significativo, però, l'atteggiamento di alcuni di essi: ad esempio, il Messineo escludeva il ricorso al 2932 c.c. in caso di obblighi legali in base ad una petizione di principio, dando per scontato ciò che andava dimostrato, cioè che la disposizione si riferisca ad un obbligo a contrarre in base ad un titolo concreto, e sostenendo che le lungaggini connesse all'emanazione della sentenza renderebbero più utile il risarcimento del danno: F. MESSINEO, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, pp. 805 ss. Non a caso lo stesso A., pochi anni dopo, sposerà la tesi favorevole all'applicabilità dell'art. 2932 cc. in

Se tale è la *ratio* della tesi restrittiva, essa non ha fondamento né in generale né nel caso di specie: ed infatti, non solo le imprese gravate di obblighi a contrarre operano tramite condizioni generali preventivamente pubblicizzate, ma il legislatore ha analiticamente determinato il contenuto del contratto di CCB negli artt. 126-*vicies semel* ss. t.u.b. e nel decreto MEF 70/2018.

Il giudice, pertanto, potrà determinare in sentenza il numero di operazioni e di servizi di cui potrà godere il consumatore, a seconda che rientri nella categoria generale o in quella dei consumatori socialmente svantaggiati; il giudice potrà altresì determinare il canone annuo dovuto dal consumatore della prima categoria, a ciò non ostando la genericità dei criteri legali di cui all'art. 3, comma 1, decreto MEF, posto che anche il canone viene preventivamente pubblicizzato nelle condizioni generali di contratto<sup>636</sup>.

L'utilità del ricorso all'art. 2932 c.c. a fronte del rifiuto di contrarre era stata messa in dubbio da autorevole dottrina, con argomenti in verità superati dalle riforme legislative e dall'elaborazione giurisprudenziale. In sintesi, dalla premessa corretta che l'obbligo del monopolista ha ad oggetto la prestazione del bene o del servizio, e non la prestazione del consenso, si inferiva che l'esperibilità del rimedio costitutivo allontanerebbe il momento della realizzazione dell'interesse del creditore ad ottenere la prestazione; ed infatti, poiché la sentenza costitutiva si limiterebbe ad instaurare il vincolo contrattuale, in caso di successivo inadempimento della prestazione il consumatore dovrebbe nuovamente adire il giudice per il soddisfacimento coattivo del suo diritto<sup>637</sup>.

---

caso di inadempimento di un obbligo a contrarre *ex lege*, in quanto tale disposizione non distinguerebbe tra obblighi legali e obblighi convenzionali (F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XXI, t. I., cit., pp. 524-525). Anche dalla giurisprudenza emerge implicitamente l'esigenza di evitare un potere creativo del giudice in sede di determinazione del contenuto del contratto *ex art. 2932 c.c.*: v. *ex multis* CASS., 19 Ottobre 2012, n. 18050, in *Diritto e giustizia* 2012 (22 Ottobre), per la quale la sentenza costitutiva deve riprodurre lo stesso assetto di interessi delineato nel preliminare, senza introdurvi modifiche. Tale orientamento, però, è in via di superamento, essendo ammesso in giurisprudenza un intervento integrativo o modificativo del giudice per ristabilire l'equilibrio sinallagmatico, qualora il bene oggetto del preliminare presenti vizi o difformità: v. A. DI BIASE, *Monopolio di fatto, obbligo a contrarre*, cit., pp. 148 ss., e la giurisprudenza citata alla nt. 40.

<sup>636</sup> Si vedano, tra tanti, i siti internet delle principali banche italiane: Unicredit (<https://www.unicredit.it/it/privati/conti-correnti/tutti-i-conti/libretti-di-risparmio-e-altri-conti/conto-corrente-di-base.html>), che offre il CCB a fronte di un canone annuo di 48 Euro; Intesa-San Paolo (<https://www.intesasanpaolo.com/it/persona-e-famiglia/prodotti/conti-e-libretti/conto-di-base.html>), che prevede un canone di 30 Euro per il CCB; Monte dei Paschi di Siena ([http://www.gruppo.mps.it/ap\\_trasparenzaweb/Documenti%5C103040592.pdf](http://www.gruppo.mps.it/ap_trasparenzaweb/Documenti%5C103040592.pdf)), che offre tali servizi a fronte di un canone di Euro 72.

<sup>637</sup> Così L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., pp. 45-46; ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 200.

In tale prospettiva, tali inconvenienti sarebbero superabili ricorrendo all'esecuzione forzata dell'obbligo di fare *ex art. 2931 c.c.*, anche in via cautelare<sup>638</sup>.

La tesi era stata criticata in quanto la sentenza *ex art. 2931* salterebbe il momento della determinazione giudiziale dell'oggetto del contratto, essenziale anche per controllare la sussistenza dei presupposti per l'attuazione del rapporto. Ad avviso di chi scrive, però, il punto debole della tesi criticata riguarda l'impossibilità di ricorrere in generale all'*art. 2931 c.c.*, il quale non è invocabile in presenza di obblighi di fare infungibili<sup>639</sup>, e tale sembra l'attività della banca volta alla creazione di un conto corrente. Essa, infatti, comporta l'esecuzione di operazioni tecniche e informatiche complesse, ineseguibili da soggetti diversi; si pensi solo alla predisposizione delle apparecchiature automatizzate, collegate al c/c, necessarie per effettuare pagamenti tramite bancomat o ATM o per effettuare prelievi, alla creazione del sistema di scritturazioni contabili per registrare i movimenti del c/c, ecc.

Il ricorso all'*art. 2932 c.c.*, inoltre, non sembra comportare una tutela meno effettiva del consumatore. Ed infatti, l'*art. 474 c.p.c.*, che riconosce titoli esecutivi non giudiziali, non pretende che titolo esecutivo debba essere una sentenza di condanna<sup>640</sup>; la sentenza costitutiva, inoltre, può contenere statuizioni "latamente o propriamente condannatorie", come quella ad eseguire una prestazione, in relazione alle quali la sentenza costituisce titolo esecutivo o per l'esecuzione specifica o per l'espropriazione forzata<sup>641</sup>. Per avere l'efficacia di titolo esecutivo, però, è sufficiente che la sentenza *ex art. 2932 c.c.* contenga una condanna anche solo implicita all'esecuzione della prestazione<sup>642</sup>, e ciò dovrebbe costituire l'ipotesi normale, dato che la sentenza costitutiva

---

<sup>638</sup> L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, cit., p. 57; ID., *La disciplina della concorrenza. Il monopolio*, cit., p. 201.

<sup>639</sup> In giurisprudenza, CASS., 28 Marzo 1970, n. 864, in *Foro it.*, 1971, I, p. 709; TRIB. BRESCIA, 3 Febbraio 2003, in *Mass. Trib. Brescia*, 2004, p. 91; TRIB. ROMA, 12 Settembre 2002, in *Foro it.*, 2002, 11, p. 3207. Un altro orientamento è favorevole alla condanna *ex art. 2931 c.c.* ad un *facere* infungibile, poiché non si potrebbe escludere che l'obbligato ottemperi volontariamente e poiché così il creditore, in caso di inadempimento, avrebbe un titolo per chiedere la condanna al risarcimento del danno. Così CASS., 1 Dicembre 2000, n. 15349, in *Arch. civ.*, 2001, 1, p. 110.

<sup>640</sup> Così G. MONTELEONE, *Scritti sul processo civile. Vol. II. Processo di cognizione e impugnazioni*, Aracne, Roma, 2013, p. 418.

<sup>641</sup> G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile, Vol. I. Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Cedam, Padova, 2012, p. 538.

<sup>642</sup> M. LIBERTINI, P. M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, cit., p. 511.



non soddisfa *ex se* l'interesse del consumatore, ma, per essere effettiva, richiede la condanna all'esecuzione della prestazione, quale suo naturale corollario<sup>643</sup>.

Ora, sebbene si possa ribattere che l'impossibilità di surrogare materialmente la banca nell'apertura del CCB rende vana anche la condanna all'esecuzione della prestazione, quest'ultima conserva in realtà una sua utilità. La condanna, infatti, è funzionale a permettere al giudice l'emanazione di misure coercitive indirette ai sensi dell'art. 614-*bis* c.p.c.; a mente di tale disposizione, con la sentenza di condanna all'adempimento di obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro, il giudice può stabilire la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni inosservanza dell'esecuzione della sentenza o per ogni ritardo. In tal modo il PSP sarà incentivato all'apertura del CCB, evitando il pagamento di somme sproporzionate rispetto al costo, relativamente modesto, dell'erogazione del servizio per il singolo CCB.

A differenza del regime previsto dal d.l. 201/2001, l'art. 126-*vicies* t.u.b. esclude il diritto all'apertura del CCB, qualora il consumatore sia già titolare di un *c/c* che gli consenta di usufruire dei servizi di cui all'allegato A del decreto Mef. Sebbene la disposizione consenta di aprire il CCB in presenza della comunicazione da parte del PSP della chiusura del CCB o del trasferimento del conto, si pongono alcuni problemi che potrebbero impedire al consumatore l'accesso al CCB. Ed infatti, se la *ratio* del diritto al CCB è quella di assicurare l'inclusione finanziaria degli *unbanked*<sup>644</sup>, l'ambigua disposizione di cui all'art. 126-*vicies*, comma 1, t.u.b., va interpretata nel senso che il trasferimento del precedente *c/c*, senza la sua chiusura, non sia condizione sufficiente per il sorgere del diritto al CCB<sup>645</sup>. La necessità di una comunicazione del PSP che dichiari che il precedente *c/c* verrà chiuso potrebbe creare non pochi problemi, vista la prassi dei PSP di impedire o ritardare la chiusura del conto in presenza di un'esposizione debitoria del cliente.

L'art. 126 *septies*, comma 1, t.u.b., però, riconosce all'utilizzatore il diritto di recedere *ad nutum* da un contratto quadro relativo a servizi di pagamento; essendo escluso un sindacato sulla sussistenza di una giusta causa di recesso, il PSP non può

---

<sup>643</sup> A. DI BIASE, *Monopolio di fatto, obbligo a contare*, cit., p. 158. L'A., invece, ritiene controversa la possibilità di considerare provvisoriamente esecutiva la condanna implicita, *ex art.* 282 c.p.c., dato il contrasto attualmente esistente tra dottrina e giurisprudenza; v. ID., *op. ult. cit.*, p. 159 e i riferimenti bibliografici in nota.

<sup>644</sup> F. DELL'ISOLA, *Art. 126-vicies. Apertura del conto di base*, cit., p. 2364.

<sup>645</sup> Il servizio di trasferimento, infatti, non implica necessariamente la chiusura del conto di pagamento di origine, essendo questa una facoltà del consumatore, ai sensi dell'art. 126 *sexiesdecies*, comma 4, t.u.b.

impedire lo scioglimento del contratto, eventualmente sostenendo un abuso del diritto di recesso.

La prassi di impedire il recesso in presenza di un saldo negativo è sanzionata dalla giurisprudenza dell'ABF, secondo la quale l'esistenza di un debito non osta all'esecuzione della richiesta di chiusura del conto, e la banca, in ossequio al principio di correttezza e buona fede, è tenuta a dare pronta esecuzione alla richiesta del cliente<sup>646</sup>. Escluso un controllo in termini di abuso del diritto, trattandosi di recesso *ad nutum*, non sembra possibile ipotizzarsi un comportamento del cliente contrario a buona fede, dato che il recesso non pregiudica il diritto della banca di esigere il credito residuo e gli interessi maturati sul saldo debitore<sup>647</sup>.

In assenza di una previsione contrattuale che deroghi all'art. 1855 cod. civ., il termine per recedere è fissato nei quindici giorni successivi alla richiesta; dato che il recesso è atto negoziale unilaterale recettizio, decorso il termine *de quo* senza che l'intermediario abbia provveduto alla chiusura del c/c il rapporto dovrà considerarsi *ex lege* sciolto ed il cliente potrà chiedere l'apertura del CCB, allegando l'avvenuta comunicazione del recesso al PSP presso cui intratteneva il precedente rapporto di c/c.

In tali casi, infatti, sembra irragionevole aderire ad un'interpretazione meramente letterale dell'art. 126-*vicies* t.u.b e pretendere per l'apertura del CCB una dichiarazione scritta del PSP sulla chiusura del c/c; ciò comporterebbe l'ultrattività del pregresso

---

<sup>646</sup> V. *ex multis* ABF, MILANO, 25 Giugno 2019, n. 15673, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it); ABF, ROMA, 21 Dicembre 2017, n. 17623, *ivi*; ABF, MILANO, 24 aprile 2012 n. 1310, *ivi*. In dottrina, per una rassegna delle pronunce più risalenti v. R. LENER, A. M. BENTIVEGNA, *Il conto corrente bancario nella giurisprudenza dell'Abf*, in *Riv. dir. banc.*, *dirittobancario.it*, 2014, 1, pp. 24-28.

<sup>647</sup> L'estinzione del conto comporta, infatti, il cristallizzarsi della situazione esistente a quel momento e dunque, in presenza di un'esposizione debitoria, del relativo credito, liquido ed esigibile, della banca, pari appunto all'importo della esposizione debitoria e degli interessi: ABF, MILANO, 24 aprile 2012, n. 1310, *cit*. Sulla distinzione tra controllo in termini di abuso del diritto, riguardante gli scopi perseguiti, e controllo *ex bona fide*, riguardante invece le modalità di esercizio del diritto, v. G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 1, 2010, p. 11 ss.; *Id.*, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contr.*, 2011, 7, p. 653 ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 2, p. 341 ss. Tale distinzione non è operata dalla giurisprudenza, che ritiene il divieto di abuso del diritto un corollario della buona fede: v. *ex multis* CASS., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contr.*, 1, 2010, p. 5 ss., con nota critica di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum*, *cit.*; CASS., 31 maggio 2010, n. 13208, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com). Per la tesi contraria alla distinzione tra i due principi, in dottrina v. F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 2, p. 311 ss. e ora in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pp. 31- 40; A. D'ANGELO, *Rapporti tra buona fede e abuso del diritto*, in G. VISINTINI, *op. ult. cit.*, pp. 59-74, nel senso dell'abuso del diritto come formula descrittiva del giudizio di buona fede.

rapporto contrattuale, in contrasto con la natura recettizia del recesso, al solo fine di impedire l'apertura del CCB, la quale senza la collaborazione del PSP sarebbe posticipata *ad libitum*, dato che la chiusura di un conto costituisce un *facere* infungibile.

Nel rispetto dei doveri di correttezza e diligenza professionale di cui agli art. 1175 e 1176, comma 2, c.c., il PSP non potrà pretendere dal cliente la corresponsione delle spese di tenuta del precedente conto e dovrà tenerlo indenne dai costi legati al mantenimento in esercizio del conto<sup>648</sup>. Tale conclusione è confermata anche dalla giurisprudenza amministrativa, che considera pratica commerciale aggressiva l'ostruzionismo del PSP alla chiusura del c/c in caso di saldo negativo<sup>649</sup>.

Per quanto riguarda il recesso del PSP dal CCB, invece, le fattispecie che potrebbero riguardare più da vicino gli immigrati sono quelle di cui alle lettere a) e d) del comma 1 dell'art. 126-*vicies ter* t.u.b, le quali prevedono il recesso in caso di perdita dello *status* di soggetto legalmente soggiornante e di utilizzo del CCB per fini illeciti.

In presenza di immigrati provenienti da paesi terzi a rischio, il PSP potrebbe recedere dal contratto a seguito di una analisi di flussi di pagamento del c/c, che indichi il rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo; ciò pone un problema di tutela dell'immigrato, poiché in tal caso la comunicazione delle motivazioni del recesso soggiace ai limiti previsti dalle disposizioni antiriciclaggio e antiterrorismo, ai sensi dell'art. 126-*vicies ter*, comma 3, t.u.b. Normalmente, però, in presenza di operazioni anomale il recesso del PSP è preceduto dal blocco del c/c per consentire l'effettuazione di verifiche; in tal caso, come dispone la giurisprudenza dell'ABF, il principio di buona fede impone all'intermediario che disponga il blocco di precisare gli estremi della transazione e di fornire al cliente indicazioni utili, in modo da far emergere la proporzionalità del blocco rispetto alle esigenze cautelari<sup>650</sup>.

---

<sup>648</sup> ABF, MILANO, 25 Giugno 2019, n. 15673, cit.; ABF, ROMA, 5 Febbraio 2018, n. 3033, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it) e ABF, ROMA, 31 Maggio 2018, n. 11772, *ivi*.

<sup>649</sup> TAR LAZIO, 3 Luglio 2013, n. 7837, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Ad avviso del Collegio, «la condotta con la quale si impedisce al correntista di interrompere il proprio rapporto contrattuale con la Banca, dilazionando in modo ingiustificato i tempi di chiusura del conto, agisce sul piano della libera determinazione da parte del consumatore di dirigere la propria scelta contrattuale nei confronti di un altro professionista e, dunque, sul piano della decisione commerciale che, secondo la definizione di cui all'art. 18, comma 1, lett. m) è “la decisione presa da un consumatore relativa a se acquistare o meno un prodotto, in che modo farlo e a quali condizioni, se pagare integralmente o parzialmente, se tenere un prodotto o disfarsene o se esercitare un diritto contrattuale in relazione al prodotto”».

<sup>650</sup> ABF, MILANO, 14 Febbraio 2019, n. 4800, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

Il consumatore, quindi, potrà fornire spiegazioni dell'operazione evidenziando, ad esempio, che l'effettuazione di una rimessa di rilevante ammontare verso l'estero è giustificata da esigenze di mantenimento della famiglia nel paese di origine; il PSP, dunque, recederà dal CCB solo in mancanza di spiegazioni. Un recesso del PSP in mancanza di uno dei motivi tassativamente previsti sarà inefficace, mentre in presenza di un termine di preavviso inferiore a quello minimo, fissato in due mesi dall'art. 126-*vicies ter*, comma 3, il consumatore avrà diritto al risarcimento dei danni, consistenti nelle spese sostenute per aprire un altro c/c e negli eventuali disagi derivanti dall'impossibilità di ricevere stipendi o di effettuare pagamenti elettronici.

Per quanto riguarda, invece, la gestione del rischio linguistico del cliente straniero, si rinvia alle riflessioni svolte *supra* (v. cap. I, par. 4.1.); in questa sede basta ribadire che la mancanza nella normativa sul conto di pagamento di un obbligo di chiarimenti sul contenuto del contratto non esclude che, nel caso concreto, la buona fede imponga all'intermediario di chiarire oralmente o per iscritto eventuali equivoci sul significato dei documenti informativi o delle clausole redatte in italiano; eventuali comportamenti non cooperativi, pertanto, possono essere fonte di un diritto al risarcimento dei danni cagionati.

CAPITOLO V  
L'ESCLUSIONE FINANZIARIA PER MOTIVI RELIGIOSI; I CONTRATTI  
*SHARI'AH COMPLIANT.*

*1. La mancanza di una normativa Shari'ah compliant.*

Tra le varie forme di esclusione finanziaria, quella degli immigrati musulmani, di tipo volontario, è cagionata da fattori oggettivi non emendabili con l'educazione finanziaria o una maggiore responsabilizzazione degli intermediari. Come confermano studi empirici condotti dall'Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, tali potenziali clienti spesso si auto-escludono dall'accesso ai servizi bancari, finanziari e assicurativi in quanto i relativi contratti non rispettano i precetti della religione islamica<sup>651</sup>.

Come osservato in dottrina, nonostante la mancanza di contratti *Shari'ah compliant* sia fonte di discriminazione per tali consumatori, non esiste un obbligo degli Stati membri di rimuovere gli ostacoli normativi alla diffusione della finanza islamica, dato che gli artt. 10 e 19 TFUE lasciano intatta la discrezionalità degli Stati e dell'UE circa le misure e le politiche da adottare per combattere ogni tipo di discriminazione, tra cui quella religiosa<sup>652</sup>. Seppure con un notevole ritardo rispetto agli altri ordinamenti e all'interesse suscitato negli operatori<sup>653</sup>, il 2 maggio 2017 è stato però presentato presso la Camera dei Deputati un progetto di legge<sup>654</sup> – assegnato alla VI Commissione Finanze –

---

<sup>651</sup> D. FRIGERI (a cura di), *Osservatorio Nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti in Italia, CeSPI, VI Rapporto*, 2017, p. 84. Si evidenzia, in particolare, che tra i *drivers* di tale rapporto rientra il rispetto delle norme religiose (21%).

<sup>652</sup> G. GIMIGLIANO, *Banking contracts and Sharia rules within the European Union framework*, in *Open Review of Banking, Finance, and Economics*, 2019, p. 1 ss.

<sup>653</sup> Già nel 2004 la Cassa di Risparmio di Fabriano e Cupramontana aveva lanciato il primo deposito dedicato alla comunità islamica, privo di interessi ma produttivo di premi in natura, rapportati alla giacenza del conto, e il mutuo Extragentile, parimenti rispettoso dei principi del Corano. Nello stesso anno la Banca Popolare di Sondrio aveva proposto un conto corrente in due versioni, una delle quali avente come target i clienti islamici, priva di remunerazione delle giacenze ma con una copertura assicurativa gratuita contro gli infortuni per il titolare. V. N. BORRACHINI, *Banche e immigrati: credito, rimesse e finanza islamica*, Pacini editore, Pisa, 2007, pp. 120-140.

<sup>654</sup> <http://www.camera.it/leg17/126?tab=2&leg=17&idDocumento=4453&sede=&tipo=http://documenti.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0052870.pdf>. Per un commento del progetto di legge sia consentito il rinvio a G. MATTARELLA, *La compatibilità della finanza islamica con l'ordinamento italiano: commento al progetto di legge del 2017*, in *Riv. banc.*, 2019, 5/6, pp. 59 ss.

avente ad oggetto la disciplina dei contratti *Shari'ah compliant*. L'approvazione della proposta di legge sarebbe foriera di rilevanti risvolti socio-economici. Basti pensare al valore economico mondiale delle attività finanziarie islamiche, che nel 2016 ammontava a circa 1.893 miliardi di dollari, dei quali 1.493 rappresentato dai servizi bancari e 318,5 miliardi dal mercato dei valori mobiliari<sup>655</sup>. Il risvolto economico sarebbe rappresentato dall'affluenza in Italia di capitali provenienti dai paesi islamici, con maggiori opportunità di finanziamento per imprese, banche e il debito pubblico, grazie anche alla possibile emissione di *sukuk* da parte dello Stato; le imprese potrebbero aumentare l'accesso al mercato dei capitali quotando i *sukuk* in indici *Shari'ah compliant*, come l'*Islamic Dow Jones Index* e il *Financial Times Islamic Index*. Il risvolto sociale è costituito dall'inclusione finanziaria degli immigrati musulmani<sup>656</sup>, la cui comunità regolarmente residente in Italia nel 2016 oscillava tra 1,5 e 2 milioni di persone<sup>657</sup>.

Si tratta di verificare se i principi della finanza islamica siano compatibili con il nostro ordinamento giuridico, cercando di rispondere a due quesiti: in primo luogo, se sia ammissibile la costituzione di una banca islamica; in secondo luogo, se l'utilizzo di contratti *Shari'ah compliant* ne imponga un recepimento da parte del legislatore o se, invece, essi siano ammissibili come contratti atipici *ex art. 1322, comma 2, c.c.*

## 2. I principi della finanza islamica.

Il diritto musulmano nasce in concomitanza con l'affermazione della religione islamica. Nella società islamica, la divisione del sistema religioso da quello politico-giuridico è utile solo a fini dogmatici, in quanto si tratta di ambiti non distinguibili, tanto da far ritenere che «*dogmatica, morale, rito, diritto privato e pubblico (categorie*

---

<sup>655</sup> ISLAMIC FINANCIAL SERVICES BOARD, *Islamic Financial Services Industry, Stability Report*, 2017, p. 7. L'IFSB è stato costituito nel 2002 sul modello del Comitato di Basilea, con l'obiettivo di promuovere la crescita dei servizi finanziari islamici tramite l'emanazione di standard, linee guida e altri atti di *soft law*.

<sup>656</sup> V. in generale DG EMPLOYMENT SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES, *Financial services provision and prevention of financial inclusion*, cit., p. 9, ove per inclusione finanziaria si intendono le attività tese a favorire l'accesso e l'utilizzo efficace dei servizi bancari da parte di soggetti e organizzazioni non ancora integrati nel sistema finanziario ordinario.

<sup>657</sup> P. ABENANTE, D. FRIGERI, *Finanza islamica, Paper 2018, Osservatorio Nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti*, CeSPI, p. 3. Secondo alcune stime entro il 2030 in Italia saranno residenti 3,65 milioni di musulmani, e ciò costituisce uno dei motivi di maggiore interesse per l'introduzione della finanza islamica in Italia: v. S. IANNAZZONE, *Development and Prospects for Islamic Finance in Italy*, in M. HAJJAR (ed.), *Islamic Finance in Europe. A Cross Analysis of 10 European Countries*, Palgrave-Macmillan, London, 2019, p. 190.

*romanistiche che i giurisperiti musulmani non hanno elaborato e che l'Islam solo in epoca contemporanea ha recepito) sono categorie che mal si adattano a quell'unico tutto, che scaturisce dalle medesime fonti sacre e che porta il nome complessivo di shari'ah»<sup>658</sup>.*

L'Islam prescrive precise regole di comportamento per regolare ogni ambito della vita quotidiana, quali gli aspetti religiosi, il matrimonio, le successioni, l'alimentazione, nonché, per quanto rileva ai nostri fini, la stipulazione di contratti. Vi è il divieto di comportamenti proibiti anche indirettamente dalle fonti del diritto (*haram*): questo comporta, ad esempio, il divieto di acquistare azioni in società aventi come oggetto sociale la gestione di un casinò o il commercio di carne di maiale, attività considerate moralmente riprovevoli o vietate dal Corano. Pertanto, è esatta l'osservazione secondo la quale la finanza islamica è un'industria guidata dalle proibizioni (*prohibition-driven industry*)<sup>659</sup>.

Dato che si discorre dell'introduzione di tali contratti nel nostro ordinamento, occorre rammentare che per finanza islamica non si intende la finanza dei paesi islamici né la finanza dei soggetti di religione musulmana, ma semplicemente quei contratti posti in essere nel rispetto dei precetti delle regole della legge islamica<sup>660</sup>, ampiamente diffusi anche in ordinamenti giuridici occidentali<sup>661</sup>.

---

<sup>658</sup> Così F. CASTRO, in R. SACCO, (a cura di), *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile, Voce "Diritto Musulmano"*, VI edizione, Utet, Torino, 2011, p. 289. Sul diritto musulmano, v. in generale M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a. La legge sacra dell'Islam*, Il Mulino, Bologna, 2014; J. SCHACHT, *An Introduction To Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1982, passim; IMRAM HUSSAIN MINHAS, *Insights on Islamic Finance*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, April-June 2014, Vol. 31, Issue n. 2, pp. 81-89.

