



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

INNOVAZIONE E DIRITTO

IL “PARADIGMA DELLA COLPEVOLEZZA” NELL’INDEBITAMENTO “IRRESPONSABILE” DEL CONSUMATORE

di Giovanni Falcone

ABSTRACT

The paper analyzes the interaction between the over-indebtedness treatment consumer discipline (Law no. 3 of 2012, which regards also the more general problem of over-indebtedness of civil insolvent) and the one concerning credit for consumers (found in the t.u.b.), starting from methodological assumption that the most significant contact point between these two disciplines is represented by the relevance of the guilty both in consumer behavior and in that of the lender.

1. Le riflessioni che ci si ripropone di sviluppare in questa sede muovono dai momenti di interazione tra la disciplina del trattamento del sovraindebitamento del consumatore (di cui alla legge n. 3 del 2012 e successive modifiche, che peraltro ha riguardo al più generale problema del sovraindebitamento dell’insolvente civile) e quella in materia di credito ai consumatori (rinvenibile nel Testo Unico Bancario) partendo dall’ipotesi metodologica che il punto maggiormente significativo dell’interazione tra le due discipline sia rappresentato proprio dal fenomeno “sovraindebitamento”, inteso come situazione oggettiva.

Inteso come problema di politica legislativa, il sovraindebitamento del consumatore è in primo luogo oggetto di una disciplina volta a stabilire una procedura per il suo “trattamento”; nel contempo, però, esso è anche tra i presupposti di una disciplina volta alla sua “prevenzione”: vale a dire quella in materia di credito ai consumatori. Il sovraindebitamento del consumatore, perciò, risulta essere sia un *fenomeno da prevenire* (è questo il punto di vista della disciplina del credito ai consumatori), sia, nondimeno, un *fenomeno da trattare* una volta che si sia comunque prodotto.

L’attuale assetto della disciplina della “crisi da sovraindebitamento” – che in questa sede non può essere oggetto di una trattazione generale - contiene una serie di disposizioni volte ad introdurre specifiche previsioni per il caso in cui alla procedura acceda non un qualsiasi “insolvente civile”, ma un “consumatore”, seppure individuato quest’ultimo in maniera simile,

ma non del tutto coincidente con la definizione di cui all'art. 3, co. 1, lett. a) del "codice del consumo".

Certo, vi è una difficoltà di natura oggettiva a prevedere una procedura dedicata nello specifico al "consumatore", e cioè il fatto che la natura di "consumatore" si lega non già ad una qualità soggettiva "stabile" del debitore (fatta eccezione, ovviamente, per il fatto di dover essere egli necessariamente una persona fisica), ma alla specifica finalità per la quale il debito viene ad essere contratto, di talché alla medesima persona fisica possono fare capo debiti di diversa natura. La qualità di imprenditore e quella di consumatore, riferite ad una persona fisica, non sono omogenee, la prima essendo una caratteristica "ontologica" del soggetto, la seconda essendo un elemento accidentale definito dalla finalità propria dell'atto: potrà, cioè, l'imprenditore persona fisica contrarre un debito in qualità di "consumatore", e cionondimeno permanere nella sua qualità di imprenditore.

La peculiarità prevista per il caso del consumatore dalla disciplina in materia di sovraindebitamento, consiste nella circostanza che il consumatore potrà proporre un *accordo* (in questo caso accedendo alla procedura "generale", prevista per tutti gli insolventi civili), oppure un *piano* (che evidentemente prescinde dall'accordo con i creditori).

Oltre alle sanzioni penali previste per taluni comportamenti posti in essere dal debitore che intende accedere alla procedura - che peraltro si applicano al debitore civile indipendentemente dalla sua natura di "consumatore - una peculiarità del piano proposto dal consumatore consiste nel fatto che alla proposta è altresì allegata una "relazione particolareggiata dell'organismo di composizione della crisi" (art. 9, co. 3 bis) che dovrà contenere "a) l'indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal consumatore nell'assumere volontariamente le obbligazioni; b) l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte; c) il resoconto sulla solvibilità del consumatore negli ultimi cinque anni; d) l'indicazione della eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori; e) il giudizio sulla completezza e attendibilità della documentazione depositata dal consumatore a corredo della proposta, nonché sulla probabile convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria."

