



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

PROBLEMATICHE APPLICATIVE DELLA DISCIPLINA DEL CREDITO AI CONSUMATORI

di Simona Giannetti

ABSTRACT

The expression "Consumer Credit" stands for all the credit activities which let consumers buy goods or services, without the necessary amount of money, by delaying the payment. The discipline is ruled by the April 23rd 2008/48 CE Directive, come on effect in Italy whit d.lgs. 2010 n. 141, August 13th. This Paper analyzes the regulation of Consumer Credit and the problem of applying this discipline to the condominium, and in the end the relation between jus variandi and trasparenza.

SOMMARIO: 1. Premessa: il credito ai consumatori e il d.lgs. n.141/2010. – 2. Il contratto di credito al consumatore. – 3. La figura del consumatore. – 3.1. Segue. Il problema della qualificazione del “condominio” nell’applicazione della disciplina sul credito ai consumatori – 4. Consumatore: tra *jus variandi* e trasparenza

1. Premessa: il credito ai consumatori e il d.lgs. n. 141/2010

La disciplina relativa ai contratti di credito ai consumatori è regolata dalla direttiva 2008/48/CE del 23 aprile 2008, attuata nel nostro ordinamento con il d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141¹; è un provvedimento organico, costituito da cinque Titoli, che ha apportato in sede di recepimento nazionale concreti mutamenti² all’impianto del titolo VI del testo unico bancario (in seguito “t.u.b.”) relativo alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti di attività finanziaria e dei mediatori creditizi. In particolare, le modifiche hanno riguardato³ il Capo II del Titolo VI del t.u.b., prima rubricato “credito al consumo” ed oggi

¹ Cfr. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u.b.*, in *Contratti*, 11, 2010, p. 28; «costituiscono sicuramente la più importante e profonda fra le (numeroso) riforme subite dal t.u. bancario posteriormente alla sua entrata in vigore».

² V., in argomento, CARRIERO, *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Europa e diritto privato*, 2011, II, p. 510; DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1042.

³ Il d.lgs. n.141 del 2010 (Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo IV del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi) è stato emanato in attuazione dell’art. 33 della l. 7 luglio 2009 n. 88 (legge comunitaria 2008), con il quale il

“credito ai consumatori”; tale intervento si è reso necessario in conseguenza dell’emanazione della suddetta direttiva, relativa ai contratti di credito dei consumatori, che ha abrogato e sostituito⁴ la direttiva 87/102/CEE⁵ del 22 dicembre 1986, relativa alle disposizioni legislative, amministrative e regolamentari degli Stati membri sul credito al consumo.

Orbene, “Credito ai consumatori” è il *nomen iuris* che individua alcune fattispecie eterogenee che hanno lo scopo di permettere l’acquisto di un bene o di procurarsi un servizio, anche a coloro che in un dato momento non posseggono le necessarie risorse finanziarie. La fattispecie fa riferimento dunque all’insieme di attività creditizie che danno la possibilità al consumatore di effettuare un acquisto posticipando o dilazionando il pagamento dello stesso⁶; pertanto, nell’ambito applicativo di tale disciplina rientrano tutti i “contratti di credito”, ovvero i contratti con cui un “finanziatore” concede ad un “consumatore” un credito “sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria” (cfr. art. 121, co. 1, lett. c, t.u.b.). Come appare evidente, il rapporto negoziale che si va a creare presenta una struttura trilaterale: consumatore - fornitore di beni o di servizi - professionista (che finanzia l’operazione d’acquisto)⁷.

Come si evince dall’art. 22, 2° co.⁸, la direttiva 2008/48/CE è ispirata ad un modello di massima armonizzazione⁹ col fine di evitare ostacoli allo sviluppo delle contrattazioni transfrontaliere, aventi ad oggetto finanziamenti al consumo e distorsioni della concorrenza¹⁰;

Governo è stato delegato ad adottare un decreto per il recepimento della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori.

⁴ Ritenendo ormai obsoleta la previgente disciplina; in proposito, si veda il considerando n. 5 della direttiva 2008/48/CE, secondo il quale «Le forme di credito offerte ai consumatori e utilizzate da questi sono cambiate notevolmente negli ultimi anni; sono comparsi nuovi strumenti di credito e il loro impiego continua a svilupparsi. Occorre pertanto modificare le disposizioni esistenti ed estendere, se del caso, l’ambito di applicazione».

⁵ Pubblicata in *G.U.C.E.* n. 42 del 12 febbraio 1987.

⁶ V., CARVALE, *Credito al consumo*, in *Enc. della banca e della borsa*, V, Milano, 1971, p. 695.