<sup>659</sup> T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant*, cit., p. 29.

<sup>660</sup> M. A. EL-GAMAL, *Islamic Finance: Law, Economics, Practice*, Cambridge University Press, 2006, p. 8.

<sup>661</sup> In Europa i paesi che hanno mostrato maggiore interesse per la finanza islamica sono stati il Regno Unito e la Francia, e, in una certa misura, la Germania. Già nel 2001 un gruppo di lavoro presieduto dal Governatore della Banca d'Inghilterra e composto da rappresentanti delle comunità islamiche e del governo aveva elaborato alcune proposte per rimuovere gli ostacoli normativi alla diffusione delle operazioni di finanza islamica. Uno di questi era la doppia imposizione, in quanto per i mutui islamici (*murabahah*) la tassa di registrazione era applicabile sia al trasferimento della proprietà alla banca sia al secondo trasferimento del bene al cliente. La doppia imposizione è stata eliminata con la legge finanziaria del 2003, mentre con la legge finanziaria del 2007 il regime fiscale del *sukuk* è stato assimilato a quello degli altri titoli. Anticipando il legislatore dell'UE, nel 2003 il Regno Unito ha introdotto il conto bancario di base, che non paga i depositi e non consente la scoperta, al fine di soddisfare le esigenze di inclusione finanziaria delle classi più povere. V. M. AINLEY, A. MASHAYEKHI, R. HIKS, A. RAHMAN, A. RAVALIA, *Islamic Finance in the UK: Regulation and Challenges*, *Financial services Authority*, November 2007, p. 8 ss. In Francia risiede la più grande comunità islamica in Europa, stimata in circa 5 milioni di persone (7-9% della popolazione totale francese). Nel 2010 è stato firmato un accordo tra *Paris Europlace* e AAOIFI per rimuovere gli ostacoli allo sviluppo della finanza islamica, che ha portato all'emanazione di linee guida per l'emissione di *sukuk* in Francia, avvenuta per la prima volta nel 2011; nello stesso anno fu introdotto un

Uno dei principio generali dei contratti islamici è la condivisione dei rischi tra le parti (c.d. *Profit-Loss Sharing*): nei contratti di finanziamento, in particolare, il finanziatore non si limita all'erogazione del credito, ma condivide altresì il rischio di impresa del debitore, partecipando anche alle eventuali perdite. In altre parole, il rapporto contrattuale deve essere foriero di benefici per entrambe le parti, allocando simmetricamente perdite e profitti, il che sembra implicare, in termini economici, la realizzazione di un miglioramento paretiano. Tale affermazione può essere fuorviante, se intesa nel senso che l'efficienza è l'unico criterio rilevante nelle transazioni: nel sistema finanziario islamico, infatti, l'efficienza è subordinata ai principi religiosi, sicchè un'operazione più complessa e onerosa, anche sul piano fiscale, deve essere preferita se conforme ai principi islamici<sup>662</sup>.

Divero è dunque l'obiettivo dell'analisi economica del diritto, cioè configurare regole efficienti, e rispetto a quello della finanza islamica, la cui proibizione degli interessi secondo alcuni sarebbe un ostacolo all'efficienza<sup>663</sup>. Anche il mancato riconoscimento della libertà di stipulare contratti atipici, motivato in base alla incompatibilità col controllo del rispetto dei precetti islamici<sup>664</sup>, non sembra efficiente nella misura in cui impedisce la stipulazione del maggior numero di transazioni. La concezione islamica del contratto, peranto, sembra rispondere ad istanze solidaristiche ed egualitarie in misura maggiore rispetto alla concezione del nostro ordinamento, per la quale gli schemi negoziali costituiscono strumenti solo astrattamente funzionali

---

contratto di mutuo di dieci anni con la *murabaha*, seguito dal primo conto corrente corrente secondo *Shari'a*. In realtà, la legislazione francese prevedeva già il divieto di remunerare i depositi a vista al di sotto di una determinata soglia, in conformità con una decisione del Consiglio nazionale del credito del 1969 e dell'art. 1756 bis del codice generale delle imposte. Questo divieto, riportato in successive disposizioni legali, è stato infine dichiarato illegale dalla Corte di giustizia nel 2004. Sulla finanza islamica in Francia, vedi R. GRASSA, M. K. HASSAM, *Islamic finance in France: Current States, Challenges and Opportunities*, in *International Journal of Islamic Economics and Finance Studies*, 2015, vol. 1, 1, pp. 65-78. Per la finanza islamica in Germania vedi M. DAGHLES, *The Islamic Finance and Markets Review*, ed. 3, 2018, in [www.thelawreviews.co.uk](http://www.thelawreviews.co.uk); M. CASPER, A. A. ALLALI, *Islamic Finance Made in Germany – A case study on Kuveyt Türk (KT Bank):Germany first Islamic Bank*, p. 2 ss, in [www.uni-muenster.de](http://www.uni-muenster.de). Per un quadro generale della diffusione della finanza islamica in Europa v. B. K. Grewal, *Islamic Finance in The Global Financial System*, in F. DI MAURO, P. CARISTI, S. COUDERC, A. DI MARIA, L. HO, B. K. GREWAL, S. MASCIANTONIO, S. ONGENA, S. ZAHER, *Islamic Finance in Europe, Occasional Papers, n. 146 (June 2013)*, *European Central Bank*, p. 25 ss.

<sup>662</sup> T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant, Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 29.

<sup>663</sup> M. A. EL-GAMAL, *Islamic Finance*, cit., pp. 8-9.

<sup>664</sup> J. SCHACHT, *An Introduction To Islamic Law*, cit., p. 144.



all'interesse delle parti – il diritto privato è un diritto dei mezzi, non degli scopi<sup>665</sup> –, ma non assicurano la vantaggiosità dell'affare per entrambe le parti, valendo generalmente il principio *caveat emptor*.

A ben vedere, vi sono delle affinità tra il *profit and loss sharing* e la buona fede. La buona fede, predicato in ambito contrattuale del principio di solidarietà, non diversamente dal principio islamico, ha una componente etica<sup>666</sup>, assoggettando il rapporto obbligatorio alla salvaguardia degli interessi della controparte: entrambi, in una certa misura, implicano la condivisione degli oneri economici del contratto.

Non sembra potersi sostenere, tuttavia, l'identità tra i due principi, poiché la buona fede incontra il limite dell'apprezzabile sacrificio della parte: «*il soggetto è tenuto a far salvo l'interesse altrui ma non fino al punto di subire un apprezzabile sacrificio, personale o economico. In mancanza di una particolare tutela giuridica dell'interesse altrui non si giustificerebbe infatti la prevalenza di esso sull'interesse proprio del soggetto*».<sup>667</sup> Al contrario, secondo il principio del *risk sharing* non solo gli oneri economici della stipulazione, ma anche le perdite legate all'affare devono essere sopportate in egual misura dalle parti, con ciò richiedendo una condotta che va al di là di quanto richiede la buona fede *in executivis*.

Il superamento del principio di buona fede nel settore finanziario è stato già sostenuto con riferimento alle regole di condotta degli intermediari finanziari<sup>668</sup>, evidenziando, condivisibilmente, che i costi di *compliance*, di *disclosure*, l'acquisizione di informazioni dal cliente e la valutazione dell'adeguatezza dell'investimento richiederebbero più di un "apprezzabile sacrificio". Il professionista, che deve tenere

---

<sup>665</sup> Il diritto privato è un diritto dei mezzi, non degli scopi. Così N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 48. Cfr. D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 72-82 L'A. stigmatizza la tendenza a considerare il diritto privato come mezzo per rimuovere le disuguaglianze di fatto a favore delle categorie disagiate, poiché il mercato vuole che il contraente agisca perseguendo i propri scopi, non quelli altrui. Sul principio di eguaglianza nel diritto privato, v. in generale D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, cit., passim. Sulla concezione di eguaglianza è d'obbligo il rinvio a N. BOBBIO, *Eguaglianza e egualitarismo*, cit., pp. 14-17.

<sup>666</sup> V. S. RODOTÀ', *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 144.

<sup>667</sup> Così C. M. BIANCA, *Diritto civile, vol. III, Il contratto*, ed. III, Giuffrè, Milano, 2019, p. 456.

<sup>668</sup> R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 78-85; conforme, D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 450-453; *contra*, G. M. UDA, *L'informativa alla clientela in relazione ai servizi di investimento*, in *La MiFID II. Rapporti con la clientela-regole di governance-mercati*, a cura di V. TROIANO, R. MOTRONI, Cedam, Milano, 2016, pp. 36-40; R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Società*, 2008, 3, pp. 269-272.

conto degli interessi dei clienti<sup>669</sup>, però, non deve certo condividere il rischio economico dell'operazione; il diritto privato islamico, dunque, fornisce alla parte debole una tutela ben maggiore rispetto alla normativa dei mercati bancari, assicurativi e finanziari.

Due sono i principi riguardanti più da vicino i contratti assicurativi, bancari e finanziari nel diritto islamico, la cui assolutezza, però, si è mitigata nel tempo: il divieto di *ribā'* e il divieto del *gharar*. Il primo, tradotto con “*aumento*” o “*accrescimento*”, viene comunemente associato alla proibizione degli interessi, corrispettivi e moratori, e dell'usura nei contratti di credito, ma ha una portata più ampia, vietando ogni arricchimento ingiustificato<sup>670</sup>; nei contratti di deposito e conto corrente, dunque, esso vieta la remunerazione con interessi delle giacenze. La stipulazione degli interessi è considerata iniqua e fondata sullo sfruttamento di una situazione di bisogno: si ritiene, invero, che il denaro derivante dagli interessi venga acquistato senza corrispettivo e, pertanto, non sia in grado di realizzare la mutua cooperazione che dovrebbe caratterizzare i rapporti contrattuali<sup>671</sup>.

Il divieto di stipulare interessi nei contratti di finanziamento è assoluto, essendo applicato anche se il tasso di interessi non è usurario, senza distinguere tra usura originaria e sopravvenuta<sup>672</sup>.

In definitiva, la fondamentale seppure non unica differenza tra il sistema finanziario islamico e quello italiano è che nel secondo l'interesse è il principale strumento di guadagno per le banche: ai sensi dell'art. 1224 c.c., una somma di denaro produce interessi *ex lege*, e ai sensi dell'art. 1283 interessi possono diventare capitale; potremmo sostenere che la finanza islamica è più vicina a un modello di una vera economia di mercato, mentre il sistema italiano è una conseguenza del duro capitalismo, in cui il denaro viene creato dal nulla<sup>673</sup> e i debiti sono creati per essere venduti sul

---

<sup>669</sup> V. artt. 21 t.u.f., 120 *septies* t.u.b., 183 c.a.p.

<sup>670</sup> T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant*, cit., p. 34 ss., il quale evidenzia, infatti, che il divieto si applica anche ai contratti di permuta, nel caso in cui il valore dei beni sia diverso (*ribā' al fadl*).

<sup>671</sup> T. V. RUSSO, *Contrattazione Shari'a compliant e meritevolezza degli interessi. Prime riflessioni su un differente approccio al mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 4/2014, p. 6.

<sup>672</sup> Com'è noto, invece, il Codice civile all'art. 1815, comma 2, sanziona con la nullità la sola clausola contenente interessi usurari, in caso di superamento della soglia legale al momento della pattuizione, anche se fino al recente intervento delle Sezioni Unite si era sostenuta anche la tesi della nullità per usurarietà sopravvenuta. CASS., Sez. Un., 19 Ottobre 2017, n. 24675, in [www.dirittocivilecontemporaneo.it](http://www.dirittocivilecontemporaneo.it); sul tema, v. in generale, S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usura e della sopravvenuta tra regole e principi*, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, edizione II, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 95-115.

<sup>673</sup> M. AMATO, *L'enigma della moneta e l'inizio dell'economia*, Dialectica, 2016, pp. 9 e 294.

mercato finanziario<sup>674</sup>. Ed infatti, mentre nella finanza islamica il denaro è solo uno strumento di pagamento, in un'economia capitalista il denaro è diventato un bene in sé, come mostrato durante la crisi finanziaria, che ha mostrato tutti i limiti di un sistema bancario non più basato sul modello *originate to hold*, bensì sul diverso *originate to distribute*<sup>675</sup>.

Nei contratti islamici vietato è anche il c.d. *gharar*, cioè l'eccessiva incertezza, non solo nei contratti aleatori ma in ogni tipo di contratto. A differenza del divieto di *ribā'* esso non ha carattere assoluto in quanto postula una valutazione caso per caso per verificare se nella fattispecie ricorre un'eccessiva incertezza; a tal fine, rileva ogni elemento del contratto, come il prezzo, il termine di adempimento, la quantità e la qualità del bene negoziato. Si distingue tra *gharar* eccessivo, che rende nullo il contratto, e l'incertezza trascurabile, che non rende nullo il contratto<sup>676</sup>.

Infine, sono vietate le operazioni speculative aventi ad oggetto derivati, contrarie al divieto di *maysir*, che vieta operazioni di pura sorte, anche se, nella prassi, le istituzioni finanziarie islamiche stipulano derivati per coprirsi da un rischio, sicchè anche tale divieto non è assoluto<sup>677</sup>.

Il principio della condivisione del rischio nel diritto islamico si applica anche i contratti assicurativi, ammessi nella forma del c.d. *takàful*: si tratta di un contratto plurilaterale, assimilabile alle mutue assicuratrici, che prevede il versamento da parte dei

---

<sup>674</sup> M. AMATO, L. FANTACCI, *Come salvare il mercato dal capitalismo. Idee per un'altra finanza*, Donzelli, Roma, 2012, p. 26. V. ID., *Un'altra finanza è possibile*, in *l'Unità*, 08/07/2012, per i quali occorre cessare di commerciare nel mercato ciò che non è un bene, ovvero il denaro e il credito.

<sup>675</sup> In tal senso, L. FANTACCI, *La moneta. Storia di un'istituzione mancata*, Marsilio, Venezia, 2005, p. 262: «Nel pensiero classico fino a Smith la moneta era prima di tutto misura; nell'era del metallo era soprattutto scambio; nel capitalismo finanziario è soprattutto riserva di valore». Secondo la dottrina islamica, proprio nella trasformazione di ogni bene (come la moneta) in un bene commerciabile risiede la differenza fondamentale tra la concezione occidentale degli affari economici e quella islamica; così J. ERCANBRACK, *The Law of Islamic Finance in the United Kingdom: Legal Pluralism and Financial Competition*, 2011, pp. 160-161.

<sup>676</sup> V. F. MIGLIETTA, *I principi della finanza islamica*, cit., p. 24.

<sup>677</sup> il Codice civile nega ogni azione per l'adempimento della scommessa (art. 1933), salvo la deroga prevista all'art. 23, comma 5, t.u.f.; la giurisprudenza, inoltre, sottopone i contratti derivati al giudizio di meritevolezza ai sensi dell'art. 1322 c.c., sanzionando con la nullità della causa i derivati meramente speculativi, non aventi alcuna funzione di copertura di un rischio. Cfr. *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 31 Luglio 2017, n. 19013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/17869>. In dottrina, sui contratti derivati, su tutti v. M. BARCELLONA, *Della Causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, Milano, 2015, pp. 446-522.

partecipanti di una quota in un fondo comune, il quale poi indennizzerà gli assicurati in caso di sinistri<sup>678</sup>.

### 3. *E' ammissibile nel nostro ordinamento una banca islamica?*

Proponendo di disciplinare i contratti di finanziamento islamici, il progetto logicamente impone di valutare l'ammissibilità nel nostro ordinamento di una banca islamica<sup>679</sup>; tale questione, invece, non viene affrontata dalle disposizioni, che non offrono molti spunti utili in chiave ermeneutica, limitandosi nell'art. 2, comma 1, lett. a) ad un rinvio alla nozione di banca di cui al t.u.b.

Tuttavia, il rinvio non è totalmente privo di significato, nella misura in cui stabilisce che a stipulare i contratti di cui all'art. 3 debba essere un'impresa «*autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria o l'intermediario finanziario ai sensi del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia [...]*». Di conseguenza, qualsiasi intermediario che ponga in essere tali operazioni, compresa una banca islamica stabilita in Italia, dovrebbe soddisfare i requisiti dell'art. 14 t.u.b. validi per tutte le banche senza alcuna deroga. Sotto questo profilo il progetto di legge mutua l'approccio del legislatore britannico, sintetizzabile con l'espressione *no obstacles, but no special favours*. Tra i primi ordinamenti interessati alla finanza islamica, nel Regno Unito da tempo operano cinque banche islamiche autorizzate dalla *Financial Services Authority (FSA)* con lo stesso procedimento vigente per le banche convenzionali<sup>680</sup>, disciplinato dal *Financial Services and Markets Act* del 2000, come modificato dal *Financial Services Act* nel 2012.

La disciplina delle operazioni di finanza islamica, infatti, non può tradursi in un vantaggio competitivo per queste istituzioni, ma deve limitarsi a quanto necessario per rimuovere gli ostacoli alla loro operatività, tra i quali il trattamento fiscale. Per operare

---

<sup>678</sup> V. F. MIGLIETTA, M. G. STARITA, *Una tassonomia dei contratti*, in *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia* (a cura di C. PORZIO), Bancaria editrice, Roma, 2009, p. 36; v. anche M. MASUM BILLAH, Y. A. BASODAN, *Islamic Insurance (Takaful) Models and Their Accounting Dichotomy*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, volume 34, Jan-March 2017 n. 1, pp. 11-32.

<sup>679</sup> V. in generale, G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO, (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Giuffrè, Milano, 2006, *passim*; v. anche M. MIRAGLIA, *Banche islamiche*, cit, *passim*.

<sup>680</sup> Islamic Bank of Britain, European Islamic Investment Bank, Bank of London and the Middle East, European Finance House, Gatehouse Bank. Sulla disciplina della finanza islamica nel Regno Unito v. in generale S. ASMAT, *Islamic Finance in the Western World: Development, legal regulation and challenges faced by Islamic Finance in the United Kingdom*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, April-June 2014, Vol. 31, Issue n. 2, pp. 97-100.

nel Regno Unito, dunque, tutte le banche devono soddisfare gli stessi requisiti legali indipendentemente dal credo religioso o dal settore di attività.

Occorre verificare se la banca islamica possa soddisfare i requisiti legali, e, a monte, se la relativa attività sia qualificabile come attività bancaria. Uno studio della Banca d'Italia ha posto un problema di compatibilità tra l'oggetto sociale delle banche islamiche e la nozione di attività bancaria di cui all'art. 10 t.u.b.<sup>681</sup>; occorre rammentare, tuttavia, che 1) solo alcune delle attività delle banche islamiche non sono riconducibili alla raccolta del risparmio e che 2) le banche italiane esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria (art. 10, comma 3, t.u.b.).

Se nelle banche islamiche è sempre vietata la remunerazione delle giacenze depositate, non sempre si applica invece la condivisione delle perdite e dei profitti tra la banca e il correntista. Occorre distinguere, infatti, tra i due strumenti di raccolta del risparmio per le banche islamiche: i conti correnti per i depositi a vista, usati per depositare piccole somme, non remunerati e con funzione di custodia del denaro; i conti di investimento, nei quali si depositano somme rilevanti, remunerate con interessi ma non garantite, poiché la restituzione del capitale dipende dal risultato dell'impiego<sup>682</sup>.

Nei conti di investimento, dunque, le somme depositate costituiscono capitale di rischio, e il depositante è simile ad un investitore/azionista<sup>683</sup>. Solo per quest'ultima tipologia si pone un problema di compatibilità con la nozione di raccolta del risparmio, poiché ai sensi dell'art. 11 t.u.b. è tale solo l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma. Nessuna incompatibilità sussiste, invece, per il conto del primo tipo, le cui caratteristiche, peraltro, sono molto

---

<sup>681</sup> G. GOMEL, A. CICOGNA, D. DE FALCO, M. V. DELLA PENNA, L. DI BONA, DE SARZANA, A. DI MARIA, P. DI NATALE, A. FRENI, S. MASCIANTONIO, G. ODDO E E. VADALÀ, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali*, cit., p. 44.

<sup>682</sup> Nella prassi islamica le somme depositate nei conti di investimento vengono investite in base a *contratti shari'ah compliant*, come il *mudarabah*, in attività specifiche (*restricted mudarabah*) o per finanziare l'attività di impiego della banca (*unrestricted*). In base al primo tipo di *mudārabah*, le somme depositate vengono remunerate attraverso una partecipazione agli utili e alle perdite del progetto o dello specifico investimento finanziato. Secondo uno studio di Banca d'Italia (G. GOMEL, A. CICOGNA, D. DE FALCO, M. V. DELLA PENNA, L. DI BONA, DE SARZANA, A. DI MARIA, P. DI NATALE, A. FRENI, S. MASCIANTONIO, G. ODDO E E. VADALÀ, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali*, cit., p. 10), le modalità di gestione dei depositi partecipativi presentano affinità con la gestione in monte dei fondi comuni di investimento, sebbene al contrario dei fondi comuni non siano previste regole di separatezza che valgano a garantire l'isolamento delle risorse conferite dai depositanti rispetto a quelle della banca.

<sup>683</sup> Così G. GOMEL *et al.*, op. ult. cit., p. 10: «Inoltre, quanto meno nei conti di investimento, i depositanti assumono una posizione del tutto simile a quella dei soci di capitale, ma a differenza di questi ultimi non hanno poteri gestori né sulla società finanziata, né sulla banca».

simili a quelle del conto corrente di base di cui all'art. 126 *undevicies* t.u.b.<sup>684</sup>, il quale parimenti non remunera le giacenze; del resto, né dal t.u.b., né dalla legislazione di altri ordinamenti<sup>685</sup>, sembra evincersi che la remunerazione delle giacenze sia un requisito legale della raccolta del risparmio.

Già nel vigore della legge bancaria del '36 – la quale includeva nell'attività bancaria la raccolta del risparmio tra il pubblico sotto ogni forma – la dottrina riteneva che, nella nozione generica ivi enucleata, rientrassero solo le forme di raccolta di denaro che rendevano la banca debitrice e il depositante titolare di un diritto di credito alla restituzione del denaro<sup>686</sup>. Né può invocarsi, in senso contrario, la delibera del CICR del 19 Luglio 2005, n. 1058, laddove prevede (art. 1, comma 2), dopo aver definito la nozione di raccolta, che i «*tempi e l'entità del rimborso [...] possono dipendere da parametri oggettivi, compresi quelli rapportati all'andamento economico dell'impresa o dell'affare in relazione ai quali i fondi sono stati acquisiti*». Tale previsione, invero, subordinando a determinati parametri solo il *quando* e il *quantum* della restituzione, giammai l'*an*, impedisce la riconduzione dei conti correnti di investimento all'attività di raccolta del risparmio.

Sembra opportuno sottolineare, tuttavia, che nel nostro ordinamento esiste già una forma di *profit and loss sharing* dei creditori delle banche, pur con le dovute differenze. La dir. 2014/59<sup>687</sup>, attuata in Italia con il D.Lgs. n. 180/2015, prevede all'art. 43 la procedura di *bail in* come misura risolutiva delle crisi, che ripartisce le passività delle

---

<sup>684</sup> Il c.c.b. non remunera le giacenze – dunque è *Shari'ah compliant* – ed è offerto a consumatori con difficoltà di inclusione finanziaria. Pertanto, viene utilizzato per il deposito di somme di modesto ammontare.

<sup>685</sup> S. ASMAT, *Islamic Finance in the Western World*, cit., p. 98; v. *Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001*, art. 5, par. 2: «*“deposit” means a sum of money [...] paid on terms – (a) under which it will be repaid, with or without interest or premium [...].* Tuttavia la remunerazione dei conti a vista non può essere vietata: v. CGUE, 5 Ottobre 2004, *CaixaBank France c. Ministère de l'Économie*, C-442/02 in curia.europa.eu; in generale, v. G. ROTONDO, *Il divieto di corrispondere interessi tra finanza islamica e ordinamenti europei: il caso della normativa francese sulla remunerazione dei depositi a vista*, in G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO, *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, cit., pp. 159-167.

<sup>686</sup> R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 208; v. anche M. DE POLI, *European Banking Law*, Cedam, Milano, 2017, pp. 22-28; F. GIORGIANNI, C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, cit., pp. 82-85.

<sup>687</sup> Direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento. Sul punto v. in generale M. DE POLI, *European Banking Law*, cit., pp. 199-248.

banche non solo tra gli azionisti, ma anche tra i creditori; si ammette la conversione del capitale o la svalutazione del valore nominale dei crediti o dei titoli di debito<sup>688</sup>.

Dall'elenco delle passività escluse di cui all'art. 44, comma 2, lett. a-g) si evince *a contrario* che anche i crediti derivanti da depositi non protetti – quelli superiori a 100.000 euro – possono essere cancellati. Il rischio che un creditore-depositante possa perdere *in toto* il capitale, dunque, non è estraneo al nostro sistema finanziario, sebbene si tratti di rischio eccezionale, mentre nei conti di investimento islamici si tratta di un rischio ordinario. La raccolta effettuata dalle banche islamiche tramite conti partecipativi del rischio, dunque, andrebbe qualificata come servizio di investimento, rientrando nelle attività finanziarie di cui all'art. 10, comma 3, t.u.b.<sup>689</sup>, senza che ciò possa impedire che le restanti attività siano qualificate come attività bancarie.

Un'altra questione riguarda la compatibilità tra il *Profit and Loss Sharing* e i sistemi di garanzia dei depositi, l'adesione ai quali è condizione per l'autorizzazione all'attività bancaria, *ex artt.* 96 t.u.b. La garanzia della restituzione delle somme depositate o investite, in una certa misura<sup>690</sup>, assicura un vantaggio certo ad una parte, mentre l'altra sopporta un sacrificio. Occorre però aggiungere che, a differenza di altri ordinamenti, la garanzia dei depositi costituisce corollario del principio di tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost., il che rende problematico trasporre nel nostro ordinamento *sic et simpliciter* le soluzioni sperimentate altrove. Nel Regno Unito, *l'Islamic Bank of Britain* – fermo il diritto dei depositanti ad essere garantiti – consente di rinunciare *ex post* alla garanzia, ma per la *Financial Services Authority* tale soluzione non sarebbe necessariamente proponibile in altri contesti giuridici<sup>691</sup>. E' vero che si tratta di un diritto di credito *ex lege* derivante dalla stipulazione di un contratto di deposito,

---

<sup>688</sup> L'esclusione delle passività di cui all'art. 44, comma 2, lett. a)-g) deroga al principio della *par condicio creditorum*: D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie. Risoluzione e tecniche di intervento*, UTET Giuridica, Milano, 2017, pp. 117-122.

<sup>689</sup> Cfr. S. IANNAZZONE, *Development and Prospects for Islamic Finance in Italy*, cit., p. 197, per la quale la partecipazione al rischio d'impresa rende gli intestatari di conti correnti di investimento islamici assimilabili a coloro che investono in Società di gestione del risparmio (SGR) e Società di investimento a capitale variabile (SICAV), sebbene a differenza dei correntisti islamici gli investitori nelle SICAV, in quanto azionisti, possano determinare le decisioni di investimento esercitando il proprio diritto di voto.

<sup>690</sup> L'art. 96-bis.1, comma 3, t.u.b., garantisce i depositi fino a 100.000 Euro, mentre l'art. 5, comma 1, d.m. 14 Novembre 1997, n. 495, copre gli investimenti fino a 20.000 Euro. La diversa garanzia deriva dal fatto che l'investimento nel mercato dei capitali è per natura rischioso e non assimilabile al deposito di una somma presso una banca. Una garanzia degli investimenti più elevata, inoltre, potrebbe incentivare comportamenti di azzardo morale dell'investitore.

<sup>691</sup> M. AINLEY, A. MASHAYEKHI, R. HICKS, A. RAHMAN, A. RAVALIA, *Islamic Finance in the UK: Regulation and Challenges*, cit, p. 14.

liberamente disponibile da parte del titolare. La rinuncia alla garanzia, tuttavia, non potrebbe essere imposta dagli intermediari nelle condizioni generali di contratto; in base ad alcune pronunce della giurisprudenza<sup>692</sup>, che hanno assunto l'art. 47 Cost. come parametro del giudizio di cui all'art. 1322, 2° comma, c.c., tali clausole potrebbero ritenersi nulle *ex art.* 1418, comma 1, c.c., per contrasto con la norma imperativa citata. Per la S.C, infatti, non è meritevole di tutela, per contrasto con il principio di tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost., l'interesse perseguito con un contratto atipico che operi una unilaterale riattribuzione del rischio d'impresa.

Anche su tale profilo vi è un avvicinamento tra i due sistemi finanziari: da un lato, la dottrina islamica ammette il rimborso del deposito in caso di condotte illecite degli amministratori dell'istituto di credito; dall'altro lato, l'art. 11, par. 3, dir. 2014/49 prevede che i sistemi di garanzia intervengano non solo per rimborsare i depositanti, ma anche per evitare il fallimento dell'istituto di credito. Il Fondo interbancario di tutela dei depositanti (F.I.T.D.), del resto, è stato impiegato più per supportare le banche in crisi che per garantire il rimborso dei depositanti<sup>693</sup>, soprattutto nei casi di *mala gestio* degli amministratori, gli stessi eccettuati dalla dottrina islamica. In ogni caso, come anticipato il principio del *profit and loss sharing* si applica solo per i conti correnti di investimento, e dunque i principi islamici non ostano alla garanzia dei conti correnti per i depositi a vista<sup>694</sup>; d'altro canto l'art. 96-bis t.u.b. prevede che siano ammessi al rimborso i soli crediti relativi ai fondi acquisiti dalle banche *con obbligo di restituzione*, obbligo che sussiste per i conti correnti per i depositi a vista ma non per i conti di investimento<sup>695</sup>.

Occorre poi verificare se le attività di impiego delle banche islamiche possano essere qualificate come esercizio del credito ai sensi dell'art. 10 t.u.b. Tra i principali contratti di finanziamento utilizzati dalle banche islamiche si annoverano: il *murabahah*, che consiste in una doppia compravendita, il *musharakah* e il *mudarabah*. Il *musharakah* consiste in un'operazione di finanziamento all'impresa mediante la partecipazione al capitale sociale di quest'ultima, con partecipazione della banca agli utili e alle perdite; col *mudarabah* la banca finanzia l'attività di impresa del *mudarib*, che agisce in veste di

---

<sup>692</sup> Cfr., *ex multis*, CASS., 30 Settembre 2015, n. 19559, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

<sup>693</sup> D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie*, cit., p. 90.

<sup>694</sup> S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 52

<sup>695</sup> S. ALVARO, *op. ult. cit.*, *ibidem*.



agente, condividendone i rischi e gli utili ma senza avere il potere di compiere atti di gestione, a differenza che nel *musharakah*<sup>696</sup>.

Dal collegamento funzionale creato dall'art. 10 t.u.b. tra l'esercizio del credito e la raccolta del risparmio consegue che l'esercizio del credito deve effettuarsi con criteri idonei ad assicurare ai risparmiatori-creditori la restituzione dei fondi<sup>697</sup>. Si potrebbe ritenere, dunque, che la condivisione del rischio tra finanziatore e finanziato ponga un problema di rispetto del principio di sana e prudente gestione di cui all'art. 14 t.u.b., la cui violazione condurrebbe al diniego dell'autorizzazione all'attività bancaria. Tale problema, però, si pone solo nel caso di esercizio del credito e, dunque, di attività bancaria. Come ha evidenziato autorevole dottrina, sebbene il t.u.b. non fornisca alcuna definizione di "esercizio del credito", qualche indizio si può ricavare dall'elenco delle attività ammesse al mutuo riconoscimento di cui all'art. 1, comma 2, lett. f), t.u.b., il quale, al n. 2, elenca le operazioni di prestito<sup>698</sup>. L'intento di fornire in tale sede una definizione dell'esercizio del credito, del resto, si desume dall'elenco delle attività costituenti operazioni di prestito, immediatamente dopo avere menzionato, al n. 1, la raccolta di depositi o di altri fondi con obbligo di rimborso, e la nozione stessa di banca, alla lettera a) dell'art. 1, comma 2 t.u.b.

In ogni caso l'elenco di cui al n. 2 appare meramente esemplificativo, dato che, in base alla lettera della legge, le operazioni di prestito comprendono "in particolare" quelle elencate, e di conseguenza *non solo* quelle. A ciò si aggiunga che, secondo la dottrina, la nozione di esercizio del credito dovrebbe includere anche le attività di cui ai nn. 3 e 6 dell'art. 1, comma 2, lett. f), t.u.b., cioè rispettivamente il *leasing* ed il rilascio di garanzie o impegni di firma. Secondo tale dottrina, infatti, la nozione di esercizio del credito andrebbe svincolata dai caratteri tipologici di contratti di credito – che comportano il trasferimento di una somma ad un soggetto con obbligo dello stesso di restituzione –, e ricomprendere tutti i negozi che comportino un incremento patrimoniale temporaneo

---

<sup>696</sup> T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant*, cit., pp. 62-71.

<sup>697</sup> F. GIORGIANNI, *Definizione di attività bancaria e analisi del linguaggio*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2005, 10/11/12, p. 897 ss. Il collegamento tra raccolta e impiego del denaro, del resto, risulta già dall'art. 47 Cost, dal quale si evince che il risparmio, quale valore in sé, può essere difeso in quanto si controlla l'intero ciclo finanziario dalla raccolta all'impiego del risparmio da parte delle banche: F. GIORGIANNI, op. ult. cit., p. 897 ss.

<sup>698</sup> R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 213. In base all'art. 1, comma 2, lett. f), n. 1, t.u.b. tra le operazioni di prestito rientrano *in particolare* il credito al consumo, il credito con garanzia ipotecaria, il factoring, le cessioni di credito pro soluto e pro solvendo, il credito commerciale incluso il "*forfaiting*";

dell'accreditato, con un obbligo di restituzione anche eventuale; secondo tale prospettiva, dunque, anche il rilascio di garanzie o il *leasing* costituiscono esercizio del credito<sup>699</sup>.

È evidente, dunque, che la legge prescindendo dalla sussistenza di una causa di finanziamento nello specifico contratto, dato che è pacifico che il rilascio di garanzie abbia causa appunto di garanzia e che è controversa la presenza di una causa di finanziamento anche nel *leasing*, data l'assenza di un'erogazione diretta dalla banca all'utilizzatore<sup>700</sup>.

Una conclusione sostanzialmente identica si rinviene nelle riflessioni di altri autori, i quali pure al fine di definire l'attività bancaria sottolineano l'importanza della sostanza dell'operazione a discapito della forma. In altri termini, per erogazione del credito e raccolta del denaro si devono intendere tutte le operazioni programmate per iniziare e terminare col denaro, con un fattore intermedio temporale, indipendentemente dal fatto che esse si articolino giuridicamente in più negozi collegati<sup>701</sup>.

Le voci dottrinali contrarie, dunque, sono eccessivamente formaliste, poiché tale definizione amplissima di esercizio del credito dovrebbe ricomprendere almeno il contratto di *murabahah*<sup>702</sup>, il quale, inoltre, presenta analogie così rilevanti con il *leasing* che sarebbe contraddittorio considerare solo quest'ultimo, e non anche il primo, esercizio del credito.

Il *murabahah* consiste in una doppia compravendita che permette alla banca di finanziare l'acquisto di un'abitazione, di macchine o beni strumentali<sup>703</sup>. Il sovvenuto individua il bene e la banca lo acquista anticipando il capitale, per poi rivenderlo al cliente che si è obbligato ad acquistarlo corrispondendo il capitale, a rate o in un'unica soluzione, maggiorato di una somma (c.d. *mark up*) per l'intermediazione<sup>704</sup>; si tratta, dunque, di un'operazione che risponde allo schema denaro-tempo-denaro.

---

<sup>699</sup> R. COSTI, op. ult. cit., pp. 213-214.

<sup>700</sup> G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 19 ss. Per una bibliografia della dottrina che si è occupata della causa del contratto di *leasing* si rinvia alla nota 537, cap. III, par. 7.

<sup>701</sup> P. FERRO-LUZZI, *Attività bancaria e attività delle banche*, cit., p. 8.

<sup>702</sup> *Contra* P. ABBADESSA, *La banca islamica*, cit., p. 144, per il quale l'attività di intermediazione nella circolazione dei beni posta in essere dalle banche islamiche non rientrerebbe nella nozione di esercizio del credito.

<sup>703</sup> J. ERCANBRACK, *The Law of Islamic Finance in the United Kingdom*, cit., p. 205.

<sup>704</sup> T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant*, cit., p. 74. Il differimento del pagamento, però, non può comportare un incremento dell'importo dovuto; il sovvenuto rimborserà alla banca non capitale e interessi, il cui pagamento è vietato dal divieto di ribà, ma capitale più commissioni giustificate dall'attività di intermediazione e dai rischi connessi. Così T. V. RUSSO, op. ult. cit., *ibidem*. A differenza di quanto avviene nel *leasing*, però, nel *murabahah* è la banca che assume il rischio di perimento o danneggiamento del bene,

Se poi si considera il *leasing* una forma di esercizio del credito, lo stesso dovrebbe valere per il contratto di *ijarah*, strutturalmente e funzionalmente affine al *leasing*<sup>705</sup>, con alcune differenze (su cui v. *infra*); ed infatti si tratta di un'operazione trilaterale di finanziamento, in cui la banca, su richiesta del cliente, compra dal fornitore un bene strumentale all'attività d'impresa e lo concede in locazione al cliente; il corrispettivo della banca consiste nel pagamento di un canone e di una commissione per il servizio (al posto degli interessi) che, per rispettare il divieto del *gharar*, deve essere prestabilita.

I contratti partecipativi del rischio di impresa, come il *mudarabah* e il *musharakah*, invece, andranno qualificati come attività finanziaria ai sensi dell'art. 10, comma 3, t.u.b., dato che non prevedono un obbligo di restituzione del capitale.

La genericità della nozione di attività bancaria e di attività finanziaria, dunque, consente di ricomprendere tutte le attività svolte dalle banche islamiche. Alcune attività delle banche islamiche costituiscono esercizio di attività bancaria, altre, invece, esercizio di attività finanziaria. La presenza di queste ultime attività non impedisce di considerare sussistente un esercizio di attività bancaria da parte delle banche islamiche, soprattutto col passaggio ad opera del t.u.b. ad un modello della banca universale, tra le cui attività non si annovera solo quella bancaria<sup>706</sup>. Come è stato osservato «la nozione concreta di banca su cui poggia l'attività di vigilanza fa riferimento a un intermediario di carattere universale che sceglie liberamente la sua vocazione imprenditoriale. Non vi è una regola di vigilanza bancaria che fissa il limite minimo dell'attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito che debba essere svolta per essere banca»<sup>707</sup>.

Un altro problema, poi, riguarda la compatibilità tra il principio di sana e prudente gestione e il controllo dello *Shari'ah Board*, cui ricorrono le istituzioni finanziarie

---

di cui rimane proprietaria fino al pagamento per intero di capitale e commissioni: J. ERCANBRACK, *The Law of Islamic Finance in the United Kingdom*, cit., p. 205.

<sup>705</sup> V. T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant*, cit., pp. 78-79. L'A. ritiene che la *ijarah* sia un contratto reale: pertanto, il rapporto decorre non dallo scambio dei consensi, ma dal momento della consegna del bene all'utilizzatore.

<sup>706</sup> In tal senso P. ABBADESSA, *La banca islamica: impressioni di un giurista italiano*, in G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO, cit., p. 142. Cfr. S. IANNAZZONE, *Development and Prospects for Islamic Finance in Italy*, cit., p. 195. Come evidenzia P. FERRO-LUZZI, *Attività bancaria e attività delle banche*, in *Banca impr. soc.*, 1996, 1, p. 4 ss., il principio in base al quale le banche potevano svolgere soltanto attività bancaria, stabilito dalla legge bancaria del '36, è stato superato con l'introduzione dell'art. 10, comma 3, t.u.b. Sul passaggio dal modello della banca specializzata al modello della banca universale v. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 263 ss; P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, ed. VI, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 105-110.

<sup>707</sup> V. L. DONATO, M. A. FRENI, *Attività bancaria islamica e controlli di vigilanza*, in G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, cit., pp. 188-189. V. anche T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a Compliant*, cit., pp. 141-142.

islamiche per valutare la conformità all'*Islam* dei contratti stipulati, attraverso decisioni (c.d. *fatwa*) considerate vincolanti per il consiglio di amministrazione; tale controllo ricorda in parte quanto avviene per gli istituti di finanza etica – disciplinati dall'art. 117 *ter* t.u.f. – che sottopongono le operazioni di impiego al giudizio di un comitato interno, affinché ne valuti la conformità a linee guida etiche<sup>708</sup>.

Occorrerebbero studi empirici per verificare se un controllo così pregnante sulle decisioni imprenditoriali, piegando l'iniziativa economica a fini religiosi e rendendo l'adozione delle delibere più complessa, possa influire sulla capacità delle imprese di generare utili. Secondo studi del Fondo Monetario internazionale, le banche islamiche di grandi dimensioni sono più rischiose di quelle convenzionali, mentre vale il contrario per le istituzioni di piccole dimensioni<sup>709</sup>; in altri ordinamenti, invece, si è ritenuto che le banche convenzionali siano più efficienti delle banche islamiche per ragioni attinenti alle diverse politiche e strategie di *business*, nonché alla maggiore esperienza sul campo delle banche convenzionali<sup>710</sup>.

L'assenza di una gestione sana e prudente comporterebbe il diniego dell'autorizzazione all'attività bancaria, sia nel caso in cui una banca islamica la

---

<sup>708</sup> E.g. il caso di Banca Etica: <https://www.bancaetica.it/politica-del-credito>, che, nella valutazione del merito creditizio, conferisce rilievo ai profili etici. In caso di divieto da parte dello *Shari'ah Board* di svolgimento di determinate operazioni, l'attività del comitato può comportare un sindacato di merito sulla gestione dell'impresa, in contrasto con l'art. 2380-*bis* c.c. per il quale la gestione della società spetta esclusivamente agli amministratori: le decisioni dello S.S.B., pertanto, non potrebbero essere vincolanti: S. ALVARO, *La finanza islamica*, cit., p. 46. Un sindacato di merito così penetrante sulle scelte imprenditoriali è precluso anche alla Banca d'Italia, la quale può vietare determinate operazioni, *ex art. 53-bis* t.u.b. co.1, lett. d), ma solo per perseguire i fini di cui all'art. 5 t.u.b.

<sup>709</sup> M. CIHAK, H. HESSE, *Islamic Banks and Financial Stability: An Empirical Analysis*, *International Monetary Fund*, 2008, p. 20.

<sup>710</sup> A. S. JAMALUDDIN, N. N. HANANI ILYAS, S. ALI, N. MOKHTAR, K. KASIM, *Bank efficiency: Islamic and Conventional Banks in Malaysia*, in *Journal of Islamic Banking and Finance Oct – Dec 2017*, p. 66; Conforme, G. GOMEL, A. CICOGNA, D. DE FALCO, M. V. DELLA PENNA, L. DI BONA, DE SARZANA, A. DI MARIA, P. DI NATALE, A. FRENI, S. MASCIANTONIO, G. ODDO E E. VADALÀ, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali*, cit., p. 34. Per gli AA. gli intermediari islamici, pur non essendo *ex se* più rischiosi di quelli occidentali, presentano un differente schema di interconnessione dei rischi finanziari e una complessità operativa maggiore, a causa delle diverse forme dei contratti finanziari. La complessità operativa degli intermediari di maggiori dimensioni può causare minore efficienza e maggiore instabilità rispetto agli intermediari tradizionali; L. SIAGH, *L'Islam e il mondo degli affari*, cit., p. 125: «I vincoli maggiori, che a esse impone l'ambiente tangibile nelle quali operano, le penalizzano rispetto alle banche classiche [...]. Le banche di tipo occidentale hanno il vantaggio d'un nome consolidato, di economie di scala, d'una maggiore esperienza di prodotti finanziari e di standard contabili accettati»; v. anche M. N. HOSEN, Z. R. AMAILA, S. MUHARI, *Comparison of Efficiency in Conventional and Islamic Banks Using Data Envelopment Analysis (DEA)*, in *Journal of Islamic Banking and Finance, July Sept. 2016, Vol. 33, issue n.3*, pp. 82-94.

chiedesse *ex novo*, sia nel caso in cui una banca convenzionale già autorizzata decidesse di modificare lo statuto conformemente ai principi islamici<sup>711</sup>.

4. *Il vaglio della meritevolezza degli interessi perseguiti dai contratti Shari'ah compliant.*

Data la controversa compatibilità tra l'attività delle banche islamiche e il principio di sana e prudente gestione, al fine di aumentare l'inclusione finanziaria degli immigrati musulmani sembra più semplice ipotizzare l'utilizzo di contratti *Shari'ah compliant* da parte di banche tradizionali, magari attraverso le *islamic windows*<sup>712</sup>.

Come anticipato nel nostro ordinamento vi sono già contratti bancari tipici compatibili con la *Shari'ah*: basti pensare al conto corrente di base, che non remunera le somme depositate nel conto, e al mutuo gratuito, ammesso dall'art. 1815 c.c.

In questa sede, però, si vuole valutare la compatibilità dei contratti *Shari'ah compliant* con i principi del nostro ordinamento, dato che tale valutazione è rimasta ad uno stadio preliminare. La dottrina, pur non approfondendo il tema, ha avuto il merito di

---

<sup>711</sup> Anche le modifiche statutarie soggiacciono al controllo della Banca d'Italia, *ex art.* 56 t.u.b. Un aumento dei costi può derivare dal maggiore rischio operativo insito nell'emissione di *sukuk*, essendo possibile un aumento del contenzioso in materia finanziaria V. Circolare Banca d'Italia n. 263 del 2007, "Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche", Titolo II, Cap. V., che nel rischio operativo comprende il rischio legale. La finanza islamica ha un alto rischio legale, a causa delle oscillazioni interpretative delle scuole giuridiche, che si riverberano sulle *fatwa* emesse dai *board*. Tale preoccupazione è emersa implicitamente nello studio svolto dalla Consob, essendosi posto il problema di una possibile responsabilità da prospetto per gli amministratori delle società quotate, nel caso in cui collocassero prodotti finanziari, dichiarandone la conformità alla *Shari'ah*, qualora tale qualità mancasse o venisse meno. V. S. ALVARO, *La finanza islamica*, cit., p. 49. Conforme, M. MIRAGLIA, cit., pp. 353-354: «non è secondario il vivo problema del controllo dell'evoluzione del corpo giurisprudenziale islamico, le cui *fatawā* possono incidere significativamente sull'ammissibilità o meno di operazioni finanziarie, così come [...] il problema della conciliabilità della illiceità religiosa di una condotta finanziaria (secondo il diritto musulmano) e la validità giuridica del contratto[...] *quid iuris* nel caso in cui un soggetto, residente in uno Stato non fondato sulla legge coranica e finanziato da un intermediario islamico, successivamente all'apprensione del denaro iniziasse ad adottare dei comportamenti in contrasto con la *Sharī'ah* ma legittimi secondo il diritto interno del Paese ospitante?»

<sup>712</sup> Secondo G. GOMEL *et al.*, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali*, cit., p. 9 ss., la banca islamica può operare attraverso tre modelli: la banca islamica pura, operante esclusivamente secondo i precetti della *Sharī'ah*; la filiale o succursale di una banca convenzionale, specializzata nell'offerta di prodotti finanziari coerenti con la *Sharī'ah*; la finestra o lo sportello islamico, ossia un'unità *ad hoc* che, all'interno di banche convenzionali, offre prodotti finanziari islamici. La praticabilità delle ultime due opzioni, secondo l'A., sarebbe subordinata al rispetto dell'obbligo di separazione dei fondi islamici da quelli rivenienti da attività bancarie di tipo convenzionale; dal punto di vista operativo ciò equivarrebbe alla creazione di un sistema contabile e informativo diverso per ciascun tipo di attività.

segnalare la necessità, in presenza di contratti diffusi in altri ordinamenti ma che devono eseguirsi nell'ordinamento italiano, di un recepimento critico per accertarne la coerenza con i principi di ordine pubblico economico e i limiti all'autonomia privata<sup>713</sup>.

I contratti *Shari'ah compliant*, strutturati per rispettare la *Shari'ah*, non sono concepiti per un ordinamento in particolare, essendo diffusi come detto in vari ordinamenti occidentali, e dunque non sono concepiti per rispettare i principi dell'ordinamento italiano. Tali negozi, dunque, rientrano nella categoria dei c.d. contratti atipici, sebbene presentino delle interferenze con la categoria del c.d. contratto alieno, poiché anch'essi circolano tra i vari ordinamenti con caratteri standardizzati, sono soggetti a principi (quelli della *Shari'ah*) diversi da quelli della legge statale e sono talvolta riconducibili ai contratti tipici<sup>714</sup>.

Come emergerà da un'analisi dei singoli negozi, i contratti islamici si differenziano dal mutuo per la mancanza di interessi ma presentano delle affinità con altri contratti di finanziamento utilizzati nel nostro ordinamento, come il *leasing*. Queste somiglianze sono originate dal processo di configurazione dei contratti *Shari'ah compliant*, il c.d. "*Shari'ah arbitrage proceed*". Ed infatti, identificato un contratto ritenuto contrario alla *Shari'ah*, ne viene costruito uno analogo "islamico" ad opera degli studiosi della *Shari'ah*, che deve essere, però, sufficientemente simile al contratto convenzionale da sostituire, al fine di garantire che lo schema islamico sia coerente con i quadri giuridici dei paesi occidentali<sup>715</sup>. La presenza di analogie con i contratti tipici, però, non deve condurre ad un recepimento acritico, sussumendoli automaticamente, qualora possibile, nei tipi previsti dal legislatore. Come i contratti alieni, infatti, essi sono pensati e costruiti per adeguarsi ad un sistema normativo diverso dal nostro, cioè la legge

---

<sup>713</sup> T. V. RUSSO, *Contrattazione Shari'a compliant e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 18.

<sup>714</sup> L'autonoma categoria del contratto alieno è stata teorizzata da G. DE NOVA, *The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 1, p. 3 ss, ora in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova, 2011, p. 31 ss.; ID., *Il contratto alieno*, ed. II, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*. Per l'A. tale categoria sarebbe più ampia di quella dei contratti atipici, in quanto vi rientrerebbero anche contratti riconducibili ai tipi per i quali il diritto italiano detta una disciplina particolare; tali contratti mirano all'autosufficienza rispetto ai criteri legali dettando, ad esempio, autonome regole per l'interpretazione delle clausole in essi contenute. La pretesa all'autosufficienza caratterizza anche il contratto soggetto al diritto comune europeo della vendita (CESL, *Common European Sales Law*), che rappresenta un *corpus* di regole autonomo per le contrattazioni transfrontaliere: v. P. SIRENA, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 11, p. 608 ss. Sull'interpretazione del contratto alieno v. A. GENTILI, *L'interpretazione del contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 2, p. 239 ss.

<sup>715</sup> M. A. EL-GAMAL, *Islamic Finance*, cit., pp. 20-21.

islamica, e quindi il giurista italiano dovrà mettere in agenda un confronto critico tra il diritto italiano e tali modelli contrattuali<sup>716</sup>.

L'art. 3 del progetto di legge propone l'introduzione di tre contratti *Shari'ah compliant*: il *murabahah*, l'*ijarah* e l'*istisna'a*; i primi due sono contratti di credito al consumo o per il finanziamento dell'acquisto di beni immobili o d'impresa, il terzo è un contratto avente ad oggetto un bene futuro.

Nella prassi, il contratto di *murabaha* prevede che la banca acquisti un bene nell'interesse del cliente, per poi rivenderglielo in cambio di un corrispettivo pari al valore del bene, maggiorato di un ulteriore importo (c.d. *mark-up*). In questo modo il profitto della banca non si basa sull'applicazione di interessi, ma è giustificato dalla prestazione del servizio di intermediazione nell'acquisto e dalla proprietà temporanea del bene. L'art. 3 del progetto di legge definisce il *murabaha* come un contratto di compravendita/o appalto e in una successiva compravendita con patto di riservato dominio; si tratta, dunque, di un collegamento negoziale, in quanto i due contratti, in concreto programmati dalle parti come elementi di un'unica operazione<sup>717</sup>, sono legati da un nesso di interdipendenza per effetto del quale la caducazione di un contratto comporta il venir meno anche dell'altro vincolo contrattuale (*simul stabunt simul cadent*).

Nella prassi islamica, la banca acquista il bene da un fornitore per conto del cliente, per poi rivenderglielo, operando come un mandatario, anche se spesso è il cliente che negozia direttamente con il terzo come agente dell'istituto di credito. In caso di inadempimento del cliente, la banca non potrà domandare interessi moratori o penali, ma sarà garantita dalla proprietà del bene, il che rende necessaria una valutazione rigorosa del suo valore, per evitare la concessione di finanziamenti sotto-collateralizzati forieri di una perdita per l'intermediario<sup>718</sup>.

---

<sup>716</sup> In tal senso, con riferimento ai contratti alieni, G. DE NOVA, *The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy*, cit., p. 4.

<sup>717</sup> Sulla differenza tra collegamento negoziale volontario e collegamento necessario V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 368-372; v. anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., pp. 437-441.