⁷ V. sull’argomento, LIGUORI, *La disciplina del credito al consumo e le novità apportate dal d.lgs. 141/2010*, in *www.altalex.com*, p. 4. Nell’attuale disciplina è stato ampliato il panorama dei soggetti che possono concedere credito; infatti, oltre al finanziatore è stata introdotta una nuova figura: l’intermediario del credito, assoggettato ai medesimi obblighi del finanziatore. A tal proposito l’art. 121, comma 1, lett. b) t.u.b., definisce l’intermediario di credito come quel soggetto che, nell’esercizio della propria attività commerciale o professionale, provveda, dietro pagamento di un compenso in denaro o di altro vantaggio economico, a presentare proposte di credito ai consumatori, ad assisterli nella conclusione dei contratti, cioè a stipulare contratti di credito con i consumatori in nome e/o per conto del finanziatore.

⁸ Il testo dell’art. 22, 2° co. dispone che: «Nella misura in cui la presente direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre nel proprio ordinamento disposizioni diverse da quella in esse stabilite».

⁹ Cfr. MACARIO, *Il percorso dell’armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*; DE CRISTOFARO (a cura di), *La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori e il diritto italiano*, Torino, 2009, pp. 4-5.

¹⁰ A riguardo, si vedano i considerando 3 e 4 della direttiva 2008/48/CE: « (3) Dalle suddette relazioni e consultazioni sono emerse disparità significative tra le legislazioni dei vari Stati membri nel settore del credito

tale massima armonizzazione, caratterizzata da principi di omogeneità e uniformità, è però derogata dalla stessa direttiva la quale stabilisce che i legislatori nazionali hanno margini di libertà¹¹ circa le modalità di recepimento¹² e i modi di intervento in tutte le “materie non armonizzate”, precisando che tale espressione si riferisce alle materie che non siano oggetto di regolamentazione da parte del legislatore comunitario¹³.

2. Il contratto di credito al consumatore

I contratti di credito ai consumatori sono sottoposti agli obblighi di forma e di contenuto previsti dall'art. 125-*bis* t.u.b. il quale, tra l'altro, stabilisce che il contratto debba essere stipulato per iscritto a pena di nullità, oltre a contenere le informazioni già previste per la fase precontrattuale¹⁴. Il 2° co. del suddetto articolo statuisce che ai contratti di credito vengano applicati gli artt. 117, 2° - 3° e 6° co. t.u.b., nonché gli artt. 118 e 119, 4° co. t.u.b., e 120, 2° co. t.u.b. Per ciò che riguarda il regime di nullità applicabile a tali contratti, la norma dispone

alle persone fisiche in generale, soprattutto con riferimento al credito al consumo. L'analisi dei testi nazionali che recepiscono la direttiva 87/102/CEE rivela che gli Stati membri utilizzano una serie di meccanismi di tutela dei consumatori, che si aggiungono a quanto previsto dalla direttiva 87/102/CEE, a causa delle diverse situazioni economiche o giuridiche a livello nazionale. (4) Lo stato di fatto e di diritto risultante da tali disparità nazionali in taluni casi comporta distorsioni della concorrenza tra i creditori all'interno della Comunità e fa sorgere ostacoli nel mercato interno quando gli Stati membri adottano disposizioni cogenti diverse e più rigorose rispetto a quelle previste dalla direttiva 87/102/CEE. Ciò limita le possibilità per i consumatori di beneficiare direttamente della crescente disponibilità di credito transfrontaliero. Tali distorsioni e restrizioni possono a loro volta avere conseguenze sulla domanda di merci e servizi».

¹¹ Esempi del margine di libertà possiamo rilevarli nell'art. 15 che disciplina i contratti di credito collegati lasciando agli Stati membri la libertà di stabilire in quali condizioni e in che modo sia possibile agire nei confronti del finanziatore in caso di inadempimento del venditore; ancora nell'art. 21 che rimette al legislatore nazionale l'onere di individuare gli obblighi informativi a carico degli intermediari di credito; inoltre, per ciò che concerne le sanzioni, l'art. 23 si limita a stabilire che esse siano “efficaci, proporzionate e dissuasive”.

¹² COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *Contratto e impresa - Europa*, 1, 2011, p. 272 s.

¹³ Sull'argomento, considerando n. 9 e 17 direttiva 2008/48/CE; MIRONI, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p. 587 ss.