<sup>718</sup> Una delle tante sue cause della crisi è stata la concessione di prestiti a debitori *sub-prime*, per l'acquisto di immobili ad uso abitativo, la cui proprietà veniva poi concessa in garanzia. Tale prassi si è basata sulla previsione, fallace, che il mercato immobiliare avrebbe avuto un andamento favorevole e le banche avrebbero acquistato la proprietà di beni immobili di valore superiore all'ammontare dell'affidamento; v. in generale, S. L. SCHWARCZ, *Secured Transactions and Financial Stability: Regulatory Challenges*, in *81 Law and Contemporary Problems* 45-62, 2018, pp. 7-12.

Il comma 2 dell'art. 3 disciplina il contratto di *ijarah* – strutturalmente e funzionalmente riconducibile al *leasing*<sup>719</sup> –, un'operazione trilaterale, con causa di finanziamento, in cui la banca, richiesta dal cliente, compra dal fornitore un bene strumentale all'attività imprenditoriale e glielo concede in locazione, in cambio del pagamento di un canone, calcolato in base al costo del bene maggiorato di un margine prestabilito, per rispettare il divieto del *gharar*. Il cliente acquista il diritto di utilizzare il bene ma la proprietà rimane all'intermediario, con la possibilità di accordare un'opzione di acquisto al cliente. A differenza del *leasing*, nel contratto di *ijarah* è il concedente a sopportare i vari rischi (perimento, ecc.) ed a sopportare i costi di manutenzione<sup>720</sup>, e come in tutti i contratti *Shari'ah compliant* è vietato il pagamento di interessi moratori e penali in caso di inadempimento o ritardo.

Il comma 3 dell'art. 3, infine, introduce l'*istisna'a*, che si articola in due contratti di compravendita ed è volto a finanziare la produzione o la costruzione di beni. La compravendita tra la banca e il produttore ha ad oggetto un bene futuro ma determinato, per non incorrere nel divieto di *gharar*; in seguito, la banca rivende il bene al cliente per un prezzo pari al costo del bene, maggiorato di un margine prestabilito.

Il progetto, però, omette di considerare altri contratti *Shari'ah compliant*, come il *musharakah mutanaqisha*: si tratta di un contratto di finanziamento nel quale la banca acquista l'80% della proprietà di un bene, indicato dal sovvenuto, che acquista la restante quota di proprietà. La banca concede il bene in godimento al cliente in base ad un contratto di *ijarah*, consentendogli gradualmente di acquistare la quota di proprietà dell'intermediario. Il *musharakah* presenta una struttura affine a quella del *leasing*, anche se l'assetto normativo del contratto presenta vantaggi maggiori per l'utilizzatore<sup>721</sup>, in ossequio al *profit and loss sharing*, come l'acquisto immediato della comproprietà e la sopportazione comune del rischio di perimento, mentre nel *leasing* quest'ultimo grava *in toto* sull'utilizzatore.

Il recepimento critico dei contratti in questione dovrà essere condotto valutando la compatibilità delle relative clausole con le norme imperative e materiali del nostro

---

<sup>719</sup> V. T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant*, cit., pp. 78-79. L'A. ritiene che la *ijarah* sia un contratto reale: pertanto, il rapporto decorre non dallo scambio dei consensi, ma dal momento della consegna del bene all'utilizzatore.

<sup>720</sup> T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant*, cit., p. 78.

<sup>721</sup> M. IMAN SASTRA MIHAJAT, *The Comparison between Musharakah Mutanaqishah and Conventional Leasing Structures, Which One is better?* in *Journal of Islamic Banking and Finance*, vol. 33, Jan-March 2016, n.1, pp. 64-66.



ordinamento<sup>722</sup>. Una clausola che vietasse la produzione di interessi moratori in caso di inadempimento sarebbe nulla per violazione della norma imperativa dell'art. 1224 c.c.<sup>723</sup>, ma non intaccherebbe la validità del contratto, a meno che le parti non la ritenessero imprescindibile per la conclusione del contratto *ex art.* 1419 c.c. Nemmeno intaccherebbe la validità di un contratto di *leasing* "all'islamica" la presenza di una clausola che traslasse tutti i rischi, anche di perimento, in capo al concedente. Gli artt. 1, comma 136, l. 124/2017 e 1, comma 76, l. 208/2015, che, disciplinando rispettivamente il *leasing* finanziario e quello abitativo, addossano tali rischi all'utilizzatore, derogano al principio generale "*res perit domino*", e non si tratta, dunque, di norme imperative la cui violazione genera nullità *ex art.* 1418 c.c.<sup>724</sup>.

Per converso, dato che il giudizio causale deve sempre riguardare l'interesse concretamente perseguito col contratto prima che la corrispondenza ad un tipo<sup>725</sup>, per stabilirne la meritevolezza non basterebbe, laddove possibile, sussumere i contratti *Shari'ah compliant* in un tipo (ad esempio, il contratto di *ijarah* nel *leasing*). Ed infatti, sebbene il tipo abbia un'elasticità che consente modifiche o integrazioni le quali, non intaccandone i caratteri essenziali, permettono comunque di sussumere in esso il negozio concreto, quest'ultimo deve in ogni caso essere oggetto di una valutazione di meritevolezza che potrebbe avere esito negativo<sup>726</sup>. La tendenza giurisprudenziale alla sussunzione dei contratti atipici nel tipo, inoltre, tradirebbe in questo caso la volontà delle parti, che è proprio quella di escludere l'applicazione delle regole dei contratti tipici non

---

<sup>722</sup> V. G. DE NOVA, *Il contratto alieno e le norme materiali*, in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova, 2011, pp. 57-58, il quale ritiene che l'eccessiva rigidità dei divieti sanciti norme imperative impedisca talvolta di sanzionare determinate clausole contrattuali.

<sup>723</sup> La produzione degli interessi è regolata anche dell'art. 1282 c.c., sebbene la produzione degli interessi sulle somme liquide ed esigibili abbia un fondamento diverso da quello degli interessi moratori, poiché prescinde dal presupposto dell'inadempimento imputabile: l'esigibilità del credito, infatti, non coincide con il ritardo perché comporta solo la possibilità di esercizio del credito, la quale non implica che il debitore abbia violato il termine di esecuzione della prestazione. Così C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 286.

<sup>724</sup> In generale occorre distinguere a seconda che la norma imperativa sia violata direttamente o attraverso una combinazione di negozi: mentre nel primo caso il contratto è nullo *ex art.* 1418 c.c., nel secondo si realizza una frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c. Sul punto v. tra tanti V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 390 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. 581 ss. Come sottolinea F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XXI, t. II, cit., p. 280 ss., la fattispecie di frode alla legge è diversa dalla violazione diretta di norma imperativa, non potendosi altrimenti spiegare perché il legislatore abbia sentito il bisogno di introdurre l'art. 1344 c.c.

<sup>725</sup> V. G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 224 ss. Con riferimento ai contratti islamici v. le utili riflessioni di T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant*, cit., p. 124.

<sup>726</sup> G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 253.

*Shari'ah compliant*<sup>727</sup>; ad esempio, l'applicazione delle regole del *leasing* violerebbe il principio del *profit and loss sharing*, dato che il rischio di perimento del bene graverebbe *in toto* sull'utilizzatore. Se tale impostazione non presenta problemi in presenza di un regolamento negoziale privo di lacune, nell'ipotesi di omessa disciplina di alcuni profili negoziali potrebbe invece porre un problema di disciplina del contratto in assenza di un tipo cui ricondurlo; in tal caso, l'interprete del contratto atipico dovrà contemperare da un lato la volontà delle parti e l'assetto di interessi che vi corrisponde, dall'altro l'esigenza di completare il regolamento negoziale con la disciplina di un tipo<sup>728</sup>.

L'interesse perseguito con tali contratti è quello di finanziare l'acquisto di un bene immobile o mobile conformemente al proprio credo religioso, e tale interesse sembra meritevole di tutela qualunque sia la concezione di meritevolezza che si voglia adottare.

Sebbene sia ormai superata l'idea che l'art. 1322, comma 2, c.c. richieda la corrispondenza del del contratto a uno scopo sociale<sup>729</sup>, è indubbia, infatti, l'utilità sociale di schemi negoziali che permettono di regolare i propri interessi economici conformemente al proprio credo religioso. Tale interesse esclude che si tratti di contratti socialmente indifferenti, i quali, insieme ai contratti illeciti, secondo un indirizzo più liberale sarebbero gli unici a dover essere ritenuti immeritevoli di tutela *ex art. 1322, comma 2, c.c.*<sup>730</sup>.

Il principio della condivisione del rischio, a cui è ispirata la struttura di tali contratti, li rende idonei, altresì, a superare il *test* di meritevolezza operato dalla recente giurisprudenza, che tende a censurare contratti il cui equilibrio sia gravemente

---

<sup>727</sup> V. le condivisibili riflessioni di V. ROPPO, *Il contratto*, cit. pp. 410-411, sull'esigenza di rispettare la volontà delle parti. Esclusa la riconduzione della *ijarah* al *leasing*, allo stesso modo andrebbe esclusa la qualificazione dell'*istisna'a* (sul quale v. T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant*, cit., p. 82 ss.) come contratto di appalto, ecc.

<sup>728</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 410. La tendenza alla tipizzazione è infatti dovuta ad un'esigenza di integrazione di lacune del regolamento negoziale: v. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, in *Tipicità e atipicità nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 29 ss; e Id.,

<sup>729</sup> Questa è in estrema sintesi l'impostazione di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 170 ss.

<sup>730</sup> Questa è l'impostazione di V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 345-346, che viene criticata da M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 193 ss., in quanto attribuirebbe una scarsa capacità selettiva al giudizio causale, ritenendo meritevole il contratto anche in presenza di un interesse meramente fattuale, putativo o futile. Per l'A. il giudizio causale è deputato a verificare la corrispondenza effettiva del contratto al paradigma utilitario, condizione soddisfatta quando vi è uno spostamento reciproco di ricchezza tra le parti. L'impostazione di Roppo riprende quella di G. B. FERRI, *Causa e tipo*, cit., p. 355 ss., il quale ritiene che il giudizio di meritevolezza debba basarsi sui criteri di cui all'art. 1343 c.c., e che, quindi, sia meritevole il contratto la cui causa non sia illecita. Sul punto cfr. A. DI MAJO, *Voce Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, pp. 7-8.

sproporzionato per la presenza di un'alea unilaterale<sup>731</sup>. La conclusione non cambia anche dando una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1322, comma 2 c.c., cioè quale norma che sancisce il riconoscimento dell'autonomia privata come capacità di agire per la realizzazione di ogni interesse economico o personale costituzionalmente rilevante<sup>732</sup>. L'art. 19 Cost., infatti, sancisce il diritto di professare liberamente la propria religione; se consideriamo che la libertà di esplicare la personalità nei rapporti sociali, riconosciuta dall'art. 3, comma 2, Cost., si esercita anche mediante la stipula di negozi giuridici<sup>733</sup>, emerge un'interesse costituzionale meritevole di tutela.

Un problema di meritevolezza *ex art.* 1322, comma 2 c.c. si potrebbe porre nel caso di clausole che subordinino la vincolatività o la validità del contratto all'interpretazione delle norme religiose data dagli esperti islamici<sup>734</sup>. In tal caso, dovrebbe verificarsi l'eventuale ricorrenza di una condizione meramente potestativa, sintomo della mancanza di una seria volontà di obbligarsi, tale da rendere nullo il contratto, *ex art.* 1355, comma 1, c.c. La soluzione non è scontata, dato che il rispetto di tali precetti è un interesse obiettivamente apprezzabile, per il contraente musulmano, rientrando nella causa concreta del contratto, il cui scopo pratico – regolare i propri

---

<sup>731</sup> La giurisprudenza recente, pronunciata sulla validità di contratti relativi a prodotti finanziari (CASS., 30 Settembre 2015, n. 19959, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 2, p. 137 ss.), adotta un approccio “semi-forte”, ritenendo che l'art. 1322 cpv. richieda non solo una valutazione, in concreto, della razionalità economica dell'assetto di interessi realizzato dai contraenti, ma imponga, altresì, l'utilizzo di un criterio per condurre quella valutazione, diverso e ulteriore, rispetto a quello della non contrarietà alla legge, all'ordine pubblico e al buon costume: così A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, cit., p. 147. V. anche, *ex multis*, CASS., 10 Novembre 2015, n. 22950, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), che ritiene immeritevole il contratto “My Way”, il quale, a fronte di un vantaggio certo della banca, non assicura alcuna prospettiva di lucro per il cliente; CASS. 29 Febbraio 2016, n. 3949, *ivi*; CASS., 10 Gennaio 2018, n. 383, *ivi*. La suddetta interpretazione del parametro di cui all'art. 1322 cpv. è adottata anche dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della questione relativa alla meritevolezza delle clausole *claims made*: CASS., 19 Gennaio 2018, n. 1465, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).

<sup>732</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., pp. 413-414; ID., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, p. 253, ove si afferma che la tesi di G.B. Ferri non troverebbe riscontro nella nostra disciplina codicistica, che distingue nettamente i due momenti della liceità della causa (art. 1343 c.c.) e della meritevolezza degli interessi contrattuali (art. 1322 c.c.). Definisce quella di Bianca un'interpretazione costituzionalmente orientata della causa e della meritevolezza M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 180 ss.

<sup>733</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il contratto*, cit., p. 22 ss.

<sup>734</sup> In tal senso P. ABENANTE, D. FRIGERI, *Finanza islamica*, cit., p. 10. Come evidenzia G. GIMIGLIANO, *Banking Contracts and Sharia rules*, cit., p. 1 ss., i principi della *Shari'ah* non costituiscono la legge di uno stato alla quale far soggiacere il contratto in base al diritto internazionale privato, né sono accostabili ai *Principles of European Contract Law* o ai principi *Unidroit*; di conseguenza, l'unico modo per regolare un contratto conformemente alla *Shari'ah* sarebbe l'utilizzo di clausole generiche di rinvio a tutte le regole di quest'ultima, che però per la loro genericità sono censurate dalla giurisprudenza degli ordinamenti di *common law*: v. G. GIMIGLIANO, *op. ult. cit.*, *ibidem*.

interessi patrimoniali secondo l'*Islam* – non è affatto estraneo alla stipulazione<sup>735</sup>. Né la parte avrebbe un diretto potere decisionale sull'efficacia o inefficacia del contratto, la cui sorte, invece, dipenderebbe dalla valutazione di un terzo (l'esperto della *Shari'ah*); nessuna soluzione aprioristica sembra possibile, essendo necessario un vaglio del giudice nel caso concreto alla luce del tenore della clausola e delle circostanze della stipulazione.

In ossequio al principio di irrilevanza dei motivi, però, se il contratto nulla prevedesse sulla conformità alla *Shari'ah* il contraente non potrebbe in seguito pretendere lo scioglimento per mancanza di tale qualità, altrimenti ledendo l'affidamento di controparte, salvo la ricorrenza di un errore essenziale e riconoscibile.

Anche su tale profilo nessun apriorismo può valere, ma occorre valorizzare le circostanze concrete della stipulazione (arg. ex art. 1429 c.c.). L'errore sulla natura del contratto – stipulazione di mutuo con interessi invece di un *murabahah* –, ex se essenziale, dovrebbe essere rilevabile dal contraente non musulmano in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto o alla qualità dei contraenti, ex art. 1431 c.c.: la fede musulmana, esternata alla controparte, e la richiesta di un finanziamento conforme alla *Sharia'ah*, dovrebbero rendere riconoscibile l'errore, dato che il finanziatore è tenuto alla diligenza professionale ex art. 1176, 2° comma, c.c.

Ai contratti di finanziamento *Shari'ah compliant* dovrebbero applicarsi le disposizioni sul credito immobiliare e sul credito al consumo (artt. 120 *quinquies*-126 t.u.b). Nel caso in cui avessero ad oggetto immobili, infatti, rientrerebbero nella nozione di contratti di credito di cui all'art. 120 *quinquies*, comma 1, lett. c), t.u.b.; non costituisce ostacolo l'assenza di interessi, poichè essi non rientrano tra le eccezioni di cui all'art. 120 *sexies* t.u.b.<sup>736</sup>, trattandosi di contratti onerosi, nei quali alla banca spetta una commissione (*rectius* margine); nemmeno osta l'assenza di garanzie ipotecarie, trattandosi di contratti finalizzati all'acquisto della proprietà di immobili.

Ne consegue che il margine da corrispondere alla banca nel *murabahah* e nell'*ijarah* – che per i commi 1 e 2 dell'art. 3 del progetto di legge deve essere “*prestabilito*”, per rispettare il divieto del *gharar* – dovrebbe essere pubblicizzato in forma chiara, come impongono gli artt. 116, 120 *octies* e 123 t.u.b., trattandosi di una

---

<sup>735</sup> V. V. ROPPO, cit., pp. 578; cfr. C. M. BIANCA, cit., pp. 500-501; cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pp. 1083-1086, secondo cui l'art. 1355 c.c. non vieta di attribuire alla parte un potere discrezionale.

<sup>736</sup> L'art. 120 *sexies* t.u.b. sottrae alla disciplina del Capo I-bis del titolo sulla trasparenza, tra gli altri, i contratti di credito gratuiti, in cui questo è concesso senza interessi o ulteriori oneri, a esclusione di quelli per il recupero dei costi direttamente connessi all'ipoteca.

condizione economica del contratto. Nei contratti *Shari'ah compliant* che prevedano il previo acquisto da parte della banca di un immobile (la cui proprietà rimane *medio tempore* al finanziatore), la valutazione di tali beni dovrà essere affidata ad esperti indipendenti che adoperino i criteri affidabili di cui all'art. 120 *duodecies* t.u.b.

L'art. 3 del progetto di legge prevede che parte necessaria di questi contratti – nella veste del finanziatore – sia una banca, tale intendendosi ai sensi dell'art. 2 «*l'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria o l'intermediario finanziario ai sensi del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385*».

Una volta riconosciuta la meritevolezza dell'interesse perseguito da tali contratti, tuttavia, nulla osta al loro impiego da parte di contraenti non professionali. Analogo interrogativo si è posto in dottrina per i patti marciari di cui agli artt. 48-*bis* e 120 *quinquiesdecies* t.u.b.<sup>737</sup>, anch'essi espressamente riservati ai finanziamenti erogati da istituti di credito, ed è stato risolto nel senso della liceità di marciari stipulati da creditori non professionali, in presenza di un interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., lasciando intendere che il problema riguarda il carattere riservato dell'attività bancaria, essendo necessaria l'autorizzazione di cui all'art. 14 t.u.b. per chi eserciti in via continuativa e professionale il credito.

Una volta risolta in senso positivo la questione della meritevolezza dei contratti *Shari'ah compliant* ex art. 1322, comma 2 c.c., si può affermare che l'intervento legislativo sembra necessario solo evitare di assoggettare alcuni contratti ad un imposizione fiscale più onerosa rispetto ad altre operazioni: trattandosi di una doppia compravendita immobiliare, il *murabahah* sarebbe ad esempio soggetto ad una doppia imposta di registro, che lo rende meno conveniente rispetto ad altri contratti. Basti pensare al trattamento fiscale favorevole del *leasing* immobiliare: modificando l'art. 15 del D.P.R. 917/1986, l'art. 1, comma 82, L. 218/2015 introduce delle detrazioni dall'imposta lorda relative a canoni, oneri e al costo di acquisto del bene, se il contratto è stipulato da giovani di età inferiore ai 35 anni, con reddito inferiore a 55.000 euro e non proprietari di altre abitazioni<sup>738</sup>.

---

<sup>737</sup> G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciario*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *I nuovi marciari*, a cura di, Giappichelli, Torino, 2017, p. 9.

<sup>738</sup> Art.1, comma 82: «All'articolo 15, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, dopo la lettera *i-sexies*) sono inserite le seguenti: «*i-sexies*.1) i canoni, e i relativi oneri accessori, per un importo non superiore a 8.000 euro, e

Sotto questo profilo, devono valutarsi positivamente le disposizioni di cui agli artt. 3 e 5 del progetto di legge: il primo, che mira ad introdurre alcune esenzioni dal pagamento dell'i.v.a. per i contratti *Shari'ah compliant*; il secondo, volto a parificare l'imposizione fiscale dei *sukuk* e delle obbligazioni. Si può notare un'analogia tra queste disposizioni e quelle precedentemente introdotte in Gran Bretagna per rimuovere gli ostacoli normativi alla diffusione dei contratti *Shari'ah compliant*. Uno di essi era la doppia imposizione fiscale sui mutui islamici, dato che l'imposta di registro si applicava sia al primo trasferimento della proprietà alla banca che al secondo trasferimento del bene al cliente; la doppia imposizione è stata poi eliminata con il *Finance Act* del 2003<sup>739</sup>.

Si interviene anche in materia di intermediazione finanziaria, proponendo l'introduzione dei c.d. *sukuk*, strutturalmente e funzionalmente differenti dai *bond* convenzionali; il *risk sharing*, infatti, impone che il sottoscrittore partecipi al rischio di impresa dell'emittente, potendo ottenere la restituzione del capitale solo in presenza di un andamento economico favorevole<sup>740</sup>. L'art. 4 del progetto di legge, accogliendo le conclusioni raggiunte dalla Consob<sup>741</sup>, definisce i *sukuk* come valori mobiliari ai sensi dell'art. 1, comma 1-*bis*, t.u.f.

Anche se la disciplina dei prodotti finanziari non rientra nel presente lavoro, va sottolineato che anche sul punto l'introduzione della finanza islamica non richiederebbe una modifica legislativa. Ed infatti, per introdurre più celermente i *sukuk*, senza necessità

---

il costo di acquisto a fronte dell'esercizio dell'opzione finale, per un importo non superiore a 20.000 euro, derivanti da contratti di locazione finanziaria su unità immobiliari, anche da costruire, da adibire ad abitazione principale entro un anno dalla consegna, sostenuti da giovani di età inferiore a 35 anni con un reddito complessivo non superiore a 55.000 euro all'atto della stipula del contratto di locazione finanziaria che non sono titolari di diritti di proprietà su immobili a destinazione abitativa; la detrazione spetta alle condizioni di cui alla lettera b); i-*sexies*.2) le spese di cui alla lettera i-*sexies*.1), alle condizioni ivi indicate e per importi non superiori alla metà di quelli ivi indicati, sostenute da soggetti di età non inferiore a 35 anni con un reddito complessivo non superiore a 55.000 euro all'atto della stipula del contratto di locazione finanziaria che non sono titolari di diritti di proprietà su immobili a destinazione abitativa».

<sup>739</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/14/contents>. Col *Finance Act* del 2007, invece, il regime fiscale dei *sukuk* è stato assimilato a quello degli altri titoli <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/11/contents>. V. M. AINLEY, A. MASHAYEKHI, R. HIKS, A. RAHMAN, A. RAVALIA, *Islamic Finance in the UK*, cit., p. 8 ss

<sup>740</sup> Per la verità tale principio non è nuovo: ai sensi dell'art. 2411, c.c., i tempi e il *quantum* del pagamento degli interessi – comma 2 – o del capitale – comma 3 – possono variare in base all'andamento economico dell'emittente, anche se, a differenza del *risk sharing*, il diritto alla restituzione del capitale non può essere escluso del tutto.

<sup>741</sup> S. ALVARO, cit., p. 39. per alcuni, pur con alcune differenze, sarebbe riconducibile ad una separazione patrimoniale T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 98.

di una modifica legislativa del t.u.f. e dei lunghi tempi del procedimento parlamentare, basterebbe ricorrere al potere regolamentare del Ministro dell'Economia, autorizzato, ai sensi dell'art. 18, comma 5, t.u.f., ad individuare nuove categorie di strumenti finanziari proprio per tenere conto dell'evoluzione dei mercati.

In ogni caso, non convince la qualificazione dei *sukuk* come valore mobiliare, in quanto nessuno sforzo interpretativo richiederebbe la sussunzione nel generico *standard* di prodotto finanziario di cui all'art. 1, comma 1, lett. u), t.u.f., la cui genericità serve a tenere conto della rapida evoluzione della materia finanziaria ed evitare la rapida obsolescenza della normativa. La nozione di prodotto finanziario, infatti, ricomprende i valori mobiliari, gli strumenti finanziari, elencati tassativamente dal legislatore nella Sezione C dell'Allegato 1 al t.u.f., nonché ogni altra forma di investimento finanziario<sup>742</sup>, e, di conseguenza, appare singolare il riferimento alla nozione ormai desueta di valore mobiliare<sup>743</sup>.

## 6. Conclusioni.

L'introduzione della finanza islamica nel nostro ordinamento è necessaria per adeguare il diritto privato alle esigenze di una società multiculturale, che postula strumenti privatistici che permettano anche agli immigrati di religione musulmana l'esercizio di una piena cittadinanza economica.

La normativa del Codice civile non solo è “cieca alle differenze”<sup>744</sup>, in senso liberale, ma è un prodotto della cultura occidentale, cosicchè risulta estranea alla cultura

---

<sup>742</sup> Tale ultima locuzione comprende ogni rinuncia immediata ad un capitale per ottenere una remunerazione futura, collegata al rischio finanziario assunto: M. FRATINI, *Prodotti finanziari, valori mobiliari e strumenti finanziari*, in M. FRATINI, G. GASPARRI (a cura di), *Il Testo Unico della Finanza*, a cura di, Utet giuridica, Torino, 2012, p. 20.

<sup>743</sup> La tendenza del legislatore europeo, dopo la MiFID I, è quella di utilizzare principalmente le nozioni di prodotto finanziario e di strumento finanziario. V. D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 424-425. L'A. evidenzia il cambio di paradigma avvenuto con la Direttiva MiFID I (2004/39 UE), incentrata sul concetto di strumento finanziario a discapito dell'incerta categoria di valore mobiliare. V. R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, IX ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 14, che parla di evidente emarginazione della nozione di valore mobiliare. Per ulteriori rilievi si rinvia a G. MATTARELLA, *La compatibilità della finanza islamica con l'ordinamento italiano*, cit., p. 75 ss.

<sup>744</sup> Cfr. C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, tr. it. di G. Rigamonti, V ed., Feltrinelli, Milano, 2003, p. 29-30. Cfr. anche A. BUCKINGHAM, *Considering Cultural Communities in Contract Interpretation*, in *9 Drexel L. Rev.* 129, 2016, pp. 152-156, la quale evidenzia che, in caso di controversie interpretative sulle norme contrattuali tra parti culturalmente diverse, le Corti statunitensi adottano il significato che ad esse attribuirebbe l'uomo

degli immigrati; basti pensare al principio della naturale fecondità del denaro, *ex art.* 1224 c.c. radicalmente in contrasto con il precetto sharaitico del divieto di interessi. Per dirla con Habermas, «*il problema sorge anche nelle società democratiche quando una cultura maggioritaria, politicamente dominante, impone alle minoranze la propria forma di vita, negando così l'effettiva eguaglianza giuridica a cittadini di origine culturale diversa*»<sup>745</sup>.