¹⁴ In materia si veda: COSTA, *op. cit.*, p. 286; DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1052, il quale specifica inoltre che è prevista la nullità integrale del contratto “quando manchino, nel testo contrattuale riprodotto nel documento cartaceo o informatico sottoscritto dalle parti le «informazioni essenziali» concernenti il tipo di contratto, l'identità delle parti e l'importo totale del finanziamento (...), mentre la mancanza dell'indicazione del TAEG o della «durata del credito» (*rectius* del termine di durata del contratto, nel caso di contratti a tempo determinato) non conduce alla nullità del negozio poiché la relativa lacuna viene colmata *ex lege* attraverso i parametri di cui al comma 7 dell'art. 125-bis. Da rilevare che sia alla descritta nullità (integrale) del contratto per vizio di forma, sia alla nullità (integrale) del contratto per incompletezza del suo contenuto dovuta all'assenza delle «informazioni essenziali» (...), trova applicazione lo speciale regime normativo previsto per le obbligazioni restitutorie gravanti sul consumatore dal comma 9 dell'art. 125-*bis* t.u. bancario, che accorda al consumatore (che abbia già riscosso il finanziamento) la facoltà di adempiere all'obbligazione restitutoria (...) a rate (...) ed esclude che il consumatore possa essere obbligato a versare al finanziatore una somma di ammontare superiore a quello delle somme «effettivamente utilizzate», con ciò a nostro avviso precludendo al finanziatore la possibilità di pretendere che il consumatore paghi gli interessi sulle somme percepite in esecuzione di un contratto rivelatosi nullo (per vizio di forma o lacunosità del contenuto)”.

che sono nulle le clausole del contratto relative ai costi a carico del consumatore che, contrariamente alla previsione dell'art. 121, 1° co., lett. e, non sono stati inclusi o sono stati inclusi in modo non corretto nel TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta (come previsto dall'art. 124; cfr. art. 125-*bis* t.u.b.). La nullità della clausola non coinvolge l'intero contratto; difatti, il contratto è ritenuto nullo se difetta delle informazioni essenziali stabilite dal 1° co., ovvero: a) tipo di contratto; b) parti del contratto; c) importo totale del finanziamento e condizioni di prelievo o rimborso. In caso di nullità del contratto, il consumatore è tenuto a restituire soltanto le somme utilizzate, anche a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto.

L'art. 125-*ter* t.u.b. stabilisce a favore del consumatore un diritto di recesso, distinto in ordinario e straordinario.

Nel primo caso (recesso ordinario, art. 125-*quater*, t.u.b.) il consumatore può recedere in tutti i casi in cui la durata del contratto sia indeterminata e, quindi, in qualunque momento, salvo il caso in cui venga appositamente pattuita la necessità di un preavviso (che non può essere superiore ad un mese)¹⁵; mentre il finanziatore può recedere solo se tale facoltà è prevista nel contratto oppure può sospendere l'utilizzo del credito da parte del consumatore per giusta causa¹⁶ (in questo caso il finanziatore ha un obbligo di preavviso che non deve essere inferiore a due mesi)¹⁷.

Quanto alla seconda ipotesi di recesso (straordinario), la disciplina nulla dispone, motivo per cui si fa ricorso ai principi generali del codice civile e del codice del consumo¹⁸. Questo tipo di recesso si sostanzia nell'attribuzione al consumatore dello *jus poenitendi* (già previsto nella direttiva 2008/48/CE), che offre la possibilità, dopo aver compiuto la scelta contrattuale, di poterla valutare in modo più attento. Tuttavia se il contratto ha già avuto esecuzione, il consumatore ha l'obbligo di rimborsare al finanziatore la somma percepita e gli interessi maturati (art. 125-*ter*, t.u.b.)¹⁹.

A favore del consumatore è inoltre stabilito, in modo innovativo rispetto all'art. precedentemente in vigore (art. 125, 2° co.), la possibilità di adempiere in qualsiasi momento

¹⁵ V. CARRIERO, *op. cit.*, p. 526.

¹⁶ Cfr. DE CRISTOFARO, *op. cit.*; COSTA, *op. cit.*, p. 292.

¹⁷ Così, CARRIERO, *op. cit.*, p. 526.

¹⁸ Cfr. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 1053.