Ciò nonostante i contratti *Shari'ah compliant* sembrano superare il vaglio di meritevolezza richiesto dall'art. 1322, comma 2 c.c., e l'unico ostacolo alla loro diffusione nella prassi è il regime fiscale. Il progetto di legge, però, regola solo alcuni dei contratti compatibili con la religione islamica: tale timidezza, probabilmente, è dovuta anche alla scarsa attenzione che la dottrina privatistica ha prestato ai problemi derivanti dalla diversità culturale, a differenza di quanto avviene nel diritto penale, ove da tempo, anche in giurisprudenza<sup>746</sup>, si parla di “reati culturalmente orientati”. Tant'è che non si è mai posto un problema di “interpretazione culturalmente orientata del contratto”, oggetto di attenzione, invece, da parte della dottrina straniera<sup>747</sup>, nei casi in cui il diverso *background* culturale delle parti le induce ad attribuire significati opposti alle previsioni contrattuali.

In base al Manifesto per la giustizia sociale nel Diritto Europeo dei Contratti, l'omesso rilievo della diversità culturale nel diritto privato pone un problema di giustizia sociale: da un lato, può condurre all'esclusione sociale dell'immigrato, dato lo stretto legame della stessa con l'esclusione finanziaria; dall'altro lato, fallisce nel tentativo di favorire l'integrazione dei popoli rispettandone al contempo i costumi<sup>748</sup>.

---

ragionevole, inevitabilmente coincidente con quello diffuso nella cultura egemone, a discapito del contraente appartenente ad un'altra cultura.

<sup>745</sup> J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, trad. it. a cura di Leonardo Ceppa, Feltrinelli, Milano, 1998, p. 156.

<sup>746</sup> Cfr., *ex multis*, CASS. pen., 29 Gennaio 2018, n. 29613, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it); CASS., 4 Dicembre 2013, n. 51059, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), con nota di P. F. POLI, *Una nuova pronuncia della Cassazione sull'aggravante dei futili motivi nei reati culturalmente motivati*, relativa ad un imputato di fede islamica, condannato per tentato omicidio della figlia, la quale aveva intrattenuto rapporti intimi prima del matrimonio con un uomo di diversa religione.

<sup>747</sup> V. A. BUCKINGHAM, cit., *ibidem*; M. MAUTNER, *Contract, Culture, Compulsion, or: What Is So Problematic in the Application of Objective Standards in Contract Law?*, in *Theoretical Inquiries in Law* 3.2, 2002, p. 546 ss.

<sup>748</sup> U. MATTEL, *Social Justice in European Contract Law A Manifesto*, in *10 European Law Journal* 653 (2004), pp. 664-665. Sul tema v. in generale H. COLLINS, *Does social justice require the preservation of diversity in the private laws of member states of Europe*, in T. WILHELMSSON, E. PAUNIO, A. POHJOLAINEN (eds.), *Private Law and the Many Cultures of Europe* (Kluwer Law International 2007) p. 161 ss.



## CAPITOLO VI

### 1. Conclusioni. Dal consumatore medio al consumatore vulnerabile.

Da quanto è emerso nel presente lavoro l'esclusione finanziaria degli immigrati è un fenomeno con molte sfaccettature, che solo un'analisi superficiale e parziale può ricondurre ad una generale discriminazione nella fornitura dei servizi bancari. Data la minore educazione finanziaria e la maggiore asimmetria cognitiva che ricorre con l'intermediario (a causa della scarsa comprensione della lingua del contratto), si è evidenziata la necessità di un superamento di una tutela incentrata sul consumatore medio, informato e avveduto, basata sull'adempimento formale degli obblighi informativi imposti *ex lege* anche quando essi siano *ictu oculi* insufficienti. Più in generale la vulnerabilità del consumatore immigrato non dipende solo dall'asimmetria informativa, come sembra presupporre il diritto europeo dei contratti, il cui *mantra* è l'imposizione al professionista di obblighi informativi, ma è connessa soprattutto a fattori linguistici ed economici.

Vi sono però indici di una diversa concezione del consumatore: ciò si riscontra nella giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha in sostanza esteso l'obbligo del rilievo d'ufficio ad ogni violazione di disposizioni a tutela dei consumatori, dato che essi non conoscono i propri diritti, e nella normativa dei servizi bancari, ove è stata codificata una figura ulteriore rispetto al consumatore del Codice del consumo, che non si caratterizza più (solo) per l'asimmetria informativa col professionista ma anche per la condizione di vulnerabilità socio-economica.

L'obbligo di servire al meglio l'interesse dei clienti impone dunque una gestione più flessibile del rapporto negoziale sia nella fase precontrattuale che in quella esecutiva. Pur non essendo espressamente stabilito un obbligo di tradurre il contratto nella lingua del consumatore, l'obbligo di servire al meglio l'interesse del cliente, basando la propria attività sui suoi bisogni *particolari* (art. 120 *septies* t.u.b.), e il principio di buona fede, fonte di obblighi integrativi del rapporto, possono imporre una spiegazione o una traduzione del contratto in lingua comprensibile al consumatore, se nel caso concreto fosse evidente il *deficit* di conoscenza della lingua italiana.

Stemperando la rigidità del Codice civile nel trattamento dell'inadempimento dell'obbligazione, secondo l'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. la debolezza economica del

consumatore deve essere gestita dal finanziatore con iniziative volte alla manutenzione del contratto, le quali dovranno essere calibrate sulla specifica situazione del sovvenuto.

Che si tratti di un rinvio all'obbligo di rinegoziare *ex bona fide*, di una linea guida o di un obbligo avente portata autonoma, resta la chiara indicazione di principio del t.u.b., che anticipa il *trend* della futura legislazione, la cui attenzione sembra appuntarsi, stando alla delega fornita al Governo dall'art. 1, comma 1, del d.l. 1151/2019, proprio sull'introduzione nel Codice civile del diritto alla rinegoziazione nei contratti di durata colpiti da sopravvenienze. Da tale canovaccio non si discosta la disciplina del *leasing* abitativo, che introduce il diritto ad una moratoria dei canoni in caso di sopravvenienze (come la perdita del lavoro) incidenti negativamente sulla situazione reddituale dell'utilizzatore; un'applicazione analogica di tale beneficio sembra non solo possibile, ma soprattutto necessaria per scongiurare l'illegittimità costituzionale della normativa per irragionevolezza. L'identità tra gli effetti della moratoria dei canoni e l'impossibilità temporanea di adempiere (art. 1256 c.c.) costituisce anzi indizio della rilevanza dell'impotenza finanziaria del consumatore nei contratti di credito, sebbene non si tratti ancora di un principio estendibile a tutte le obbligazioni pecuniarie.

La vulnerabilità economica del consumatore è anche il presupposto per l'applicazione della specifica disciplina del conto di base, quella di cui all'art. 126-*vicies bis* t.u.b., e per l'applicazione dell'art. 111, comma 3, t.u.b. che regola il microcredito concesso a persone fisiche in condizione di vulnerabilità economico-sociale; ed infatti, entrambe le disposizioni prevedono condizioni economiche di favore rispetto a quelle applicabili al consumatore in generale.

Tali indici spingono verso la creazione di una figura di consumatore vulnerabile, diversa da quella del consumatore *tout court*, la cui debolezza dipende non solo dall'asimmetria informativa ma anche dalle precarie condizioni economico-sociali, e la cui tutela dovrà modularsi in ragione dello specifico profilo di vulnerabilità; ciò sembra introdurre un nuovo tipo di debolezza all'interno del generale paradigma del contratto asimmetrico<sup>749</sup>. Che si tratti di una chiara linea di tendenza, comune ai mercati regolati, e

---

<sup>749</sup> La tesi per la quale può individuarsi un paradigma generale di contratto asimmetrico, in alternativa al contratto di diritto comune, è autorevolmente sostenuta da V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, cit., p. 769 ss; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 4, p. 669 ss. V. anche A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, cit., p. 370 ss.

non di indici sparsi<sup>750</sup>, si evince dall'introduzione della figura del consumatore vulnerabile nei principali ordinamenti europei e nella recente direttiva 2019/944 sulla fornitura di energia elettrica<sup>751</sup>. L'art. 28, applicabile anche al cliente, che, acquistando energia elettrica per uso domestico, è qualificabile come consumatore, impone agli Stati l'adozione di misure (come il divieto di sospensione del servizio) per tutelare i clienti vulnerabili, definiti tali in base alla carenza di mezzi reddituali. La distinzione tra le due categorie di consumatori anche nei servizi bancari dimostra che, secondo il legislatore europeo, l'inclusione finanziaria ha assunto un'importanza non lontana dall'accesso ai servizi essenziali citati.

Ma v'è di più. In base agli artt. 111 e 126-*vicies* t.u.b. il consumatore vulnerabile è un soggetto finanziariamente escluso con poca esperienza in materia finanziaria. Lo si desume dall'obbligo, di cui all'art. 111, comma 3, di prestare servizi ausiliari di bilancio familiare a favore dei sovvenuti vulnerabili, e dai titolari del diritto al conto di base, che ai sensi dell'art. 126-*vicies* non devono essere intestatari di altro conto di pagamento. Tale distinzione è un ulteriore elemento di convergenza tra la normativa dei servizi bancari e quella dei servizi di investimento, nella quale pure il superamento della categoria generale di consumatore ha condotto ad una classificazione della clientela (tra cliente al dettaglio e cliente professionale) in base all'esperienza e al livello di inclusione finanziaria; la novità risiede nel fatto che tale frammentazione della tutela ha prodotto una scissione interna alla categoria del consumatore, che non è più una monade.

Conseguentemente, in presenza di consumatori vulnerabili la valutazione di adeguatezza del comportamento degli intermediari deve essere condotta più

---

<sup>750</sup> In senso contrario a quanto sostenuto nel testo v. L. MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in E. PELLECCIA, L. MODICA, *La riforma del sovraindebitamento*, cit., p. 397, per la quale si tratterebbe di «input che meriterebbero di essere tradotti in più chiare direttrici di sistema - del diritto bancario scritto e forse anche del diritto civile generale - in grado di certificare la valenza propulsiva della regola di inclusione».

<sup>751</sup> DIRETTIVA (UE) 2019/944 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 5 giugno 2019 relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica e che modifica la direttiva 2012/27/UE, in eur-lex.europa.eu. Già nel 2017 il legislatore portoghese aveva introdotto delle tariffe agevolate a favore dei consumatori di energia elettrica e gas in condizioni di vulnerabilità: v. UNCTAD, *Working Group on Vulnerable and Disadvantaged Consumers*, cit., p. 33. Il legislatore spagnolo, con gli artt. 3 e 4 del Real Decreto 897/2017, ha introdotto rispettivamente le definizioni di consumatore vulnerabile di energia elettrica e di consumatore a rischio di esclusione sociale; l'art. 6 del decreto prevede uno sconto sul pagamento della somministrazione di energia a favore dei consumatori definiti vulnerabili. In Francia si veda l'art. 115-3 del *Code de l'action sociale et des familles*, che tutela il consumatore il quale, a causa delle proprie difficoltà economiche, non riesca a pagare la fornitura di energia elettrica, acqua e utenze telefoniche.

rigorosamente, e non può fermarsi al riscontro dell'adempimento degli obblighi informativi previsti dal t.u.b.; è necessario accertare, invece, anche alla luce del principio di buona fede, che l'intermediario abbia tenuto conto delle difficoltà cognitive del consumatore e che abbia tenuto un comportamento cooperativo in presenza di difficoltà nei pagamenti.

L'inclusione finanziaria degli immigrati, peraltro, richiede una maggiore flessibilità delle banche non solo nella gestione del rapporto negoziale ma altresì nella disciplina di quest'ultimo, essendo fondamentale l'utilizzo di contratti *Shari'ah compliant* per includere anche i consumatori musulmani. Un rapporto negoziale "personalizzato" non può prescindere dall'utilizzo di strumenti innovativi di valutazione del merito creditizio, come i *Big Data*; se si riuscirà ad evitarne un utilizzo discriminatorio, tali strumenti permetteranno di adempiere all'obbligo di valutare la solvibilità dell'immigrato predisponendo piani di ammortamento calibrati sulle sue specifiche capacità economiche. Il superamento di tali criticità sembra fondamentale per configurare una cittadinanza economica degli immigrati e favorirne l'inclusione sociale, dato lo stretto legame che vi è oggi tra quest'ultima e l'accesso ai servizi bancari.

## Resumen

La actual crisis económica, producto de la propagación del COVID-19, que provocó el bloqueo de cadenas productivas enteras, replantea dramáticamente el tema de la inclusión financiera de personas en condiciones de vulnerabilidad económica y social, como los inmigrantes. El fenómeno de la inclusión financiera de los inmigrantes, en general, tiene un carácter multidimensional, estando vinculado a factores sociales, culturales, lingüísticos y religiosos.

La definición de inclusión financiera postula una definición previa de la otra cara de la moneda, que es la exclusión financiera, que tiene una estrecha relación con la exclusión social, siendo una la causa de la otra, en una especie de círculo vicioso. Según una definición comúnmente aceptada, la exclusión financiera consiste en las dificultades que enfrentan las personas para acceder y utilizar los productos y servicios que ofrece el sector financiero, que se adaptan a sus necesidades y que les permiten llevar un estilo de vida normal en la sociedad a la que pertenecen.

Prima facie, esta definición adolece de cierto carácter genérico, ya que no dice nada sobre los criterios que indican la adecuación de los productos financieros a las necesidades de los clientes, ni existe un criterio para establecer el nivel de vida "normal" en la sociedad actual, dados los diferentes niveles de desarrollo de los países del mundo. De manera más general, la definición exacta de exclusión requeriría, upstream, la identificación de los servicios financieros esenciales para la inclusión, que también varían con el grado de financiarización de cada país, siendo posibles diferentes grados de exclusión financiera según el nivel de complejidad de los servicios utilizados en el territorio; En un sentido mínimo, avanzado por el Banco Mundial, sólo se puede considerar excluido financieramente a quienes no tienen ningún tipo de acceso a los servicios financieros.

De hecho, es posible definir una jerarquía entre los distintos servicios financieros. En una era de dinero escritural, con límites cada vez mayores en el uso del efectivo, en la falta de una cuenta corriente es imposible realizar transacciones que no sean transacciones en efectivo, como recibir y ejecutar transferencias electrónicas, convertir cheques en efectivo o pagos en dinero electrónico, y mantener sus ahorros en un lugar seguro. En los años previos a la crisis financiera de 2008, la disminución del gasto público fue compensada por el aumento constante del desembolso de crédito por parte de los bancos.

En lugar de recibir apoyo del gasto público por parte del Estado, las personas encontraron apoyo en el sistema crediticio, que alentó la asunción de deuda privada al aumentar las posibilidades de obtener préstamos y tarjetas de crédito. Este proceso ha sido efectivamente descrito como "keynesianismo privatizado", ya que el crecimiento económico no fue estimulado por el aumento de la deuda pública de los estados sino por el endeudamiento de los individuos; en este contexto, sin embargo, el crédito al consumo se ha convertido en un instrumento de moral hedonista para maximizar el bienestar individual y satisfacer cualquier tipo de necesidad. Incluso la ley ha tomado nota de un cambio de paradigma en el que la asunción de deuda ya no está estigmatizada sino que debe ser "gestionada": dado el aumento del acceso al crédito, en un contexto en el que el consumidor muchas veces no tiene que afrontar incumplimientos aislados pero más deudas, la gestión de la crisis del sobreendeudamiento deja de ser prerrogativa exclusiva del empresario para convertirse en un paradigma general que también puede extenderse al consumidor. Con el constante aumento de los precios de las propiedades, de hecho, se hizo común otorgar hipotecas también a prestatarios subprime, dada la doble posibilidad de satisfacer al acreedor con el flujo de caja y la ejecución de la garantía hipotecaria, cuya futura apreciación -una predicción resultó ser falsa- habría garantizado el reembolso del préstamo. Recurrir al crédito privado para lograr los fines previamente asignados al bienestar ha hecho de los acuerdos de crédito un medio para superar problemas sociales, como la compra de una vivienda.

Con base en la definición de exclusión financiera enucleada, los productos y servicios bancarios podrían considerarse adecuados a las necesidades de los inmigrantes solo si tuvieran en cuenta las diferentes necesidades de alfabetización lingüística, religiosa y financiera de estas personas. El propósito de este documento es verificar si esto sucede y en qué medida.

La literatura se centra principalmente en la inclusión financiera en general, en el acceso al microcrédito o, cuando se trata de inmigrantes, en el uso de las remesas: no hay una discusión sistemática sobre las peculiaridades de la exclusión financiera de los inmigrantes y la de recursos para proteger a estos consumidores. El propósito de este trabajo, por tanto, es investigar de manera sistemática las causas de la exclusión financiera de los inmigrantes enfocándose en los servicios bancarios, demostrando que, a la luz del marco legal, la mayor vulnerabilidad de los clientes impone obligaciones de comportamiento más estrictas a los intermediarios

En la sociedad multicultural, sin embargo, el contrato puede ser funcional para el mercado ya que es una herramienta inclusiva, a la que puede acceder el mayor número de personas independientemente de sus cualidades personales. La prohibición de la discriminación por motivos de raza, etnia y nacionalidad en el acceso a bienes o servicios, de conformidad con los artículos 43 y 44 del Decreto Legislativo 286/1998 y 2, Decreto Legislativo 215/2003 (aplicaciones del principio a que se refieren los artículos 7, Dec. Univ. Man, 21 Carta de la directiva de la UE, 14 Conv. Eur. dir. man, 3, párrafo 1, Costo) es parte de la estrategia regulatoria general destinada a limitar la autonomía privada de los intermediarios.

Sin embargo, la doctrina ha dejado claro que la prohibición de la discriminación no es un mero reflejo del principio de igualdad y, en consecuencia, no requiere un trato igualitario de los contratistas; esto implicaría, además, la destrucción de la autonomía privada al crear a través del derecho privado una especie de sociedad utópica en la que todos son iguales en todo.

Por otro lado, se prohíbe el peor trato de un contratista en base a una concepción previa, por una cualidad personal considerada por la ley como factor de discriminación, independientemente de la comparación con el trato real reservado a otras contrapartes. De hecho, la discriminación puede tomar dos formas: la negativa a contratar, que en el caso de los servicios bancarios produce exclusión financiera, y la negociación en peores condiciones que las aplicadas a la generalidad de los clientes, que se traduce en una inclusión financiera imperfecta.

La aplicación de la prohibición de discriminación a la prestación de servicios bancarios no es revocable en duda, dada la clara disposición del art. 3, párrafo 1, lett. h), dir. 2000/43, que también se refiere a entidades privadas proveedoras de bienes o servicios. Un corolario de este principio es el art. 15, dir. 2014/92 / UE, que exige a los Estados miembros que garanticen que las entidades de crédito no discriminen por motivos de ciudadanía, lugar de residencia o por las razones mencionadas en el artículo 21 de la Carta dir. UE, consumidores que residen legalmente en la Unión al acceder a la estipulación de una cuenta de pago con características básicas.

Como destacado en este trabajo, pero, la exclusión financiera de los inmigrantes es un fenómeno con muchas facetas, que solo un análisis superficial y parcial puede conducir a una discriminación general en la fornitura de los servicios bancarios. sin

embargo, cabe señalar que esta es la única causa de exclusión económica de inmigrantes adecuadamente investigada por la doctrina tradicional.

El derecho contractual europeo, también en la interpretación de la jurisprudencia, no se refiere al hombre o mujer negros que tienen que pagar más por un coche que un blanco, sino al paradigma habitual del consumidor informado, consciente y racional, que se mueve dentro del mercado único europeo para aprovechar las oportunidades.

Y de hecho, para los artículos 5, par. 2, lett. b) y 6, párr. 1, dir. 2005/29, la injusticia de las prácticas comerciales depende de su idoneidad para distorsionar el comportamiento económico del consumidor medio; el consumidor con capacidades inferiores a la media, por tanto, corre el riesgo de quedarse sin protección frente a prácticas comerciales que distorsionan sus decisiones de consumo. A pesar de introducir el concepto de consumidor vulnerable, el art. 5, par. 3, de la directiva, considera solo la edad, la enfermedad y la ingenuidad como factores de vulnerabilidad, por lo que no está claro si los consumidores con diversidad lingüística, religiosa y étnica pueden considerarse vulnerables.

Aparte del tema de las prácticas comerciales desleales, el referente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es solo el consumidor medio: la exigencia de claridad y comprensibilidad de las cláusulas de los contratos b2c, según el art. 4, dir. 93/13 / Ce, se satisface cuando las mismas son gramaticalmente claras y permiten al consumidor medio, informado y circunspecto, comprender todas las consecuencias económicas que implica el contrato. Esta circunstancia es especialmente relevante en lo que respecta al riesgo lingüístico de los inmigrantes (ver capítulo II).

Como es bien sabido, el paradigma del consumidor racional ha despertado críticas generalizadas en la doctrina y en los estudiosos de la economía del comportamiento, quienes coinciden en afirmar la irrealidad de estos supuestos, ampliamente falseados por la reciente crisis financiera. La referencia a esta caricatura del consumidor real, que en cambio está desinformado, excesivamente confiado en sus propias habilidades e incapaz de procesar mucha información, no deja de tener consecuencias sobre la exclusión financiera de los inmigrantes: y de hecho, en el derecho europeo, no solo la adecuación de las prácticas comerciales, pero también las obligaciones de información impuestas a los profesionales se parametrizan a las características del consumidor medio europeo, mientras que los inmigrantes que acceden a servicios financieros presentan perfiles de vulnerabilidad adicionales.



La excesiva estandarización de las obligaciones de información previstas por las directivas europeas, confirmada por la Directiva 2011/83 / UE, reduce la obligación de información a la mera entrega de un formulario con la información legalmente requerida, tal y como expresa expresamente el art. 5, dir. 2008/48 / EU, dejando de lado cualquier apreciación de la idoneidad del comportamiento del profesional hacia ese consumidor. La idoneidad de la información, en otras palabras, no se mide en relación con la velocidad de datos adecuada para asegurar una elección informada para ese consumidor, sino con un parámetro uniforme que puede ser solicitado por todo profesional.

Esto parece surgir en algunos juicios de la ABF, en los que el cumplimiento de las obligaciones de información estándar crea una presunción de consentimiento informado del cliente, lo que impide que los inmigrantes, con un conocimiento escaso del idioma italiano, asuman una responsabilidad, incluida la compensación, del intermediario.

Y de hecho, el t.u.b. no impone la obligación de traducir los términos y condiciones generales o los documentos informativos al idioma del otro contratista, a diferencia de las obligaciones de traducción previstas en los artículos 122 c.p.c. y 143 c.p.p. en el contexto de procesos civiles y penales. Sin embargo, se necesitaría información personalizada para facilitar a sujetos como los inmigrantes, que muchas veces no dominan el idioma en el que se redacta la información precontractual o los textos de los contratos bancarios.

En definitiva, el cliente inmigrante correría con el riesgo lingüístico, es decir, el riesgo de tener que soportar las consecuencias negativas derivadas de la falta o comprensión incorrecta de la declaración de intenciones debido al idioma. Como muestran los estudios empíricos, los inmigrantes con dificultades lingüísticas tienen más dificultades para integrarse que los inmigrantes que hablan el idioma local; esto conlleva un menor precio sensible y mayores precios pagados por la compra de bienes como una vivienda.

La falta de obligaciones de traducción al idioma de los inmigrantes hace necesario identificar herramientas de protección adecuadas, para evitar que las dificultades lingüísticas sean explotadas por intermediarios para implementar prácticas crediticias predatorias. Emblemática es la historia de las hipotecas de alto riesgo en Estados Unidos, fuente de la crisis financiera de 2008: según algunos comités de investigación, los sujetos que estipularon hipotecas de alto riesgo eran principalmente afroamericanos o hispanos, con conocimiento limitado del idioma inglés, obligados a firmar contratos en ese idioma

bajo condiciones. peores que los pactados en las negociaciones, que se desarrollaron, sin embargo, en su lengua materna.

Si bien la jurisprudencia estadounidense se ha ocupado expresamente de cuestiones relacionadas con la protección de los clientes extranjeros frente a los bancos (véase el capítulo II) la cuestión de la diversidad lingüística del consumidor es esencialmente desconocida para la jurisprudencia italiana.

En definitiva, es necesario superar el modelo de justicia de acceso, que si bien elimina la discriminación en el acceso a bienes o servicios, sigue basándose en la figura del consumidor medio. La obsolescencia del paradigma del consumidor medio ya ha sido destacada en una Resolución del Parlamento Europeo, que subrayaba la incapacidad de las directivas de consumo para tener en cuenta las vulnerabilidades sociales, económicas y el bajo nivel de alfabetización de algunos consumidores, ya que es necesario introducir medidas para protección de consumidores vulnerables en sectores de riesgo como el financiero.

En efecto, el derecho contractual europeo se preocupa únicamente por eliminar las asimetrías de información, asumiendo que el consumidor es débil solo porque desconoce la regulación contractual y las características del bien o servicio; este enfoque, que excluye otras “debilidades”, no resiste la prueba de los hechos, ya que es posible distinguir entre el consumidor en general, vulnerable por asimetrías de información, y el consumidor desfavorecido también por razones lingüísticas, de bajo nivel de alfabetización y económicas.

La insensibilidad a las condiciones particulares de debilidad económica del deudor, además, es una característica de la relación obligatoria trazada por la doctrina, imponiendo la ejecución del servicio incluso en caso de impotencia financiera.

De lo anterior, se desprende la necesidad de superar un enfoque basado en la estandarización de las obligaciones de información, identificando una posible solución a los problemas mencionados en las obligaciones asistenciales presentes en la Ley Consolidada de Bancos. y, más en general, en la capacidad expansiva del principio de buena fe, fuente de integración del contrato. Como intentaremos demostrar, algunos índices regulatorios muestran la codificación de la figura del consumidor “vulnerable” en los servicios bancarios. Las disposiciones de la Ley Consolidada de Bancos que introducen elementos de "personalización" de la relación de negociación obligan a los

intermediarios a tener en cuenta las distintas bases lingüísticas y cognitivas de los consumidores, garantizándoles un excedente de protección que cierra la brecha entre la protección estándar del consumidor medio y la del consumidor vulnerable; algunas disposiciones, además, imponen una conducta más cooperativa en presencia de una vulnerabilidad económica del consumidor.

Como consecuencia de la baja educación financiera y la mayor asimetría cognitiva que ocurre con el intermediario, debida a la mala comprensión del lenguaje del contrato, es necesario superar una protección centrada en el consumidor promedio, informado y circunspecto, basada en el cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la ley incluso cuando son insuficientes. En términos más generales, la vulnerabilidad del consumidor inmigrante no depende solo de la asimetría de la información, como parece implicar el derecho contractual europeo (cuyo mantra es la imposición de información al profesional), sino que está relacionada principalmente con factores lingüísticos y económicos.