¹⁹ Cfr. DE CRISTOFARO, *op. cit.*; ID., *Ius poenitendi del consumatore e contratto di credito nella direttiva 2008/48/Ce*, in AA. VV., *Il credito al consumo*, a cura di RESCIGNO, in *Giur. it.*, 2010, p. 232 ss.; LIGUORI, *op. cit.*, p. 6.

in via anticipata²⁰, ovvero restituendo *ante tempus* la somma ricevuta in prestito²¹, “non solo nella sua interezza ma anche in modo parziale”²². Il rimborso anticipato è disciplinato dall’art. 125-*sexies* t.u.b., il quale stabilisce che il consumatore “può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l’importo dovuto al finanziatore”. In caso di rimborso anticipato, il finanziatore ha diritto ad ottenere un “indennizzo equo ed oggettivamente giustificato” mentre il cliente «ha diritto ad un’equa riduzione del costo complessivo del credito, secondo le modalità stabilite dal CICR» (con decreto del Ministero del tesoro 8 luglio 1992), per eventuali costi che potrebbero essere collegati in modo diretto al rimborso anticipato del credito.

Infine, la disciplina sanzionatoria (art. 128 ss.) prevede che la competenza ad irrogare sanzioni inibitorie (art. 128-*ter*) spetti alla Banca d’Italia nell’esercizio dei suoi poteri di controllo; nei casi di mancato rispetto delle regole inerenti l’informazione precontrattuale, la pubblicità e l’impiego nel contratto di clausole nulle o vietate può essere irrogata una sanzione amministrativa, tanto più in caso di ostacolo al recesso del consumatore, ove tali violazioni abbiano “carattere rilevante” (art. 144). Il requisito del “carattere rilevante” è funzionale a restringere l’ambito applicativo delle stesse sanzioni²³.

Le condotte delle banche e degli intermediari finanziari che promuovono, attraverso pratiche commerciali scorrette, la stipulazione di contratti di credito al consumo, possono essere sanzionate dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato rimanendo assoggettate alla disciplina del codice del consumo (art. 18 del d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206, da ora in poi c. cons.)²⁴.

Infine, il legislatore nazionale, nel conformarsi alle disposizioni comunitarie, ha rivisto anche la disciplina dei contratti di credito collegati, dando particolare rilievo alla responsabilità

²⁰ La norma in questione recepisce l’art. 8 della direttiva, la quale prevede la facoltà per il consumatore di adempiere in via anticipata agli obblighi che derivano dal contratto di credito, ed ottenere un’equa riduzione del costo complessivo del credito.

²¹ Vedi, COSTA, *op. cit.*, p. 293; DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 1052.

²² Cfr. CARRIERO, *op. cit.*, pag. 526; sull’argomento vedi anche: CIATTI, *La corresponsione anticipata delle somme dovute dal consumatore al creditore*, in AA.VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, a cura di DE CRISTOFARO, Torino, 2009, p. 153 ss.; sul recesso vedi CALVO, *Recesso e contratti di credito a durata indeterminata*, in AA.VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, a cura di DE CRISTOFARO, Torino, 2009, p. 107 ss.; vedi anche DE CRISTOFARO, *Il recesso del consumatore dal contratto di credito*, in AA.VV., *La nuova disciplina europea del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito dei consumatori e il diritto italiano*, a cura di DE CRISTOFARO, Torino, 2009, p. 119 ss.

²³ Cfr. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 1058.

²⁴ DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 1059.

del fornitore del bene o del servizio (art. 125-*quinquies*, t.u.b.)²⁵.

3. La figura del consumatore

Venendo alla qualificazione della principale componente soggettiva del contratto di credito in esame, per “consumatore” o “utente” si intende la “persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”; tale è la definizione dell’art 121 t.u.b. e dell’art. 3 del c. cons.²⁶. Con riferimento alla nozione dell’art. 3 del c. cons. si evince come essa sia caratterizzata da un duplice connotato: uno limitativo, l’altro negativo. Sotto il profilo limitativo si ricava che la norma stabilisce che “consumatore” è la sola persona fisica; dall’altro lato, seguendo il profilo negativo della norma in esame emerge come lo *status* giuridico di “consumatore” sia attribuito solo alla persona fisica che agisce per far fronte a fabbisogni propri o della propria famiglia, estranei, quindi, all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale che eventualmente svolge.

Inoltre, controversa è la questione in merito alla possibilità di considerare consumatore anche chi agisce per scopi “misti” o “promiscui”. Per risolvere tale questione gli interpreti hanno fatto riferimento a una decisione emanata dalla Corte di Giustizia concernente gli artt. 13-15 della Convenzione di Bruxelles del 1968²⁷. In tale pronuncia, la Corte ha affermato che, in presenza di attività promiscua, il contraente può essere considerato *consumatore* solo se non

²⁵ COSTA, *op. cit.*, p. 295; DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 1057; LIGUORI, *op. ult. cit.*; GORGONI, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori*, p. 342.

²⁶ DE CRISTOFARO, *Il «Codice del consumo»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 762.

²⁷ La *Convenzione di Bruxelles* contiene una definizione di consumatore molto simile a quella contenuta nell’art. 3 del C. cons.; Decisione Corte di Giustizia del 20 gennaio 2005; Causa C-464/01, in *Europa e dir. priv.*, 2005, p. 1135 ss., con nota di CRESCIMANNO; in *Corr. giur.*, 2005, p. 1381 ss., con nota di CONTI. Si vedano inoltre: la pronuncia del 3 luglio 1997, C-269/95 (CGCE, 3 luglio 1997, causa C-269/95, in *Giust. civ.*, I, 1998, p. 11; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 13, con nota di COREA; in *Resp. civ. e prev.*, 1998, p. 57, connota di BASTIANNON; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 344, con nota di RINALDI; in *Dir. com. scambi internaz.*, 1997, IV, p. 510 ss., con nota di GRATANI; in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 335 ss., con nota di ORESTANO; le sentenze della Corte europea di giustizia del 14 marzo 1991 C-361/89 (CGCE, 14 marzo 1991, causa C-361/89, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 703) e del 14 luglio 1994 C-353/92 (CGCE, 14 luglio 1994, causa C-353/92, in *Boll. CEE n. 22/94 e Raccolta*, 1994, I, p. 3347). Le argomentazioni che la Corte usa per la pronuncia del 20 gennaio 2005, Causa C-464/01, sono: a) situazione di debolezza che giustifica l’applicazione della disciplina di tutela non è riscontrabile nel soggetto che contratta anche per una finalità privata, in poiché chi «conclude un contratto per un uso connesso alla sua attività professionale si deve considerare che agisca su un livello di parità con la sua controparte, di modo che la particolare protezione riservata ai consumatori ... in tal caso non è giustificata»; b) la nozione di consumatore dell’art. 13, 1° co., della Convenzione su citata è redatta utilizzando una formula negativa («contratti conclusi ... per un uso ... estraneo [all’]attività professionale»); c) le regole della Convenzione sui consumatori sono una deroga al principio generale e dunque passibili di un’interpretazione restrittiva della definizione di contratto concluso da un consumatore.

si è in presenza di un nesso, anche marginale, tra contratto stipulato ed attività professionale²⁸ e solo quando il soggetto che ha lo *status* di consumatore non abbia agito con finalità professionali. Sulla base di questa decisione si può concludere che la disciplina del credito ai consumatori, non può essere utilizzata laddove un soggetto stipuli un contratto per scopi *promiscui* poiché l'applicazione di tale regime normativo è prevista solo se il consumatore è una persona fisica. L'interpretazione della Corte di Giustizia è stata poi ripresa dalla Corte di Cassazione italiana che ha sostenuto una impostazione interpretativa restrittiva in merito alla nozione di "consumatore". La Corte di Cassazione usa l'espressione "scopo estraneo" intendendo che le finalità del soggetto/consumatore non debbano in alcun modo essere riconducibili all'attività professionale eventualmente svolta dallo stesso e, pertanto, l'espressione "agire per scopi *extra-professionali*" equivale a soddisfare esigenze esclusivamente personali o familiari²⁹. La Corte di Cassazione, con sentenza n. 10127/2001³⁰ ha stabilito che "consumatore" è la persona fisica che «anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un qualche contratto [...] per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all'esercizio di dette attività, mentre deve essere considerato "professionista" tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che, invece, utilizza il contratto [...] nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale. Perché ricorra la figura del "professionista" non è necessario che il contratto sia posto in essere nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale».

3.1. *Segue*. Il problema della qualificazione del "condominio" nell'applicazione della disciplina sul credito ai consumatori

Problematica, nella pratica, è risultata la questione dell'applicazione della disciplina sul credito ai consumatori al condominio.

Come si è detto, la definizione di "consumatore" è quella di cui all'art. 3, comma 1, lett. a), c. cons. che include in tale nozione le sole persone "fisiche"; l'esclusione degli enti collettivi,

²⁸ Pronuncia Corte di Giustizia del 20 gennaio 2005, Causa C-464/01: «*a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione, essendo irrilevante al riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale*»

²⁹ GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1162.

³⁰ Cass. 25 luglio 2001, n. 10127, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 685 ss., con nota di DI MARZIO; in *I Contratti*, 2002, p. 338 ss., con nota di CASERTA; in *Giur. it.*, 2002, p. 543 ss., con nota di FIORIO.

anche non personificati, è una scelta di politica legislativa nazionale in aderenza alle direttive comunitarie cui il nostro legislatore era chiamato a dare attuazione, successivamente ribadita dal testo dell'art. 18 del c. cons., come modificato dall'art. 1, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 221, che contiene una definizione diversa della nozione di consumatore in riferimento alle norme sulla pubblicità commerciale, dove non compare più il riferimento alle persone giuridiche³¹.