Las indicaciones de una concepción diferente del consumidor se encuentran en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que ha extendido la obligación de la encuesta de oficio a casi cualquier violación de las disposiciones de protección del consumidor, ya que estos sujetos tienen poco conocimiento de sus derechos. Sin embargo, en la legislación de servicios bancarios, este proceso llevó a la aparición de una figura más que el consumidor del Código del Consumidor, que ya no se caracteriza (solo) por la asimetría de información con el profesional, sino también por la condición de vulnerabilidad social y económica.

Por lo tanto, la obligación de atender mejor los intereses de los clientes requiere una gestión más flexible de la relación de negociación tanto en la fase precontractual como en la fase ejecutiva.

Como se desprende del estudio encargado por la Comisión de la UE, la redacción de las condiciones contractuales en la lengua materna no aumenta la comprensión de su contenido por parte de los consumidores, dada la tendencia de los consumidores a no leer los términos y condiciones generales. Ante los cientos de idiomas diferentes que hablan los consumidores inmigrantes en Italia, la obligación de escribir en la lengua materna no solo aumentaría los costos de transacción, que también incluyen los costos de redacción del contrato, sino que requeriría la contratación de personal multilingüe o traductores; esto podría traducirse, como todas las obligaciones de transparencia, en un aumento del

costo del servicio que correría a cargo de todos los consumidores, sin un beneficio real para la mayoría de los consumidores extranjeros.

Por tanto, un deber de traducción contrastaría con la justificación del uso de las condiciones generales del contrato, que radica en la reducción de los costes de negociación al acelerar la conclusión del negocio, ahorrando tiempo, recursos y actividades, y en el 'necesidad de planificación empresarial, por una parte porque haría más engorroso el procedimiento de celebración del contrato, por otra porque, al ser un deber para con una gama de clientes cuantitativamente indeterminada, evitaría efectivamente que el coste de los servicios se determinara a priori.

Por lo tanto, por las razones expuestas, puede excluirse que el uso por intermediarios de formas contractuales y formas en italiano viola la prohibición de discriminación indirecta de conformidad con los artículos 43, decreto legislativo 286/1998 y 2, decreto legislativo 215/2003, que prohíben cualquier criterio, comportamiento o práctica que pueda perjudicar a las personas de una raza, etnia o nacionalidad. Esta posibilidad, temida en la literatura jurídica, fue excluida por la supuesta inexistencia de la prohibición de la discriminación indirecta en el contexto contractual; Si bien buena parte de la doctrina reconoce, en cambio, la aplicabilidad de la prohibición de la discriminación indirecta también en este ámbito, la necesidad de evitar el aumento de los costos de transacción y de tener que contratar personal multilingüe para las traducciones hacen uso de formularios y formas en italiano proporcionadas y justificadas por un propósito legítimo de conformidad con el art. 3, párrafo 4, del Decreto Legislativo 215/2003, aunque sea de carácter económico.

Si bien no existe la obligación de traducir siempre el contrato al idioma del consumidor, no se excluye que el intermediario tenga otras obligaciones en presencia de un consumidor con poco conocimiento del idioma italiano.

Aunque no existe una obligación expresa de traducir el contrato en el idioma del consumidor, la obligación de servir mejor al interés del cliente, basando su actividad en sus necesidades particulares (art. 120 septies tub) y el principio de buena fe, fuente de obligaciones complementarias de la relación, puede imponer una explicación o una traducción del contrato en el idioma del consumidor, si en el caso específico el déficit lingüístico fuese claro.

En caso de debilidad económica del consumidor, según el art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. el prestamista debe gestionar esta situación con iniciativas destinadas a mantener el contrato, que deben calibrarse según la situación específica del sobreviviente; el Testo Unico bancario, por lo tanto, reduce la rigidez del Código Civil en el tratamiento del incumplimiento de la obligación,

No está claro si sea una obligación de renegociar *ex bona fide*, una directriz o una obligación autónoma, pero sigue siendo la indicación de una predilección para la conservación del contrato; por lo tanto se anticipa la tendencia de la legislación futura, cuyo objetivo parece la introducción en el Código Civil del derecho a renegociar en los contratos a largo plazo afectados por contingencias, según la delegación proporcionada al Gobierno por el art. 1, párrafo 1, del decreto legislativo 1151/2019. También la legislación sobre el leasing de viviendas tiene en cuenta la vulnerabilidad económica del consumidor, y introduce el derecho a una moratoria en el pago de la renta en caso de contingencias (como la pérdida de trabajo) que afectan negativamente la situación de ingresos del usuario; una aplicación análoga de este beneficio parece no solo posible, sino sobre todo necesaria para evitar la ilegitimidad constitucional de la legislación por irracionalidad.

La suspensión del pago de la deuda, sin embargo, es ya una de las conductas que la disciplina crediticia inmobiliaria impone al prestamista, ante una situación de dificultad económica y financiera del consumidor. Dada la importancia del hogar, el art. 28, dir. 2014/17 / EU requiere que el acreedor ejerza una cierta tolerancia antes de ejecutar la garantía inmobiliaria; aunque esta obligación no se menciona en el art. 120 *quinquiesdecies*, párrafo 1, t.u.b., implementando esta disposición, se puede obtener de las disposiciones de implementación de este artículo emitidas por el Banco de Italia con el par. 8, sección VI bis, de las Disposiciones sobre Transparencia de las operaciones y servicios bancarios.

De las disposiciones combinadas del art. 120 *quinquiesdecies* y par. 8, sección VI-bis, hay mucho más que una obligación, de contenido negativo, de tolerar el incumplimiento; si el art. 120 *quinquiesdecies* requiere la adopción de procedimientos para gestionar las relaciones con los consumidores en dificultades de pago, las disposiciones del Banco de Italia especifican que estos procedimientos deben garantizar

que el prestamista colabore con el consumidor para identificar las razones de las dificultades y las medidas adecuadas a tomar. adoptar para la devolución del crédito, tales como modificar las condiciones del contrato, ampliar su duración, modificar el tipo de crédito, la tasa de interés o disponer el aplazamiento o suspensión del pago de las cuotas. Los comentaristas de la Directiva 2014/17 han considerado el art. 28 expresión de la regla de la buena fe, que exige tolerar un incumplimiento no grave, dejando al consumidor, sin embargo, sin remedio para imponer al acreedor la cooperación no prestada. El aplazamiento de la ejecución de la garantía, entonces, no aumentaría la posibilidad de que el deudor esté en condiciones de cumplir, porque, si el monto adeudado se incrementa en intereses, ante un impedimento grave el deudor ya no podrá cumplir.

Arte. 120 quinquiesdecies t.u.b., sin embargo, tiene un contenido más específico que el art. 28, ya que no solo exige tolerancia al incumplimiento sino implementar una de las conductas destinadas a mantener el contrato entre las identificadas por el Banco de Italia.

Contrariamente a la tesis que identifica estas disposiciones como una referencia a la obligación de buena fe, tanto por el nivel de detalle de la conducta impuesta como por el hecho de que, en este sentido, serían disposiciones superfluas.

La vulnerabilidad económica del consumidor es también el requisito previo para la aplicación de la disciplina de la cuenta de pago básica a la que se refiere el art. 126-*vicies bis* t.u.b., y para la aplicación del art. 111, párrafo 3, de la t.u.b. que regula el microcrédito otorgado a personas en condiciones de vulnerabilidad económica y social; de hecho, ambas disposiciones aplican condiciones económicas favorables en comparación con las aplicables al consumidor en general. Estos índices empujan hacia la creación de una figura de consumo vulnerable, diferente de la del consumidor *tout court*, cuya debilidad depende no solo de la asimetría de la información, sino también de las precarias condiciones económicas y sociales, y cuya protección debe ser modulada de acuerdo con el específico perfil de vulnerabilidad; esto parece introducir un nuevo tipo de debilidad dentro del paradigma general del contrato asimétrico.

Esta es una clara línea de tendencia, común al derecho de la economía, como demuestra la introducción de la figura del consumidor vulnerable en los principales sistemas europeos y en l'artículo 28 de la reciente directiva 2019/944 sobre el suministro de electricidad, aplicable al cliente, quien, al comprar electricidad para uso doméstico,

califica como consumidor. L'artículo 28 requiere que los estados adopten medidas (como la prohibición de la suspensión del servicio) para proteger a los clientes vulnerables, definidos como los que faltan de medios económicos.

La distinción entre las dos categorías de consumidores también en los servicios bancarios muestra que, según el legislador europeo, la inclusión financiera ha asumido una importancia no lejos del acceso a los servicios esenciales mencionados. Esta distinción es un elemento adicional de convergencia entre los servicios bancarios y las regulaciones de servicios de inversión, en los que la superación de la categoría general de consumidores ha llevado a una clasificación de clientes (entre cliente minorista y cliente profesional) basada en el experiencia y nivel de inclusión financiera. La novedad radica en el hecho de que esta fragmentación de la protección ha producido una división dentro de la categoría del consumidor, que ya no es una mónada. En consecuencia, en presencia de consumidores vulnerables, la evaluación de la idoneidad del comportamiento de los intermediarios debe llevarse a cabo de manera más rigurosa, y no puede detenerse en el cumplimiento de las obligaciones de información establecidas en el Testo Unico Bancario. Sin embargo, es necesario determinar, también a la luz del principio de buena fe, que el intermediario haya tenido en cuenta las dificultades cognitivas del consumidor y que haya cooperado en presencia de dificultades en los pagos.

La inclusión financiera de los inmigrantes requiere una mayor flexibilidad de los bancos no solo en la gestión de la relación de negociación, sino también en la disciplina de estos últimos, ya que el uso de contratos que cumplen con la *Shari'ah* es fundamental para incluir también a los consumidores musulmanes. Una relación de negociación personalizada no puede ignorar el uso de herramientas innovadoras para evaluar la solvencia, como *Big Data*. Si será posible evitar un uso discriminatorio, estas herramientas permitirán cumplir con la obligación de evaluar la solvencia del inmigrante mediante la preparación de planes de amortización adaptados a sus capacidades económicas específicas. Superar estos problemas críticos parece esencial para configurar una ciudadanía económica de los inmigrantes y favorecer sus inclusión social, dado el estrecho vínculo que existe hoy entre esta y el acceso a los servicios bancarios.





## BIBLIOGRAFIA

- P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 528 ss.
- P. ABBADESSA, *Banca e responsabilità precontrattuale: i doveri di informazione*, in *Jus*, 1981, p. 152 ss.
- P. ABBADESSA, *La banca islamica: impressioni di un giurista italiano*, in G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 142 ss.
- P. ABENANTE, *Il rapporto tra migranti e finanza informale*, Osservatorio Nazionale sull’Inclusione Finanziaria dei Migranti, in [www.migrantiefinanza.it](http://www.migrantiefinanza.it).
- P. ABENANTE, D. FRIGERI, *Finanza islamica, Paper 2018*, Osservatorio Nazionale sull’inclusione finanziaria dei migranti, CeSPI, in [www.migrantiefinanza.it](http://www.migrantiefinanza.it).
- F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. ROPPO, Giuffrè, Milano, 2006.
- C. AGABITINI, *Ancora in tema di ordine pubblico di protezione e mercato del credito. L’accesso al credito e il bene casa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 1, p. 61 ss.
- AGCM, *Indagine conoscitiva sui costi dei conti correnti bancari*, 2013, n. 45, p. 75 ss, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).
- AGCM, *Bollettino settimanale*, anno XXIX-n. 7, 18 Febbraio 2019, in [www.agcm.it](http://www.agcm.it).
- AGCOM, *Big Data. Interim Report nell’ambito dell’indagine conoscitiva di cui alla delibera n. 217/17/CONS*, p. 1 ss., in [www.agcom.it](http://www.agcom.it).
- M. AINLEY, A. MASHAYEKHI, R. HICKS, A. RAHMAN, A. RAVALIA, *Islamic Finance in the UK: Regulation and Challenges*, Financial Services Authority, November 2007.
- G. A. AKERLOF, *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and The Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, 3 (Aug., 1970), p. 488 ss.
- R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, p. 311 ss.
- R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in *Jus civ.*, 2013, 7, p. 388 ss.
- G. ALPA, *Consumatore*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 313 ss.
- S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, in *Quad. giur.*, 2014, 6, Consob, p. 6 ss.
- M. AMATO, *L’enigma della moneta e l’inizio dell’economia*, Dialectica, 2016.
- M. AMATO, L. FANTACCI, *Come salvare il mercato dal capitalismo. Idee per un’altra finanza*, Donzelli, Roma, 2012.
- L. ANDERLONI, E. M. CARLUCCIO, *Access to Banks Accounts and Payment Services*, in L. ANDERLONI, M. D. BRAGA, E. M. CARLUCCIO (a cura di), *New Frontiers in Banking Services Emerging Needs and Tailored Products for Untapped Markets*, Springer, 2006.
- L. ANDERLONI, *Migrants and Remittances*, in L. ANDERLONI, M. D. BRAGA, E. M. CARLUCCIO (a cura di), *New Frontiers in Banking Services*. Springer, Berlin, Heidelberg, 2007.
- L. ANDERLONI, *Flussi migratori e flussi finanziari: il social banking*, in D. MASCIANDARO (a cura di), *Secondo Rapporto Bocconi, DIA, DNA, UIC, Immigrazioni e flussi finanziari*, Milano, Egea, 2003.
- D. ANSELMO, *La cittadinanza tra teoria e prassi. Brevi riflessioni a partire dalla giurisprudenza amministrativa italiana*, in *Dir. quest. pubb.*, 2016, 1, p. 117 ss.

- A. ANTONUCCI, *L'intermediazione finanziaria non bancaria nel d.lgs. 141/2010. Profili di sistema*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2011, 1, p. 29 ss.
- G. AQUARO, *Contratto di leasing e nuova disciplina sulla vendita dei beni di consumo*, in *Vita not.*, 2004, 1, p. 462 ss.
- P. ARMSTRONG, *Financial Technology: The Regulatory Tipping Points*, 27 September 2016, in [http://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016420\\_financial\\_technology\\_the\\_regulatory\\_tipping\\_points\\_by\\_patrick\\_armstrong\\_0.pdf](http://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/2016420_financial_technology_the_regulatory_tipping_points_by_patrick_armstrong_0.pdf).
- D. W. ARNER, R. P. BUCKLEY, D. A. ZETSCHE, R. VEIDT, *Sustainability, FinTech and Financial Inclusion*, in *European Business Organization Law Review*, 21, 2020, p. 7 ss.
- M. ARNONE, *Il microcredito come strumento per combattere l'esclusione finanziaria in Italia: quali differenze a livello regionale e locale*, in *Rass. Ec.*, 2015, 2, p. 10 ss.
- T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Istituzioni di diritto industriale*, ed. III, Giuffrè, Milano, 1960.
- S. ASMAT, *Islamic Finance in the Western World: Development, legal regulation and challenges faced by Islamic Finance in the United Kingdom*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, April-June 2014, Vol. 31, Issue n. 2, p. 89 ss.
- A. ATKINSON, F. A. MESSY, *Financial Education for Migrants and their Families*, *OECD Working Papers on Finance, Insurance and Private Pensions* No. 38, 2015, p. 1 ss., [www.oecd.org](http://www.oecd.org).
- L. AYRES, *Fair driving: gender and race discrimination in retail car negotiations*, in *Harv. Law Rev.*, 1991, 104, 4, p. 817 ss.
- V. BACHELET, *Concorso colposo del danneggiato: il quasi inestricabile intreccio tra la causalità e la colpa e l'irruzione nel campo della solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 431 ss.
- R. M. BALLATORE, A. GROMPONE, L. LUCCI, P. PASSIGLIA, A. SECHI, *I rifugiati e i richiedenti asilo in Italia, nel confronto europeo*, in *Quest. Ec. Fin. (Occasional Papers)*, 2017, 377, Banca d'Italia, p. 5 ss.
- BANCA D'ITALIA, *Indagine sul costo dei conti correnti nel 2018*, n. 9 - Settembre 2019, p. 5 ss.
- E. BANI, Art. 111. *Microcredito*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo II, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, p. 1637 ss.
- M. BARCELONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 33 ss.
- M. BARCELONA, *L'interventismo europeo e la sovranità del mercato: le discipline del contratto e i diritti fondamentali*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 336 ss.
- M. BARCELONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, Padova, 2015.
- P. BARCELONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969.
- P. BARCELONA, *Obbligo a contrarre, disciplina antitrust e tutela del consumatore acquirente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 2, p. 1003 ss.
- A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Cedam, Milano, 2017.
- E. BARGELLI, *Abitazione (Diritto alla)*, in *Enc. dir., Ann. VI, Abitazione-Volontariato*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 1 ss.

- E. BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il right to respect for the home ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1, p. 81 ss.
- S. BAROCAS, A. D. SELBST, *Big Data's Disparate Impact*, in *California Law Review* 671 (2016), p. 673 ss.
- F. BARTOLINI, *The Consumer-Debtor Dimension: Some Further Steps for the Principle of Effectiveness within Consumer Credit Contracts*, in *Eur. Rev. Cont. Law*, 2016, 12, p. 292 ss.
- G. BASCHERINI, *Verso una cittadinanza sociale?* in *Giur. cost.*, 1999, 1, p. 381 ss.
- H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit International privé*, ed. 7, L.G.D.J., Paris, 1983.
- C. BENANTI, *Art. 16- Spiegazioni adeguate*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Gruppo 24Ore, Milano, 2016, p. 350 ss.
- S. W. BENDER, *Consumer Protection for Latinos: Overcoming Language Fraud and English-Only in the Marketplace*, in *45 Am. U. L. Rev.* 1027 (1996), p. 1027 ss.
- S. W. BENDER, *Rate Regulation at the Crossroads of Usury and Unconscionability: The Case for Regulating Abusive Commercial and Consumer Interest Rates under the Unconscionability Standard*, in *31 Hous. L. Rev.* 721 (1994), p. 723 ss.
- M. BENDIG, M. UNTERBERG, B. SARPONG, *Overview of the Microcredit Sector in the European Union, European Microfinance Network*, 2012.
- A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli, artt. 1460-1462*, Giuffrè, Milano, 2011.
- A.M. BENEDETTI, voce *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 370 ss.
- A. M. BENEDETTI, *Una nuova eccezione d'inadempimento? Usi «criptorisolutori» e «costituzionalmente orientati»*, in C. CONSOLO, I. PAGNI, S. PAGLIANTINI, V. ROPPO, M. MAUGERI, *La risoluzione per inadempimento. Poteri del giudice e poteri delle parti*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 219 ss.
- A. M. BENEDETTI, R. NATOLI, *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, Marzo 2020, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it).
- A. M. BENEDETTI, *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 3, p. 68 ss.
- O. BEN-SHAHAR, O. B. GILL, *Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law*, in *50 Common Market Law Review* 109, 2013, p. 109 ss.
- M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2019, 1, p. 1 ss.
- I. BERLIN, *Two concepts of liberty, Four Essays On Liberty*, Oxford University Press, Oxford, England, 1969, p. 118 ss.
- A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 2, p. 327 ss.
- A. BERTOLINI, *Art. 28. Morosità e pignoramenti*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Gruppo 24Ore, Milano, 2016, p. 481 ss.
- E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, ed. II, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1994.

- C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*. Art. 1218-1229, in A. SCIALOJA, G. BRANCA, *Commentario del Codice civile*, Zanichelli-Foro It., Bologna-Roma, 1967.
- C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss.
- C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, 1. *Dir. Civ*, in *Enc. giur. Trecc.*, VII, Roma, 1988, p. 1 ss.
- C. M. BIANCA, voce *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, in *Dig., IV, Disc. priv. Sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 397 ss.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1990.
- C.M. BIANCA *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 2, p. 251 ss.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 2015.
- C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, ed. III, Giuffrè, Milano, 2019.
- L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 154 ss.
- F. BILANCIA, *Brevi riflessioni sul diritto all'abitazione*, in *Ist. fed.*, 2010, 3/4, p. 231 ss.
- N. BOBBIO, *Eguaglianza ed egualitarismo*, Roma, 1978.
- G. E. BODNER, R. K. JAMIESON, D. T. CORMACK, D. L. McDONALD, D. M. BERNSTEIN, *The Production Effect in Recognition Memory: Weakening Strength Can Strengthen Distinctiveness*, in *Canadian Journal of Experimental Psychology* 2016, Vol. 70, No. 2, p. 93 ss.
- S. BONFATTI, *Dal leasing abitativo giovanile la riforma della locazione finanziaria*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 2/2016, p. 1 ss.
- F. BONACCORSI, V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria)*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 525 ss.
- P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, Milano, 2019.
- N. BORRACHINI, *Banche e immigrati: credito, rimesse e finanza islamica*, Pacini, 2007.
- U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Giuffrè, Milano, 1980.
- C. BRUSINI, *Microcredito. La nuova legge costringe gli operatori a lavorare in perdita. Così l'albo degli intermediari resta vuoto*, *Fatto Quotidiano* (6 Marzo 2016), [www.ilfattoquotidiano.it](http://www.ilfattoquotidiano.it).
- A. BUCKINGHAM, *Considering Cultural Communities in Contract Interpretation*, in *9 Drexel L. Rev.* 129, 2016, p. 130 ss.
- V. BUONOCORE, Voce «Leasing», in *Noviss. dig. it., app.*, Utet, Torino, 1983, p. 797 ss.
- J. BURRELL, *How the machine thinks: Understanding opacity in machine learning algorithms*, in *Big Data & Society*, 2016, p. 1 ss.
- O. CAGNASSO, G. COTTINO, *Contratti commerciali*, ed. II, in G. COTTINO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, Cedam, Milano, 2009.
- C. W. CALORIMIS, C. M. KAHN, S. D. LONGHOFER, *Housing-Finance Intervention and Private Incentives: Helping Minorities and the Poor*, in *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 26, No. 3, Part 2: *Federal Credit, Theory, Evidence, and History* (Aug., 1994), p. 634 ss.
- C. CAMARDI, *Il sovraindebitamento del consumatore e il diritto delle obbligazioni*, in G. D'AMICO (a cura di), *Sovraindebitamento e rapporto obbligatorio*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 138 ss.

- C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giust. civ.*, 2019, 3, p. 505 ss.
- A. CAMEDDA, *La rivoluzione tecnologica nel settore assicurativo: l'avvento dei big data*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2016, 4, suppl. n. 1, p. 5 ss.
- F. CAPRIGLIONE, *Etica della finanza e finanza etica*, Laterza, Roma, 1997.
- G. CARAPEZZA FIGLIA, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.
- G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 6, p. 1387 ss.
- R. CARATOZZOLO, *La personalizzazione dell'offerta di prodotti e servizi finanziari: alcune considerazioni sugli effetti nei rapporti tra intermediari e clienti*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 1, [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), p. 1 ss.
- U. CARNEVALI, *Contratti di durata e impossibilità temporanea di esecuzione*, in *Contr.*, 2000, 2, p. 113 ss.
- G. CARRIERO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d'indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in G. DE CRISTOFARO, (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 37 ss.
- M. CASPER, A. A. ALLALI, *Islamic Finance Made in Germany – A case study on Kuveyt Türk (KT Bank): Germany first Islamic Bank*, p. 2 ss., in [www.uni-muenster.de](http://www.uni-muenster.de)
- M. CASSOTTANA, *Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto*, in C. M. BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1979
- F. CASTRO, *Voce "Diritto Musulmano*, in R. SACCO (a cura di), *Dig, disc. priv., Sez. Civ.*, ed. VI, Utet, Torino, 2011, p. 289 ss.
- G. CATTANEO, *Il concorso di colpa del danneggiato*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 481 ss.
- B. CECCHINI, *Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 3, p. 186 ss.
- V. M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000
- O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?* in *Utrecht law review*, 2007, 2, vol. 3, p. 1 ss.
- O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and The Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalization of Contract law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Utrecht University Institute for Legal Studies, Boothsstraat 6, BW Utrecht, The Netherlands, 2007.
- O. CHEREDNYCHENKO, *Freedom of Contract in the Post-Crisis Era: Quo Vadis?* in *Eur. rev. contr. law*, 2014, 10, p. 390 ss.
- O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, European Private Law, and Financial Services*, in H. W. MICKLITZ (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford Publishing, Oxford, 2014, p. 170 ss.

- A. CHOWDHURY, *Microfinance as a Poverty Reduction Tool—A Critical Assessment*, in *DESA Working Paper No. 89, ST/ESA/2009/DWP/89, December 2009*, p. 1 ss.
- G. CIAN, *L'offerta al pubblico e l'art. 3 del d.lgs. 31 Maggio 1998, n. 114, in materia di vendite al dettaglio*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 314 ss.
- C. CICALA, *Lingua straniera e testo contrattuale*, Giuffrè, Milano, 2003.
- M. CIHÀK, H. HESSE, *Islamic Banks and Financial Stability: An Empirical Analysis*, *International Monetary Fund*, 2008, p. 3 ss.
- D. K. CITRON, F. PASQUALE, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*, in *Washington Law Review*, 2014, vol. 89, 1, p. 1 ss.
- O. CLARIZIA, *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012.
- R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, in V. BUONOCORE (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, sez. II, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2002, p. 64 ss.
- R. H. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics* 3, 1960, p. 1 ss.
- H. COLLINS, *Does social justice require the preservation of diversity in the private laws of member states of Europe*, in T. WILHELMSSON, E. PAUNIO, A. POHIOLAINEN (eds.), *Private Law and the Many Cultures of Europe* (Kluwer Law International 2007), p. 161 ss.
- H. COLLINS, *On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law*, in H. MICKLITZ (a cura di), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford publishing, Oxford, 2014, p. 26 ss.
- A. COLOMBI CIACCHI, *European Fundamental Rights, Private Law, and Judicial Governance*, in H. W. MICKLITZ, *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 104.
- G. COMPARATO, *Private Autonomy and Regulation in EU case-law*, in H. W. MICKLITZ, Y. SVETIEVI, G. COMPARATO (a cura di), *European Regulatory Private Law- The Paradigms Tested*, EUI Working Paper LAW 2014/04, p. 4 ss.
- G. COMPARATO, I. DOMURATH, *Financialisation and its Implications for Private Autonomy in Consumer Credit Law*, in *Oss. dir. civ. Comm.*, 2015, 1, p. 227 ss.
- G. COMPARATO, *The Financialisation of the Citizen. Social and Financial Inclusion through European Private Law*, Hart, 2018.
- M. CONSITO, *La tutela amministrativa del migrante involontario. Richiedenti asilo, asilanti e apolidi*, Jovene, Napoli, 2016.
- CONSUMER FINANCIAL PROTECTION BUREAU, *Spotlight on serving limited English proficient consumers. Language access in the consumer financial marketplace*, November 2017, p. 5 ss.
- G. CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato*, in G. ALPA, G. CONTE, *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 601-650.
- G. CORRADO, *L'esclusione finanziaria*, Giappichelli, Torino, 2012.
- M. COSTANZA, *Natura normativa delle condizioni generali di contratto*, in C. M. BIANCA (a cura di), *Le condizioni generali di contratto*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1979, p. 155 ss.
- R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, ed. v, Il Mulino, Bologna, 2012.