La giurisprudenza³² ha affermato che al condominio si debbano estendere le norme in materia di tutela dei consumatori, nonostante la qualifica di consumatore e, dunque, la relativa disciplina debba essere applicata solo alle persone fisiche. Questa tesi è stata sostenuta solo di recente poiché per lungo tempo la giurisprudenza ha attribuito al condominio la natura, ibrida ed atipica³³ (rispetto alle caratteristiche intrinseche dello stesso), di “ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti”³⁴.

Per risolvere la questione sulla natura da attribuire al condominio è intervenuta una sentenza interpretativa della Corte di Cassazione a Sezione Unite³⁵, la quale ha specificato che, la giurisprudenza di merito qualifica il condominio come un “ente di gestione” solo “per dare conto del fatto che la legittimazione dell'amministratore non priva i singoli partecipanti della loro legittimazione ad agire in giudizio in difesa dei diritti relativi alle parti comuni; di avvalersi autonomamente dei mezzi di impugnazione; di intervenire nei giudizi intrapresi dall'amministratore, ecc.”³⁶. Tale chiarificazione terminologica si evince altresì dalla sentenza del Tribunale di Genova del 14/02/2012, nella quale viene affermato che “la caratteristica essenziale del soggetto professionista – escluso dalla tutela del consumatore – è la predisposizione strutturale dell'attività di impresa professionale o, almeno, economica. Il condominio, al contrario, è una mera organizzazione di comproprietari dotati di stabile rappresentanza per atti specifici relativi a determinati oggetti. Ne consegue che la qualità di consumatori che spetta ai singoli condomini si estende al condominio-ente di gestione”³⁷.

L'attribuzione della qualifica di consumatore al condominio non è da sottovalutare, né tanto meno può essere inteso come un appellativo attribuito senza che vi siano implicazioni pratiche, in quanto, in termini giuridici, ciò significa che al condominio – quale contraente contrattuale – vengono applicate le norme, favorevoli e protezionistiche, della disciplina del

³¹ ARBITRO BANCARIO FINANZIARIO (ABF), *Collegio di Coordinamento, Decisione n. 3501*, del 26 ottobre 2012.

³² Sent. Cass. n. 14561.02; n. 13377.07; n. 18863.08.

³³ ZITTIGNANI, *Condominio e condomini: consumatori a tutti gli effetti*, in *www.difesadelcittadino.it*, 26 maggio 2014.

³⁴ DI ROSA, *La condominialità nell'acquisto di unità immobiliari urbane*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2011, II, p. 678.

³⁵ Corte di Cassazione a Sezioni Unite n.9148 dell'08/04/2008.

³⁶ Corte di Cassazione a Sezioni Unite n.9148 dell'08/04/2008.

³⁷ Sentenza, Tribunale di Genova del 14/02/2012.

codice del consumo, rispetto a quella prevista dal codice civile; l'applicazione del codice del consumo anche per il condominio è finalizzata alla tutela dello stesso che viene qualificato quindi come "contraente debole".

Tale interpretazione deriva dalla circostanza che il riconoscimento della qualifica di consumatore al condominio è il riflesso di quella che dovrebbe spettare ai singoli condomini³⁸. Secondo tale tesi, è certo che "il condominio può essere riconosciuto come consumatore solo se tutti i condomini possono essere qualificati come tali"³⁹; in caso contrario la qualifica di consumatore non può essere estesa al condominio.

4. Il consumatore: tra *jus variandi* e trasparenza

Il Titolo VI del t.u.b., dedicato alla "Trasparenza delle condizioni contrattuali"⁴⁰, contiene norme a carattere generale per le operazioni e per i servizi bancari e finanziari, applicabili sia alle banche sia agli altri intermediari finanziari⁴¹. All'interno di tale Titolo assume rilievo la previsione dell'art. 118 t.u.b. che limita la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali che i finanziatori sono soliti riservare in proprio favore⁴²; ovvero lo *jus variandi*, vale a dire il diritto potestativo riservato ad una parte di poter modificare unilateralmente, durante l'esecuzione di un contratto, alcune clausole senza ricorrere ad un nuovo accordo tra le parti.

A seguito dell'emanazione del decreto legislativo 141/2010, si sono delineate nel sistema del t.u.b. tre distinte discipline⁴³ sulla trasparenza delle condizioni contrattuali: 1) quella relativa alle operazioni e ai servizi bancari (Capo I, Titolo VI, artt. 115 ss.); 2) quella relativa al credito ai consumatori (Capo II, artt. 121 ss.); 3) ed infine quella relativa ai servizi di pagamento (Capo II-bis, artt. 126-bis ss.).

Nell'impianto del t.u.b., ovviamente, non mancano rinvii e intersezioni anche tra fattispecie diverse l'una dall'altra sia sotto il profilo soggettivo (la prima è a soggetto

³⁸ Sent. Cass. n. 10086/01; n. 452/04.

³⁹ ABF, *Collegio di Coordinamento, Decisione n. 3501 del 26 ottobre 2012*.

⁴⁰ Art. 115 al 120 del t.u.b.

⁴¹ Sull'argomento vedi, CAMPOBASSO, *Servizi bancari e finanziari e tutela del contraente debole: l'esperienza italiana*, in *Banca borsa e tit. cred.*, V, 1999, p. 562 e ss.; secondo parte della dottrina è stato in questo modo «colmata una delle più vistose lacune del codice del 1942, attraverso la previsione di una serie di obblighi di comportamento volti essenzialmente a tutelare la clientela sul piano della chiara e corretta informazione, ma che non sono privi di incidenza sugli aspetti sostanziali del regolamento contrattuale per i limiti di forma e di contenuto posti all'autonomia negoziale ed al prepotere contrattuale delle banche».

⁴² I finanziatori si riservavano tale facoltà mediante apposite clausole che rinviavano alle n.b.u. e, in particolare, agli artt. 15 e 16.

⁴³ Cfr. CARRIERO, *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore: obiettivi e strumenti*, in *Dir. banc.*, 2013, p. 17; STESURI, *I contratti di credito al consumo tra jus variandi e trasparenza*, in *Contratti*, 2003, p. 301-307.

indifferente; la seconda tutela il solo consumatore; la terza prevede prescrizioni vincolanti nei confronti delle micro imprese e del consumatore)⁴⁴, sia sotto il profilo oggettivo (basta soffermarsi sulla diversa portata dell'applicazione dello *jus variandi* nei contratti che hanno ad oggetto strumenti di pagamento)⁴⁵.

L'istituto dello *jus variandi* trae origine dall'art. 16 delle Norme Uniformi Bancarie (“n.u.b.”), relativo ai conti correnti di corrispondenza e ai servizi connessi, affidando agli enti creditizi un ampio esercizio di tale disciplina⁴⁶. In seguito, l'istituto è stato regolato dall'art. 4, 2° co.⁴⁷, e dall'art. 6⁴⁸ della l. 154/1992 in tema di trasparenza delle operazioni bancarie, che ha apportato un radicale cambiamento in materia, giacché prima dell'emanazione di tale specifica disciplina i contratti bancari erano regolati singolarmente dal codice civile (che ne aveva tipizzati alcuni), mentre grazie a questo intervento normativo è stata introdotta una disciplina generale applicabile a tutti i contratti bancari⁴⁹.

In linea generale, si può rilevare che il legislatore disciplinando l'istituto dello *jus variandi* ha inteso predisporre una tutela dell'altro contraente⁵⁰; per questa fattispecie la dottrina ha ipotizzato una tricotomia di ipotesi dello *jus variandi*: 1) un gruppo di ipotesi ad ampio carattere discrezionale (art. 1661 c.c. in tema di appalto; art. 2103 c.c. in tema di rapporto di lavoro); 2) uno a carattere condizionato (art. 1577 c.c. in tema di locazione; art. 1711, 2° co. in tema di mandato); 3) ed infine un'ipotesi ad attenuato carattere discrezionale, includendo in tale gruppo la disciplina dello *jus variandi* relativa al credito ai consumatori, che comprende sia le norme in materia bancaria (art. 118 t.u.b.) e sia quelle a tutela del consumatore (art. 33, 2°

⁴⁴ Cfr. MIRONE, *Commento sub art. 118*, in COSTA (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2013, II, p. 1343 ss.

⁴⁵ Vedi, CARRIERO, *ult. op. cit.*, p. 18; In argomento v. PORZIO M., *Le fonti normative dei contratti bancari*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 12, Torino, Utet, 1985, p. 843 ss.;

⁴⁶ Cfr. SPENA, *Sub artt. 4, 5 e 6*, in PORZIO, *Commentario alla legge 17 febbraio 1992, n.154*, in *Nuove leggi civili comm.*, 1993, p. 1165.