- P. CRISCUOLI, *Acquisti immobiliari dei cittadini comunitari e degli extracomunitari*, in *Immobili & Proprietà* 2/2013, p. 100 ss.
- R. CRISTOFARI, *Art. 1820*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 434 ss.
- C. CROUCH, *Privatised Keynesianism: An Unacknowledged Policy Regime*, in *The British Journal of Politics and International Relations*, 2009, vol. 11, pp. 382-399.
- A. D'ADDA, *Il risarcimento in forma specifica. Oggetto e funzioni*, Cedam, Padova, 2002.
- A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Dir. civ. cont.*, Aprile/Giugno 2014, [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com).
- A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausole abusive e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 1, p. 22 ss.
- M. DAGHLES, *The Islamic Finance and Markets Review*, ed. 3, 2018, in [www.thelawreviews.co.uk](http://www.thelawreviews.co.uk);
- G. D'ALESSIO, R. GAMBACORTA, *L'accesso alla abitazione di residenza in Italia*, in *Quest. ec. fin. (Occasional papers)*, 2007, n. 7, p. 3 ss.
- T. DALLA MASSARA, *Obbligo del creditore di valutare la solvibilità del debitore: la Corte di Giustizia sulla sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali prevista nell'ordinamento francese*, in *Dir. Civ. Cont.*, 3, Ottobre/Dicembre 2014.
- M. D'AMBROSIO, *Errore-vizio della volontà sulla clausola derogativa della giurisdizione italiana secondo la convenzione di Bruxelles del 27 Settembre 1968*, in *Giur. mer.*, 1989, I, p. 44 ss.
- G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 1, 2010, p. 11 ss.
- G. D'AMICO, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contr.*, 2011, 7, p. 653 ss.
- G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contr.*, 2014, 10, p. 926 ss.
- G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 214 ss.
- G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 2, p. 247 ss.
- G. D'AMICO, *Problemi dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato*, in *Giust. civ.*, 2016, 3, p. 444 ss.
- G. D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, T. RUMI, *I nuovi marciiani*, a cura di, Giappichelli, Torino, 2017, p. 1 ss.
- G. D'AMICO, *Il sovraindebitamento nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contr.*, 2019, 3, p. 318 ss.
- G. D'AMICO, *La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2019, p. 1 ss.
- A. D'ANGELO, *Rapporti tra buona fede e abuso del diritto*, in G. VISINTINI, (a cura di), *L'abuso del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 59 ss.

- D. D'ANGELO, *Microcredito all'impresa: profili normativi, operatori non bancari e vincoli all'accesso*, in *Riv. banc.*, 2018, 2/3, p. 199 ss.
- A. DAVOLA, *Algoritmi decisionali, soft data e accesso al credito: una soluzione blockchain-based per rispondere alla vacuità normativa*, in A. NUZZO (a cura di), *Blockchain e autonomia privata. Fondamenti giuridici*, LUISS University Press, Roma, 2019.
- L. DE ANGELIS, *Art. 117. Contratti*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo III, ed. IV, Cedam, 2018, p. 1687 ss.
- R. DE CHIARA, *Art. 124-bis. Verifica del merito creditizio*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, ed. III, Cedam, 2012, p. 1869 ss.
- 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, p. 255 ss.
- G. DE CRISTOFARO, *Intervento al Convegno su "La nuova disciplina europea dei contratti di credito per finanziare l'acquisto di immobili"*, tenuto a Rovigo il 24 Ottobre 2014.
- G. DE CRISTOFARO, *Rispetto delle misure di contenimento adottate per contrastare la diffusione del virus COVID-19 ed esonero del debitore da responsabilità per inadempimento*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 3, p. 572 ss.
- A. DE FRANCESCHI, M. LEHMANN, *Data as Tradeable Commodity and New Measures for their protection*, in *The Italian Law Journal*, 2015, p. 51 ss.
- M. DELLACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 6, p. 324 ss.
- F. DELL'ISOLA, *Art. 126-noviesdecies. Diritto al conto di base*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo II, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, p. 2352 ss.
- F. DELL'ISOLA, *Art. 126-vicies. Apertura del conto di base*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo II, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, p. 2362 ss.
- A. DEMIRGUC-KUNT, L. KLAPPER, D. SINGER, P. VAN OUDHEUSDEN, *The Global Findex Database 2014, Measuring Financial Inclusion around the World*, in *World Bank Policy Research Working Paper 7255, April 2015*, in <http://documents.worldbank.org/curated/en/187761468179367706/pdf/WPS7255.pdf>, p. 2 ss.
- G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, in *Tipicità e atipicità nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1983.
- G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, ed. III, Giuffrè, Milano, 1995.
- G. DE NOVA, *The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 1, p. 3 ss.
- G. DE NOVA, *Il contratto alieno*, ed. II, Giappichelli, Torino, 2010.
- G. DE NOVA, *Il contratto alieno e le norme materiali*, in G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova, 2011, p. 53 ss.
- M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 55 ss.



- M. DE POLI, *European Banking Law*, Cedam, Milano, 2017.
- A. DI BIASE, *Monopolio di fatto dominio del mercato ed obbligo a contrarre*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017.
- A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1967.
- A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 1 ss.
- A. DI MAJO, *Le obbligazioni pecuniarie*, Giappichelli, Torino, 1996.
- A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, III, ed. IV, Giuffrè, Milano, 2003.
- A. DI MAJO, *I pagamenti senza denaro contante nella cashless society*, in *Corr. giur.*, 2008, 4, p. 500 ss.
- L. A. DI MATTEO, B. L. RICH, *A Consent Theory of Unconscionability: An Empirical Study of Law in Action*, in *33 Fla. St. U. L. Rev.* 1067 (2006), p. 1068 ss.
- G. DINACCI, *Mutuo di scopo*, in S. PAGLIANTINI, G. DINACCI, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Cedam, Padova, 2009, p. 99 ss.
- R. DI RAIMO, *Debito, sovraindebitamento ed esdebitazione del consumatore: note minime sul nuovo diritto del capitalismo postmoderno*, in *Riv. Dir. Banc.*, dirittobancario.it, 4, 2018, p. 285 ss.
- A. DI SALVATORE, F. FRANCESCHI, A. NERI, F. ZANICHELLI, *Measuring the financial literacy of the adult population: the experience of Banca d'Italia*, in *Quest. Ec. Fin. (Occasional Papers)*, 2018, 435, p. 5 ss.
- A. A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, Bologna, 2013.
- A. A. DOLMETTA, "My way", "for you", "piano visione europa " e Corte di Cassazione, p. 22 ss., in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).
- I. DOMURATH, *Mortgage Debt and the Social Function of Contract*, in *Eur. Law Journ.*, 2016, 6, p. 758 ss.
- L. DONATO, M. A. FRENI, *Attività bancaria islamica e controlli di vigilanza*, in G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Giuffrè, Milano, 2006.
- U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La formazione dei contratti*, Cedam, Padova, 1984
- M. DRAGHI, *We face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*, 25 Marzo 2020, *Financial Times*, in <https://www.ft.com/content/c6d2de3a-6ec5-11ea-89df-41bea055720b>.
- M. A. EL-GAMAL, *Islamic Finance: Law, Economics, Practice*, Cambridge University Press, 2006.
- M. ELSHOUT, M. ELSSEN, J. LEENHEER, M. LOOS, J. LUZAK, *Study on consumers' attitudes towards Terms and Conditions (T&C). Final report 17 June 2016*, in [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/terms\\_and\\_conditions\\_final\\_report\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/terms_and_conditions_final_report_en.pdf).
- K. C. ENGEL, P. A. MCCOY, *A Tale of Three Markets: The Law and Economics of Predatory Lending*, in *Texas Law Review* 80, no.6 (2002), p. 1257 ss.
- J. ERCANBRACK, *The Law of Islamic Finance in the United Kingdom: Legal Pluralism and Financial Competition*, 2011.
- J. ERCANBRACK, *The Transformation of Islamic Law in Global Financial Markets*, Cambridge University Press, 2015.
- H. ESSELINK, L. HERNÁNDEZ, *The use of cash by households in the euro area*, in *European Central Bank (Occasional paper series)*, 2017, n. 201, p. 3 ss.

- EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority on the application of customer due diligence measures to customers who are asylum seekers from higher-risk third countries or territories*, 12 Aprile 2016, p. 1 ss., in [eba.europa.eu](http://eba.europa.eu).
- EUROPEAN CENTRAL BANK, *Guide to assessment of fintech credit institutions license applications*, p. 1 ss., in [www.bankingsupervision.europa.eu](http://www.bankingsupervision.europa.eu).
- EUROPEAN COMMISSION, DIRECTORATE-GENERAL FOR EMPLOYMENT, SOCIAL AFFAIRS AND EQUAL OPPORTUNITIES, *Financial Services Provision and Prevention of Financial Exclusion*, Bruxelles, 2008, p. 1 ss.
- EUROPEAN COMMISSION, DG INTERNAL MARKET AND SERVICES, *Study on the costs and benefits of policy actions in the field of ensuring access to a basic bank account*, Bruxelles, 2010, p. 1 ss.
- EUROPEAN COMMISSION, *National measures and practices as regards access to basic payment accounts, Follow-up to the Recommendation of 18 July 2011 on access to a basic payment account*, Bruxelles, 2012, p. 1 ss.
- EUROPEAN GROUP OF EXPERT ON CREDIT HISTORIES (EGCH), *Report of the Expert Group on Credit Histories*, maggio 2009, p. 5, in [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2009/credit\\_histories/egch\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/credit_histories/egch_report_en.pdf).
- L. FANTACCI, *La moneta. Storia di un'istituzione mancata*, Marsilio, Venezia, 2005.
- D. FARACE, *Incertezze giurisprudenziali sulla consensualità del mutuo di scopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 163 ss.
- A. F. FARHOOMAND, V. K. TUUNAINEN, L. W. YEE, *Barriers to global electronic commerce: A cross-country study of Hong Kong and Finland*, in *Journal of Organizational Computing and Electronic Commerce*, (2000), vol. 10, p. 23 ss.
- G. FAUCEGLIA, *Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2006, 5, p. 643 ss.
- P. L. FAUSTI, *Riflessioni giuridiche intorno al microcredito. Per un diritto equo e razionale*, in *POLITEIA*, XXI, 80, 2005, p. 197 ss.
- L. FERRAJOLI, *Cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, IX, 1993, p. 63 ss.
- L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994.
- L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, ed. III, Laterza, Roma-Bari, 2008.
- E. W. FERREIRA, *The darkside of microfinance*, July 2004, in <http://www.findevgateway.org/sites/default/files/mfg-en-paper-the-darkside-of-microfinance-2004.pdf>.
- F. FERRETTI, *Consumer access to capital in the age of FinTech and big data: the limits of EU law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, vol. 25, p. 476 ss.
- F. FERRETTI, *Not-So-Big and Big Credit Data Between Traditional Consumer Finance, FinTechs, and the Banking Union: Old and New Challenges in an Enduring EU Policy and Legal Conundrum*, in *Global Jurist*, 2018, p. 1 ss.
- R. FERRETTI, *Art. 126-decies*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo II, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, p. 2295 ss.

- G. FERRI, *Voce Conto corrente di corrispondenza*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 666 ss.
- G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.
- P. FERRO-LUZZI, *Attività bancaria e attività delle banche*, in *Banca impr. soc.*, 1996, 1, p. 1 ss.
- A. M. FISCHER, *Immigrant Language Barriers and House Prices*, in *Federal Reserve Bank of Dallas Globalization and Monetary Policy Institute Working Paper No. 97*, <https://www.dallasfed.org/~/media/documents/institute/wpapers/2011/0097.pdf>, p. 1 ss.
- R. FORNASARI, *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari my way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contr. impr.*, 2017, 4, p. 1281 ss.
- M. FRAGALI, *Del mutuo*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice civile, Libro IV. Delle Obbligazioni (artt. 1754-1860)*, Zanichelli-Foro it., Bologna-Roma, 1956, p. 244 ss.
- M. FRATINI, *Prodotti finanziari, valori mobiliari e strumenti finanziari*, in M. FRATINI, G. GASPARRI (a cura di), *Il Testo Unico della Finanza*, Utet, Torino, 2012, p. 16 ss.
- M. FRIEDMAN, *The Optimum Quantity of Money*, in *Journal of Money, Credit and Banking* Vol. 2, No. 4 (Nov., 1970), p. 397 ss.
- D. FRIGERI, G. GIANGASPERO, PROVASOLI, I. CORVINO, *Cittadinanza economica dei migranti e rapporto con le banche italiane, Quad. Abi-CeSPI 2010*, Bancaria Editrice, Roma, 2011, p. 1 ss.
- D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, IV rapporto*, 2015, in [www.migrantiefinanza.it](http://www.migrantiefinanza.it)
- D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, V rapporto*, 2016, in [www.migrantiefinanza.it](http://www.migrantiefinanza.it)
- D. FRIGERI, *Osservatorio nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti, VI rapporto*, 2017, in [www.migrantiefinanza.it](http://www.migrantiefinanza.it).
- E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 2, p. 167 ss.
- A. GALASSO, *Profili generali dell'intuitus personae*, Sciarrino, Palermo, 1971.
- F. GALGANO, S. RODOTA', *Rapporti economici*, Tomo II, artt. 41-44, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1980.
- F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 20 ss.
- F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu Messineo*, vol. III, t. I, Giuffrè, Milano, 1988.
- F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti*, Cedam, Padova, 1990.
- F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 2, p. 311 ss. e ora in G. VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, p. 31 ss.
- P. GALLO, *Revisione del contratto ed equilibrio sinallagmatico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. XII*, Torino, 2019, p. 365 ss.
- P. GALLO, *Il contratto*, Giappichelli, Torino, 2017.
- P. GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, Torino, 2011, p. 804 ss.
- A. GENTILI, *L'interpretazione del contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 2, p. 239 ss.
- A. GENTILI, *Il principio di non discriminazione nei rapporti civili*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 2, p. 207 ss.

- A. GENTILI, *La replica della stipula: rinnovazione, riproduzione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 2003, 2, p. 667 ss.
- G. GIMIGLIANO, *Banking contracts and Sharia rules within the European Union framework*, in *Open Review of Banking, Finance, and Economics*, 2019, p. 1 ss.
- F. GIORGIANNI, *Definizione di attività bancaria e analisi del linguaggio*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. obbl.*, 2005, 10/11/12, p. 897 ss.
- F. GIORGIANNI, C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, ed. III, Giuffrè, Milano, 2012.
- M. GIORGIANNI, *L'inadempimento: corso di diritto civile*, ed. III, Giuffrè, Milano, 1975.
- M. GIORGIANNI, *Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase della formazione del consenso*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, 3, p. 1203 ss.
- G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in ID. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- M. GIULIANO, *L'adempimento delle obbligazioni pecuniarie nell'era digitale. Dalla moneta legale alla moneta scritturale e digitale legalmente imposta*, Giappichelli, Torino, 2018.
- A. C. GLASS, G. N. BLASE, D. S. COHEN, *Mortgage Lending to Nontraditional Borrowers: The Opportunities and Compliance Points of Mortgage Lending to DACA Recipients, Recent Immigrants, and Limited-English Proficiency Borrowers*, in *The Banking Law Journal* 2019, 4, p. 183 ss.
- G. GOMEL, A. CICOGNA, D. DE FALCO, M. V. DELLA PENNA, L. DI BONA DE SARZANA, A. DI MARIA, P. DI NATALE, A. FRENI, S. MASCIANTONIO, G. ODDO, E. VADALÀ, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, in *Quest. ec. fin., (occasional papers)* 2010, 73, Banca d'Italia, p. 7 ss.
- G. GOMEL, F. BERNASCONI, M. L. CARTECHINI, V. FUCILE, R. SETTIMO, R. STAIANO, *Inclusione finanziaria, le iniziative del G 20, il ruolo di Banca d'Italia*, in *Quest. ec. fin. (Occasional Papers)*, 2011, 96, p. 7 ss.
- R. GRASSA, M. K. HASSAN, *Islamic Finance in France: Current State, Challenges and Opportunities*, in *International Journal of Islamic Economics and Finance Studies*, 2015, vol. 1, n. 1.
- F. GRECO, *Dall'informazione pre-contrattuale alla product governance: la tutela del risparmiatore tra paternalismo normativo e nuovi modelli di controllo*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 25, 2017, p. 1 ss.
- G. GRECO, *Il conto che non opera con terzi non è un conto di pagamento*, in *Giur. comm.*, 2019, 4, p. 695 ss.
- B. K. GREWAL, *Islamic Finance in The Global Financial System*, in F. DI MAURO, P. CARISTI, S. COUDERC, A. DI MARIA, L. HO, B. K. GREWAL, S. MASCIANTONIO, S. ONGENA, S. ZAHER, *Islamic Finance in Europe, Occasional Papers, n. 146 (June 2013), European Central Bank*, p. 25 ss.
- G. GRISI, *L'inadempimento di necessità*, in ID (a cura di), *Le obbligazioni e i contratti nel tempo della crisi economica. Italia e Spagna a confronto*, Jovene, Napoli, 2014, p. 282 ss.
- G. GRISI, *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, in *Eur./dir. priv.*, 2017, 2, p. 545 ss.
- P. GUTIERREZ DE CABIEDES, M. CANTERO GAMITO, *Country Report Spain*, in H. MICKLITZ, I. DOMURATH (a cura di), *Consumer Debt and Social Exclusion in Europe*, Ashgate, 2015.
- J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, trad. it. a cura di Leonardo Ceppa, Feltrinelli, Milano, 1998.

- H. L. HART, *Law, Liberty and morality*, Oxford University press, Oxford-New York, 1962.
- M. W. HESSELINK, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 1, p. 1 ss.
- M. W. HESSELINK, *European Contract Law: a Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice ?* in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2007, 15, p. 323 ss.
- M. W. HESSELINK, *Unfair Prices in the Common European Sales Law*, November 2014, in S. VOGENAUER, L. GULLIFER (eds.), *English and European perspectives on contract and commercial law: essays in honour of Hugh Beale*, Oxford, Hart publishing, 2014, p. 225 ss.
- M. W. HESSELINK, *The justice dimensions of the relationship between fundamental rights and private law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2016, 24(3/4), p. 425 ss.
- M. W. HESSELINK, *Private law and the European constitutionalisation of values*, in *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2016-26; Centre for the Study of European Contract Law Working Paper No. 2016-07*, p. 1 ss.
- M. W. HESSELINK, *Private Law, Regulation and Justice*, in *Eur. law journ.*, 2016, 5, p. 681 ss.
- S. HIRSCHLER, *Migrants and financial inclusion*, in [www.ecosocdoc.be](http://www.ecosocdoc.be).
- S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, 1999, trad. it. di E. Caglieri, Il Mulino, Bologna, 2000
- M. N. HOSEN, Z. R. AMALIA, S. MUHARI, *Comparison of Efficiency in Conventional and Islamic Banks Using Data Envelopment Analysis (DEA)*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, July Sept. 2016, Vol. 33, issue n.3, p. 82 ss.
- M. HUDON, *Should Access to Credit Be a Right?* in *Journal of Business Ethics*, 2009, 1, vol. 84, p. 17 ss.
- M. HURLEY, J. ADEBAYO, *Credit scoring in the era of big data*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2017, vol 18, n. 1, p. 150 ss.
- I. HUSSAIN MINHAS, *Insights on Islamic Finance*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, April-June 2014, Vol. 31, Issue n. 2, p. 81 ss.
- S. IANNAZZONE, *Development and Prospects for Islamic Finance in Italy*, in M. HAJJAR (ed.), *Islamic Finance in Europe. A Cross Analysis of 10 European Countries*, Palgrave-Macmillan, London, 2019, p. 187 ss.
- D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Giuffrè, Milano, 2017.
- Inclusione finanziaria e mercato del migrant banking, aspetti e criticità del mercato, esperienze nazionali e internazionali, proposte di sviluppo*, progetto cofinanziato da UE e Ministero dell'Interno italiano, in [http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/21/0539\\_Rapporto-inclusione-finanziaria\\_migranti.pdf](http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/21/0539_Rapporto-inclusione-finanziaria_migranti.pdf)
- B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, p. 265 ss.
- B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Soc.*, 2007, 4, p. 462 ss.
- N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, II ed., Laterza, Roma, 2004.

- ISLAMIC FINANCIAL SERVICES BOARD, *Islamic Financial Services Industry, Stability Report*, 2017, p. 3 ss.
- A. IULIANI, *La Cassazione riafferma la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1451 ss.
- A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed «economia del debito»: dinamiche della giustizia ed autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 3, p. 341 ss.
- U. IZZO, *Quando è giusto il beneficio non si scomputa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 2, p. 1503 ss.
- A. S. JAMALUDDIN, N. NAJWA H. ILYAS, S. ALI, N. MOKHTAR, K. KASIM, *Bank efficiency: Islamic and Conventional Banks in Malaysia*, in *Journal of Islamic Banking and Finance Oct – Dec 2017*.
- M. JÖZON, *Country Report Hungary*, in H. MICKLITZ, I. DOMURATH, *Consumer debt and Social Exclusion in Europe*, Ashgate, 2015.
- JOINT COMMITTEE OF THE EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES, *Discussion paper on automation in financial advice*, 4 December 2015, p. 1 ss.
- JOINT COMMITTEE OF THE EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES, *Discussion Paper on the use Big Data by Financial Institutions*, 2016, p. 1 ss.
- JOINT COMMITTEE OF THE EUROPEAN SUPERVISORY AUTHORITIES, *Final report on big data*, 2018, p. 1 ss.
- D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decisions under Risk*, in *47 Econometrica* (1979), 2, p. 263 ss.
- I. KANT, *Scritti politici di filosofia della storia e del diritto*, a cura di N. Bobbio, L. Firpo, V. Mathieu, Torino, UTET, 1995.
- A.W. KATZ, *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*, in *89 Mich. L. Rev.* 215, 1990, p. 215 ss.
- D. KENNEDY, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, in *Maryland Law Review*, 1982, 4, vol. 41, p. 563 ss.
- A. H. A. KHALEQ, T. V. RUSSO, *Introducing islamic banking in Italy. Challenges and Opportunities to diversify funding sources at a time of a crisis*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 17, 2014, p. 1 ss.
- H. L. LADD, *Evidence on Discrimination in Mortgage Lending*, in *Journal of Economic Perspectives—Volume 12, Number 2—Spring 1998*, p. 41 ss.
- M. LAMICELA, *La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c., tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale*, in *Ricerche giuridiche*, Vol. 5-Num.2-Dicembre 2016, p. 211 ss.
- L. LARIVERA, *Il microcredito. Uno strumento per combattere la povertà*, in *La Civiltà Cattolica*, 2005, II, p. 555 ss.
- M. LATORRE, *Il microcredito in Italia tra regolamentazione e mercato*, in *Bancaria*, 2015, 5, p. 48 ss.
- D. LA ROCCA, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, Torino, 2008.
- G. LA ROCCA, *Trattamento dei dati personali e impresa bancaria (Reg. Ue 679/2016)*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 2018, p. 299 ss.
- A. A. LEFF, *Uncoscionability and the Code. The Emperor's New Clause*, in *115 U. Pa. L. Re.* (1967), p. 485 ss.

- A. A. LEFF, *Uncoscionability and the Crowd: Consumers and the Common Law Tradition*, in *31 U. Pitt. L. Rev.* (1970), p. 349 ss.
- G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, p. 145 ss.
- R. LENER, A. M. BENTIVEGNA, *Il conto corrente bancario nella giurisprudenza dell'Abf*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 2014, 1, p. 1 ss.
- R. LENZI, *Prestito vitalizio ipotecario, riforma del credito immobiliare e incerto destino del marciando di diritto comune*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 2, p. 319 ss.
- L. LEONELLI, *Il conto di base: un'opportunità per l'inclusione finanziaria nella prospettiva europea*, in *Banche e banchieri*, 2014, 4, p. 489 ss.
- A. LEYSHON, N. THRIFT, *Geographies of financial exclusion: financial abandonment in Britain and the United States*, in *Transactions of the Institute of British Geographers, New Series*, Vol. 20, No. 3 (1995), p. 312 ss.
- R. LEVY, A. SCHUTTE, *2011 Underbanked Seizing Market Study*, 2011, CFSI, [www.cfsinnovation.com](http://www.cfsinnovation.com)
- G. LIBERATI BUCCIANI, *Merito creditizio e obbligo di non concludere il contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, p. 89 ss.
- M. LIBERTINI, P. M. SANFILIPPO, *Obbligo a contrarre*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Utet, Torino, 1995, p. 480 ss.
- C. LILLO, *Eccezione d'inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimenti*, in *Contr.* 2013, 11, p. 979 ss.
- N. LINCIANO, *Errori cognitivi e instabilità delle preferenze nelle scelte di investimento. Le indicazioni di policy della finanza comportamentale dei risparmiatori retail*, in *Quaderni di Finanza*, 2010, 66, Consob, p. 1 ss.
- M. LOOS, *Transparency of standard terms under the Unfair Contract Terms Directive and the Proposal for a Common European Sales Law*, in *Eur. rev. priv. Law*, 2015, 23, 2, p. 179 ss.
- M. LOOS, *Double Dutch - On the role of the transparency requirement with regard to the language in which standard contract terms for B2C-contracts must be drafted*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2017, 6, p. 54 ss.
- D. LOPRIENO, *Reo" ma rifugiato e, dunque, inespellibile*, in *Diritto, Immigrazione e cittadinanza*, 2019, 3, p. 226 ss.
- A. LUPOI, *Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan*, in *Riv. dir. banc.*, 2015, 7, p. 1 ss.
- A. LUPOI, *La direttiva 17/2014, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 2, p. 234 ss.
- F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Jovene, Napoli, 1996.
- F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, p. 63 ss.
- E. MACCHIAVELLO, *Microfinance Regulation and Supervision: A Multi-Faced Prism of Structures, Levels and Issues (November 15, 2012)*, in *New York University Journal of Law and Business*, 2012, 1, p. 125 ss.