⁴⁷ La legge del 17 febbraio del 1992, n. 154 recante “Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”, al suo art. 4, 2° c., prevedeva la facoltà della banca di poter variare a svantaggio del cliente le condizioni contrattuali, subordinando la validità di detta clausola alla sua specifica approvazione da parte del cliente.

⁴⁸ La legge del 17 febbraio del 1992, n. 154 al suo art. 6 disciplinava, nel caso di variazioni contrattuali, le modalità di esercizio subordinandole, per la loro efficacia, alla preventiva comunicazione al cliente o alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, in caso di modifiche generalizzate dei tassi di interesse.

⁴⁹ V., *ex multis*, PORZIO, in ANGELICI, BELLÌ, GRECO, PORZIO, RISPOLI FARINA, *I contratti delle banche*, Torino, 2002, p. 77 ss.; MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 164; nonché la dottrina *ivi* richiamata.

⁵⁰ Vedi: PORZIO M., *Il controllo amministrativo sulle condizioni dei contratti bancari*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, I, p. 141 ss.; SAVINI, *Brevi note in tema di arbitraggio e clausole di modificazione unilaterale del contratto*, in *Dir. econ. assic.*, 1999, p. 219; ROPPO, *Il contratto*, (sec. ed.), in *Tratt. Indica-Zatti*, Milano, 2011, p. 524;

co., c. cons.)⁵¹, dove il potere di modifica unilaterale deve essere circoscritto entro precisi limiti stabiliti dal legislatore.

Per mezzo del rinvio delle norme sulla trasparenza alla disciplina consumeristica è necessario armonizzare i precetti normativi sul contenuto del contratto di finanziamento con quelli espressi dal precedente Capo del t.u.b. La dottrina prevalente ritiene che la tutela consumeristica debba essere letta – e di conseguenza applicata – alla luce delle norme sulla disciplina dello *jus variandi*⁵².

Come si evince dall'art. 124 t.u.b. che definisce il contenuto minimo del contratto, non escludendo che possano essere legittimate modifiche unilaterali del rapporto, le due discipline – consumeristica e dello *jus variandi* – si sovrappongono divenendo, secondo alcuni autori, la seconda a carattere speciale e integrativo rispetto alla prima, di applicazione generale. In conclusione, quantunque il problema sia di ampia portata, la dottrina maggioritaria ritiene che quando si affronta la disciplina del credito ai consumatori sia necessario fare riferimento alle norme degli artt. 117, 5° co., e 118 t.u.b., le quali, come sopra evidenziato, devono essere raccordate con i limiti imposti dall'art. 33 c. cons.⁵³.

⁵¹ RISPOLI FARINA, FALCONE, Sub art. 33, commi nn. 3, 4, 5 e 6, in CESARO (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, 2007, p. 383 ss.

⁵² V. MORGANTE, *Commento all'art. 127 del TUB*, in *Codice del consumo e norme collegate* (a cura di CUFFARO), Milano, 2008, p. 829; l'applicazione o meno della disciplina consumeristica in materia di clausole abusive ai contratti disciplinati dal t.u.b. ha prodotto un ampio dibattito in dottrina. Volendo seguire il principio di specialità si arriverebbe a soluzioni univoche, in quanto, questo stesso principio ci condurrebbe a far prevalere la disciplina del t.u.b. come *sedes materiae* naturale e speciale in materia di contratti bancari, e quella del cod. cons. come *sedes materiae* altrettanto naturale e speciale per la disciplina di contratti dei consumatori; considerato questo è dunque, secondo la dottrina maggioritaria, affidarsi alla *ratio legis* e osservare che entrambe le discipline, quella del t.u.b. e quella del cod. cons., rispondono ad una stessa esigenza di tutela della controparte, fornendogli una protezione rafforzata rispetto a quella prevista in via pattizia.

⁵³ DE POLI, *Commento sub art. 118 t.u.b.*, in DE CRISTOFARO, ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, p. 1425; FIORDILISO, Sub Art. 33, comma 2, lettera o), in CESARO (a cura di) *I contratti del consumatore. Commentario al Codice del consumo (D. lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, 2007, p. 241 ss.; IURILLI, *Riequilibrio delle posizioni contrattuali e limiti all'esercizio dello "jus variandi" nei contratti del consumatore*, in *Giur. it.*, 2001, I, p. 652-659; SCARANO, *Ius variandi del rapporto contrattuale nei contratti a tempo indeterminato con il consumatore*, in BIANCA, BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore. Art. 1469-bis - 1469-sexies*, Padova, 1999, p. 503 ss.