- E. MACCHIAVELLO, *La regolazione della microfinanza tra equità ed efficienza*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2012, 2, p. 319 ss.
- E. MACCHIAVELLO, *Microfinance and Financial Inclusion. The Challenge of Regulating Alternative Forms of Finance*, Taylor & Francis Group, New York, 2018.
- E. MACCHIAVELLO, *Art. 126-vicies bis. Spese applicabili*, in F. CAPRIGLIONE, (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo II, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, p. 2371 ss.
- F. MACIOCE, *Il nuovo noi. La migrazione e l'integrazione come problemi di giustizia*, Giappichelli, Torino, 2014.
- C. M. MACLEOD, N. GOPIE, K. L. HOURIHAN, K. R. NEARY, J. D. OZUBKO, *The Production Effect: Delineation of a Phenomenon*, in *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition* 2010, Vol. 36, No. 3, p. 671 ss.
- C. MACLEOD, *I said, you said: The production effect gets personal*, in *Psychon Bull Rev* (2011) 18, p. 1197 ss.
- D. MAFFEIS, *La discriminazione religiosa nel contratto*, in *Dir. ecc.*, Giuffrè, 2006, I, p. 55 ss.
- D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007.
- D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, p. 161 ss.
- M. MAGGIOLINO, *Big data e prezzi personalizzati*, in *Conc. Merc.*, 2016, p. 96 ss.
- C. MAK, *Fundamental rights in European contract law: a comparison of the impact of fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Private law in European context series, vol. 12, Kluwer Law International, 2008.
- C. MAK, *Rights and Remedies. Art. 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters*, in H. W. MICKLITZ, *The Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 236 ss.
- V. MAK, *What is Responsible Lending? The EU Consumer Mortgage Credit Directive in the UK and the Netherlands*, in *Jour. cons. pol.*, 2015, p. 411 ss.
- U. MALVAGNA, *Art. 126-terdecies. Siti web di confronto*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo II, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, p. 2318 ss.
- G. MANIACI, *Teorie della coercizione, antipaternalismo e autonomia contrattuale*, in *Et. Pol.*, 2013, 2, p. 342 ss.
- G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2012.
- G. MARINO, *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Giappichelli, Torino, 2018.
- T. H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di Sandro Mezzadra, Laterza, Roma, 2002.
- T. MARTINES, *Opere, IV, Libertà e altri temi*, Giuffrè, Milano, 2000.
- D. MASCIANDARO, *Usura e antiusura in Italia: l'analisi economica*, in F. MACARIO, A. MANNA, *Mercato del credito e usura*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 65 ss.
- M. MASUM BILLAH, *Sukuk: A Development Vehicle with Investment Security*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, Oct – Dec 2017, Volume 34, Issue 4, p. 11 ss.



- M. MASUM BILLAH, Y. A. BASODAN, *Islamic Insurance (Takaful) Models and Their Accounting Dichotomy*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, volume 34, Jan-March 2017 n. 1, p. 11 ss.
- G. MATTARELLA, *La compatibilità della finanza islamica con l'ordinamento italiano: commento al progetto di legge del 2017*, in *Riv. banc.*, 2019, 5/6, p. 59 ss.
- G. MATTARELLA, *Big Data e accesso al credito degli immigrati: discriminazioni algoritmiche e tutela del consumatore*, in *Giur. comm.*, 2020, 4, p. 696 ss.
- F. MATTASSOGLIO, *La profilazione dell'investitore nell'era dei Big Data. I rischi dell'estremizzazione della regola del "know your customer"*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2016, 4, suppl. 1, p. 233 ss.
- F. MATTASSOGLIO, *Innovazione tecnologica e valutazione del merito creditizio: verso un social credit system?* EDUCatt, Milano, 2018.
- F. MATTASSOGLIO, *Art. 126 Vicies-ter. Recesso*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, tomo II, ed. IV, Cedam, Padova, 2018, p. 2380 ss.
- U. MATTEI, *Social Justice in European Contract Law A Manifesto*, in *Eur. law jour.*, 2004, 6, p. 653 ss.
- M. MAUGERI, S. PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Giuffrè, Milano, 2013.
- M. MAUTNER, *Contract, Culture, Compulsion, or: What Is So Problematic in the Application of Objective Standards in Contract Law?*, in *Theoretical Inquiries in Law* 3.2, 2002, p. 546 ss.
- S. MAZZAMUTO, *Mutuo. II) Mutuo di scopo*, in *Enc. giur. treccani*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss.
- S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 3, p. 619 ss.
- C. MEDICI, *Contratti di investimento monofirma: l'avallo delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2018, I, p. 928 ss.
- V. MELI, "Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in V. MELI, P. MARANO (a cura di), *La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 1 ss.
- V. MELI, *Il conto corrente di base tra inclusione finanziaria e controllo della circolazione della ricchezza*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 1, p. 56 ss.
- V. MELI, *Il conto corrente bancario con caratteristiche di base: sollecitazioni comunitarie e disciplina nazionale*, in *Ass.*, 2014, 3, p. 445 ss.
- D. MEMMO, *La lingua nel diritto. Il rischio linguistico nella dichiarazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1985, 2, p. 468 ss.
- D. MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, Cedam, Padova, 1990.
- D. MEMMO, *Cittadini e stranieri nel diritto privato della modernità*, Giappichelli, Torino, 2012.
- L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale, (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1078 ss.
- L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss.
- F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti economici, T. III*, Zanichelli – Foro italiano, Bologna – Roma, 1980, p.
- F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1959.
- F. MESSINEO, *voce Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 784 ss.

- F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XXI, t. I, Giuffrè, Milano, 1968.
- F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. XXI, t. II, Giuffrè, Milano, 1972.
- S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei “conti di pagamento” alla luce dell’armonizzazione attuata con la Payment Account Directive*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, 6, p. 787 ss.
- H. MICKLITZ, *Social justice and Access Justice in Private Law*, *Eui Working Paper Law*, 2011/02(2011), SSRN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1824225&download=yes](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1824225&download=yes)
- H. W. MICKLITZ, Y. SVETIEV, *The Transformation(s) of Private Law*, in H. W. MICKLITZ, Y. SVETIEV, G. COMPARATO (a cura di), *European Regulatory Private Law-The Paradigms Tested*, EUI Working Paper LAW 2014/04, p. 69 ss.
- H. W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercantizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 3, p. 859 ss.
- F. MIGLIETTA, M. G. STARITA, *Una tassonomia dei contratti*, in C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, Bancaria, Milano, 2009.
- M. I. S. MIHAJAT, *The Comparison between Musharakah Mutanaqishah and Conventional Leasing Structures, Which One is better?* in *Journal of Islamic Banking and Finance*, vol. 33, Jan-March 2016, n.1 , p. 60 ss.
- J. S. MILL, *Saggio sulla libertà* (1859), Milano, Il Saggiatore, 1997.
- M. MIRAGLIA, *Banche islamiche: criticità del sistema e profili di regolamentazione. Prospettive di armonizzazione*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2011, 4, p. 338 ss.
- 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.*, I, 2010, p. 557.
- A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Cedam, Padova, 2012.
- A. MIRONE, *Sistemi e sottosistemi della nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 4, p. 377 ss.
- L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Giuffrè, Milano, 2008.
- L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 3, p. 785 ss.
- L. MODICA, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2012, 2, p. 492 ss.
- L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012.
- L. MODICA, *Il credito ai consumatori*, in F. PIRAINO, S. CHERTI, *I contratti bancari*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 267 ss.
- L. MODICA, *La ristrutturazione dei debiti del consumatore*, in E. PELLECCIA, L. MODICA (a cura di), *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, Pacini, Pisa, 2019, p. 109 ss.
- L. MODICA, *Effetti esdebitativi (nella nuova disciplina del sovraindebitamento) e favor creditoris*, in E. PELLECCIA, L. MODICA, *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, Pacini, Pisa, 2019, p. 385 ss.
- J. M. MOLINA, *Spanish Law in 2010-2012: The influence of European Union Law and the Impact of the Economic Crisis*, in *Journal of Civil Law Studies*, 2013, 1, vol. 6, p. 402 ss.

- G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1966.
- G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile, Vol. I. Disposizioni generali. I processi di cognizione di primo grado. Le impugnazioni*, Cedam, Padova, 2012.
- G. MONTELEONE, *Scritti sul processo civile. Vol II. Processo di cognizione e impugnazioni*, Aracne, Roma, 2013.
- L. MONTESANO, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 509 ss.
- P. MORENO, *La «brutta», la «buona» e la «cattiva» eccezione di inadempimento. A proposito dei limiti dell'exceptio inadimpleti contractus*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 4, p. 215 ss.
- P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gli atti discriminatori nel diritto civile, alla luce degli artt. 43 e 44 del t.u. sull'immigrazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2002, p. 112 ss.
- A. MUSIO, *Il diritto all'abitazione di proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 3, p. 373 ss.
- L. NAPOLITANO, *Applicazione giurisprudenziale del principio di non discriminazione per motivi etnici, razziali e religiosi, Relazione tenuta all'Incontro di Studio sul tema "Lo straniero in Italia"*, Roma 28-30 Maggio 2007, in [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)
- R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012.
- R. NATOLI, *La protezione del cliente finanziariamente analfabeta tra irrazionalità del mercato e paternalismo liberale*, Aracne, Roma, 2012.
- R. NATOLI, *Art. 124 bis t.u.b.*, in G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Cedam, Padova, 2013, p. 1712 ss.
- R. NATOLI, *"Le spiegazioni adeguate"* relazione al Convegno di Rovigo del 24 Ottobre 2014 su *"La nuova disciplina europea dei contratti di credito stipulati per finanziare l'acquisto di immobili. La direttiva 2014/17/UE e la sua attuazione nell'ordinamento italiano"*.
- U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano, 1974.
- E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 1, p. 63 ss.
- E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, p. 547 ss.
- E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e Diritto Privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità*, Giappichelli, Torino, 2017.
- U.M. NEIL BROWNE, L. BIKSACKY, *Uncoscionability and the Contingent Assumptions of Contract Theory*, in *2013 Mich. St. L. Rev.* 211, p. 212 ss.
- A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, 1, p. 219 ss.
- A. NIGRO, G. GHEZZI, F. MERUSI, *Rapporti economici*, tomo III, artt.45-47, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli- Foro It., Bologna-Roma, 1980.
- A. NIGRO, *Attività bancaria e vincoli a contrattare delle banche*, in *Foro it.*, 1985, n. 10, p. 312 ss.
- A. NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione di credito*, in *Soc.*, 2007, 4, p. 436 ss.

- A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla consulenza nell'erogazione del credito?* in A.A. V.V., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti*, Torino, 2010, p. 29 ss.
- A. NIGRO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, M. PERASSI, F. FORTUNATO, S. AMOROSINO, V. CARIDI, V. MELI, *Informazione e attività bancaria*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2017, 4, p. 729 ss.
- H. C. NIPPERDEY, *Die Würde des Menschen*, in K. A. BETTERMANN, H. C. NIPPERDEY (a cura di), *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und praxis der Grundrechte*, II, 1954, p. 748 ss.
- L. NIVARRA, *Il contratto di finanziamento tra codice e legislazione speciale*, in *Foro it.*, 1982, vol. 105, p. 1688 ss.
- L. NIVARRA, *L'obbligo a contrarre e il mercato*, Cedam, Padova, 1989.
- L. NIVARRA, *La disciplina della concorrenza. Il monopolio. Art. 2597*, in P. SCHLESINGER (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Giuffrè, Milano, 1992.
- L. NONNE, *Il microcredito solidale, profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2011, 1, p. 49 ss.
- M. NOWAK, *Non si presta solo ai ricchi. La rivoluzione del microcredito*, Einaudi, Torino, 2005.
- G. ODDO, M. MAGNANI, R. SETTIMO, S. ZAPPA, *Le rimesse dei lavoratori stranieri in Italia: una stima dei flussi invisibili del "canale informale"*, in *Quest. ec. fin.*, (Occasional Papers), 2016, 332, Banca d'Italia, p. 5 ss.
- OECD, *Advancing National Strategies for Financial Education. A Joint Publication by Russia's G20 Presidency and the OECD*, p. 1 ss, in [https://www.oecd.org/finance/financial-education/G20\\_OECD\\_NSFinancialEducation.pdf](https://www.oecd.org/finance/financial-education/G20_OECD_NSFinancialEducation.pdf)
- OFFICE OF THE UNITED NATIONS, HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *The Right To Adequate Housing*, in [www.ohchr.org](http://www.ohchr.org).
- C. OSTI, *Nuovi obblighi a contrarre*, Giappichelli, Torino, 2004.
- N. G PACKIN, Y. LEV-ARETZ, *On social credit and the right to be unnetworked*, in *Columbia Business Law Review*, 2016, vol. 2, p. 342 ss.
- S. PAGLIANTINI, *Il credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 105 ss.
- S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e disciplina sui ritardi di pagamenti: il segmentarsi dei rimedi*, in *Pers. Merc.*, 2013, 1, p. 11 ss.
- S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2-2014, p. 523 ss.
- S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in *Pers. merc.*, 2014, 2, p. 104 ss.
- S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo di insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 4, p. 804 ss.

- S. PAGLIANTINI, *La saga (a sfaccettature multiple) dell'usurarietà sopravvenuta tra regole e principi*, in G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, ed. II, Giappichelli, Torino, 2017, p. 95 ss.
- F. PALLANTE, *Gli stranieri e il diritto all'abitazione*, in *Cost.it*, 2016, 3, p. 135 ss.
- M. PAPA, L. ASCANIO, *Shari'a. La legge sacra dell'Islam*, Il Mulino, Bologna, 2014.
- M. T. PARACAMPO, *Il ruolo dell'educazione finanziaria nella recente disciplina del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, [dirittobancario.it](http://dirittobancario.it), 6, 2011.
- M. T. PARACAMPO, *Robo advisor, consulenza finanziaria e profili regolamentari: quale soluzione per un fenomeno in fieri?* in *Riv. trim. dir. ec.*, 2016, 4, suppl. 1, p. 256 ss.
- M. T. PARACAMPO, *FinTech e il mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, in M. T. PARACAMPO (a cura di), *Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 1 ss.
- R. PARDOLESI, *Compensatio, cumulo e «second best»*, in *Foro it.*, 2018, p. 1935 ss.
- F. PASQUALE, *The Black box Society. The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Harvard University Press, Harvard, 2015.
- F. PATERNITI, *I figli dell'immigrazione nel percorso di transizione da "seconde generazioni" dell'immigrazione a "nuove generazioni" della cittadinanza*, in *Rivista Aic*, 2019, 3, p. 17 ss.
- E. PARIOTTI, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Utet, Torino, 2008.
- F. P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contr.*, 2012, 7, p. 573 ss.
- F. P. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr.impr.*, 2015, 6, p. 1423 ss.
- S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Cedam, Padova, 1996.
- E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovra indebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2012.
- E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17 Ue sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, 2, p. 206 ss.
- E. PELLECCIA, *Indebitamento e sovra indebitamento: spunti di riflessione all'incrocio tra codice civile e codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 4, p. 822 ss.
- M. PELLINI, *La conoscibilità delle clausole illeggibili fra invalidità e oneri di vigilanza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 9, p. 1234 ss.
- P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, ora in *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 111 ss.
- P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 1, p. 120 ss.
- P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, ed. II agg., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.
- A. PERRONE, *Il diritto del mercato dei capitali*, ed. I, Giuffrè, Milano, 2016.
- A. PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, I, p. 31 ss.

- A. PERRONE, *Servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2019, 1, p. 1 ss.
- A. PIRAINO LETO, *Il mutuo*, Utet, Torino, 1978.
- F. PIRAINO, *Il conto corrente bancario*, in F. PIRAINO, S. CHERTI (a cura di), *I contratti bancari*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 33 ss.
- A. PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 1, p. 69 ss.
- D. POLETTI, *L'accesso «graduale» alla proprietà immobiliare (ovvero, sui contratti di godimento in funzione della successiva alienazione di immobili)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, p. 32 ss.
- D. POLETTI, *“Forme” del godimento con vocazione traslativa: appunti sul leasing immobiliare abitativo*, in A. D'ANGELO, V. ROPPO (a cura di), *Annuario del contratto 2017*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 50 ss.
- P. F. POLI, *Una nuova pronuncia della Cassazione sull'aggravante dei futili motivi nei reati culturalmente motivati*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it).
- C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contr. impr./Eur.*, 2007, 2, p. 734 ss.
- R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 7<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer Law and Business, 2007.
- D. PRESTON, *“No Hablo Ingles” (A Written Agreement Plus Consent Equals Contractual Liability of Illiterates?)*, in *11 San Diego L. Rev.* 415 (1974), p. 415 ss.
- E. RAMIREZ, J. BRILL, M. K. OHLAUSEN, T. MCSWEENEY, *Big Data: A Tool for Inclusion or Exclusion? Understanding the Issues*, Federal Trade Commission, January 2016.
- H. RAMZI, *I servizi bancari per i cittadini stranieri in Italia*, in *Riv. banc.*, 2016, 4/5, p. 201.
- N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, Cambridge, 2014.
- N. REICH, *The Principle of Effectiveness and EU Contract Law*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2013, 2, p. 337 ss.
- U. REIFNER, *Responsible Credit in European Law*, in *It. law jour.*, 2018, 4, p. 421 ss.
- P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato (a proposito d'un libro tedesco)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1515 ss.
- C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 2, p. 341 ss.
- E. RIGHINI, *Behavioural Law and Economics. Problemi di policy, assetti normativi e di vigilanza*, FrancoAngeli, Milano, 2012.
- S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 2004.
- S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 4, p. 769 ss.
- V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 4, p. 669 ss.
- V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in *Tratt. Zatti-Iudica*, Giuffrè, Milano, 2011.
- V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, ristampa, Giuffrè, Milano, 2017.
- V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19. Dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it).
- R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Soc.*, 2008, 3, p. 269 ss.

- D. ROSSANO, *La nuova regolazione delle crisi bancarie. Risoluzione e tecniche di intervento*, Utet, Milano, 2017.
- F. ROSSI, *Microcredito: il contesto legislativo*, in *Aggiornamenti sociali*, 2013/12, p. 869 ss.
- V. RUGGIERO, *Rent to buy: la positivizzazione di un nuovo schema negoziale tipico nato nella prassi per il sostegno indiretto al mercato immobiliare (Spunti critici e riflessioni di carattere giuridico-economico intorno all'art. 23, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164)*, in *Contr. impr.*, 2015, 4-5, p. 964 ss.
- T. RUMI, *Il leasing «al consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.* 2013, 4, p. 852 ss.
- T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, in *Contr.*, 2014, 10, p. 873 ss.
- T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contr.*, 2015, 1, p. 70 ss.
- F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*, in *Dir. civ. cont.*, 1, 2015.
- T. V. RUSSO, *Contrattazione Shari'a compliant e meritevolezza degli interessi. Prime riflessioni su un differente approccio al mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2014, 4, p. 1 ss.
- T. V. RUSSO, *I contratti Shari'a compliant, Valori religiosi e meritevolezza degli interessi. Contributo allo studio*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.
- R. SACCO, *Voce «Parità di trattamento»*, in *Dig. disc. priv., Sez. Civ.*, 2012, p. 737 ss.
- R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV ed., Utet, Milano, 2016.
- M. SANGER-KATZ, S. EMBER, NEW YORK TIMES, 21 Settembre 2019, *Bernie Sanders Call For Eliminating Americans' Medical Debt*, in <https://www.nytimes.com/2019/09/21/us/politics/bernie-medical-debt-healthcare.html>.
- S. A. SHAIKH, *Towards a Sustainable Microfinance Islamic Model in Pakistan*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, July Sept. 2016, Vol. 33, issue n.3, p. 9 ss.
- V. SANTORO, *Il conto corrente bancario: Artt. 1852-1857*, in *Codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1992.
- F. SARTORI, *La consulenza finanziaria automatizzata: problematiche e prospettive*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2018, 3, p. 253 ss.
- G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 6, p. 805 ss.
- C. E. SCHNEIDER, O. BEN SHAHAR, *The Failure of Mandated Disclosure*, in *159 U. Pa. L. Rev.* 647, 2011, p. 649 ss.
- S. L. SCHWARCZ, *The Financial Crisis and Credit Unavailability: Cause or Effect ?*, in *72 Business Lawyer* (2017), p. 409 ss., in [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/3673/](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3673/)
- S. L. SCHWARCZ, *Secured Transactions and Financial Stability: Regulatory Challenges*, in *81 Law and Contemporary Problems*, 2018, p. 45 ss, in <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol81/iss1/3/>.
- A. SCIALDONE, *Il microcredito come leva di inclusione finanziaria*, in *la Rivista delle Politiche Sociali/ Italian Journal of Social Policy*, 4/2012, p. 1 ss.

- A. SCIARRONE ALIBRANDI, F. MATTASSOGLIO, *L'informazione ai mercati. Le centrali dei rischi: problemi e prospettive*, in A. NIGRO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, M. PERSASSI, S. FORTUNATO, S. AMOROSINO, V. CARIDI, V. MELI, *Informazione e attività bancarie*, in *Dir. banca merc. fin.*, 2017, 4, p. 766 ss.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in caso di un contratto validamente concluso*, *Corr. giur.*, 2016, 12, p. 1518 ss.
- A. SEN, *Development as freedom*, Knopf, New York, 2000.
- L. SIAGH, *L'Islam e il mondo degli affari*, Etas, 2008.
- A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/Ce*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/Ce relativa ai contratti di credito ai consumatori e il diritto italiano*, Giappichelli, Torino, 2009.
- P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 4, p. 415 ss.
- P. SIRENA, *Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 11, p. 608 ss.
- P. SIRENA, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia COVID-19*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, in corso di pubblicazione.
- L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Jovene, Napoli, 2011.
- N. J. SLAMECKA., P. GRAF (1978), *The generation effect: Delineation of a phenomenon*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, 4, p. 592 ss.
- G. SMORTO, *Dell'impossibilità sopravvenuta per causa non imputabile al debitore*, in V. CUFFARO (a cura di), *Commentario del Codice civile, Delle Obbligazioni, artt. 1218-1276 c.c.*, Utet, Torino, 2013, p. 672 ss.
- G. SMORTO, *The Protection of the Weaker Parties in the Platform Economy*, in *The Cambridge Handbook of the Law of the Sharing Economy*, p. 431 ss.
- C. SOLINAS, *La gradazione delle informazioni nel mercato creditizio e la trasparenza dell'operazione contrattuale*, in P. SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Gruppo 24 Ore, Milano, 2016, p. 322 ss.
- C. SOLINAS, *Il contratto «amministrato». La conformazione dell'operazione economica privata agli interessi generali*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018.
- J. E. STIGLITZ, A. WEISS, *Credit Rationing in Market with Imperfect Informations*, in *The American Economic Review*, Vol. 71, No. 3 (Jun., 1981), p. 393 ss.
- M. SYEDUL ISLAM, M. R. ISLAM RAFIQ, *Is Islamic Banking More Sustainable than Conventional Banking? An Empirical Study on Selected Banks of Bangladesh*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, Vol. 34, Jan-March 2017, n.1, p. 53 ss.
- G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, vol. I, t. 2, Giuffrè, Milano, 1980.
- C. TAYLOR, *La politica del riconoscimento*, in J. HABERMAS, C. TAYLOR, *Multiculturalismo. Lotte per il riconoscimento*, tr. it. di G. Rigamonti, V ed., Feltrinelli, Milano, 2003.
- R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Libertarian paternalism Is Not an Oxymoron*, in *70 U. Chi. L. Rev.* (2003), p. 1559 ss.



- R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Libertarian paternalism*, in *The American Economic Review* 93, 2003, p. 175 ss.
- R. H. THALER, C. R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Wealth, Health, Happiness*, trad. it., *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Feltrinelli, 2014.
- THE EUROPEAN HOUSE AMBROSETTI, *Cashless society: a che punto siamo e cosa resta da fare per l'Italia*, 2018, 90, p. 1 ss., in [www.ambrosetticlub.eu](http://www.ambrosetticlub.eu).
- S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018.
- P. TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano, 1967.
- E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contr. impr.*, 2018, 2, p. 843 ss.
- A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 2, p. 137 ss.
- G. M. UDA, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, p. 185 ss.
- G. M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Giappichelli, Torino, 2004.
- G. M. UDA, *L'informativa alla clientela in relazione ai servizi di investimento*, in *La MiFID II. Rapporti con la clientela-regole di governance-mercati*, a cura di V. TROIANO e R. MOTRONI, Cedam, Milano, 2016, p. 36 ss.
- UNCTAD (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT), *Working Group on Vulnerable and Disadvantaged Consumers*, 2018, p. 1 ss.
- UNITED NATIONS, *The 2030 Agenda For Sustainable Development*, p. 1 ss., in [sustainabledevelopment.un.org](http://sustainabledevelopment.un.org).
- C. VENDITTI, *Diligenza e responsabilità nella segnalazione di crediti in sofferenza alla centrale dei rischi*, Satura, Napoli, 2005.
- G. A. VENTO, G. C. VECCHIO, *Il microcredito in Italia: alcune riflessioni per un assetto regolamentare efficace*, in *Riv. trim. dir. ec.*, 2014, 2, p. 118 ss.
- F. VERDE, *Il sovraindebitamento*, Cacucci, Bari, 2014.
- L. VIGORITI, *L'obbligo di chiarezza e comprensibilità nei contratti dei consumatori e le conseguenze della sua violazione*, in *Contr.*, 2006, 6, p. 592 ss.
- N. VISALLI, *Il contratto imposto*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 193 ss.
- V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, Roma Tre-Press, 2018.
- M. YUNUS, *Banker to the Poor*, trad. it., *Il banchiere dei poveri*, Feltrinelli, Milano, 2013.
- S. WACHTER, B. MITTLESTADT, L. FLORIDI, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, in *International Data Privacy Law*, 2017, p. 76 ss.
- T. WILKINSON, *Elderly, Poor Are Easy Prey for Home-Equity Schemers*, *LA Times*, Oct. 15, 1989.
- WOLKOWITZ, *2013 Underserved Market Size*, 2014 CFSI, [www.cfsinnovation.com](http://www.cfsinnovation.com).

WORLD BANK GROUP, *Credit Reporting Knowledge guide* 2019, p. 1 ss., <http://documents.worldbank.org/curated/en/262691559115855583/pdf/Credit-Reporting-Knowledge-Guide-2019.pdf>

WORLD BANK GROUP, *Credit Reporting Without Borders. A Regional Credit Reporting Project*, 2019, p. 1 ss., in <http://documents.worldbank.org/curated/en/482141547662326461/pdf/133786-Credit-reporting-without-borders-final.pdf>

WORLD BANK GROUP, *Migration and remittances. Recent Developments and Outlooks, April* 2019, in [www.worldbankgroup.org](http://www.worldbankgroup.org).

H. ZECH, *Data as a Tradeable Commodity*, in A. DE FRANCESCHI (a cura di), *European Contract Law and The Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 51 ss.

N. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2012, p. 1 ss.

S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. di Paolo Bassotti, LUISS University Press, 2019.