Ancora rimarchevole la previsione (contenuta nell'art. 12-bis, co. 3) che esclude l'omologa del piano nel caso in cui risulti che "il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere" o "ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie

capacità patrimoniali”.

Similmente, l'art. 14-terdecies, co. 2, lett. a), esclude l'esdebitazione “quando il sovraindebitamento del debitore è imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali” (disposizione che in questo caso trova applicazione al debitore persona fisica indipendentemente dalla sua qualità di “consumatore”).

Queste ultime notazioni già suggeriscono la natura del rapporto tra disciplina del sovraindebitamento (laddove riferita al debitore consumatore) e disciplina del credito ai consumatori: come, cioè, la prima pare subordinata, almeno in alcuni suoi aspetti, al ricorrere di un indebitamento immune, nel suo momento eziologico, da comportamenti negligenti od imprudenti da parte del debitore – e dunque ad un “indebitamento responsabile” come “punto di partenza” – la seconda sembra intesa a favorire un “indebitamento responsabile” come “punto di arrivo”.

Si può incidentalmente notare, al riguardo, come, nonostante i recenti passaggi della evoluzione della normativa concorsuale sono stati nel segno di un (almeno dichiarato) abbandono del concetto di procedura/sanzione (concetto che è stato storicamente alla base della nascita del fallimento come procedura concorsuale), viene peraltro conservato un meccanismo di valutazione “qualitativa” dell'indebitamento, poiché si continua a dare rilevanza a momenti di “meritevolezza” (ovvero di assenza di “non-meritevolezza”), che rimandano, in ultima analisi, ad un principio di insolvenza colpevole ovvero non colpevole (nel senso per cui il sovraindebitamento “colpevole” è quello “irresponsabile”).

Se tale caratteristica si pone, sotto un profilo puramente evolutivo, come in certa misura “contraddittoria”, deve peraltro evidenziarsi come sia proprio la perdurante presenza del paradigma della colpevolezza a rendere possibile un legame funzionale tra la disciplina del trattamento del sovraindebitamento e quella della sua prevenzione. Sennonché – e anche tale aspetto pare meritevole di considerazione – nella prospettiva della “prevenzione” del sovraindebitamento sembrano rilevare non soltanto profili di “meritevolezza” in capo al debitore, ma anche elementi che attengono alla condotta (questa volta non del debitore ma) del finanziatore: e questi possono essere rinvenuti nella disciplina del credito ai consumatori quale riformata, all'interno del Testo Unico Bancario, per effetto del D. Lgs. n. ____ del 2010.

Molti aspetti di tale disciplina, infatti, si prestano ad essere interpretati (anche) in chiave di prevenzione del sovraindebitamento: di ciò è evidenza non soltanto nel primo comma dell'art. 124 t.u.b. (secondo cui “il finanziatore o l'intermediario del credito, sulla base delle condizioni

offerte dal finanziatore e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite al consumatore, *forniscono al consumatore*, prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, *le informazioni necessarie* per consentire il confronto delle diverse offerte sul mercato, *al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito*”), ma, anche e soprattutto, nella previsione (contenuta nel co. 5 del medesimo articolo) per cui il finanziatore o l'intermediario del credito *“forniscono al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali (...), le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli specifici effetti che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento” (...)*”.

A livello di normazione secondaria non si è peraltro mancato di compiere, nella deliberazione conseguentemente assunta dal Ministro dell'Economia e delle Finanze (nella sua qualità di Presidente del CICR) – ci si riferisce al decreto Mef del 3 febbraio 2011 - un riferimento abbastanza marcato sia al concetto di *“responsabilità nella concessione del credito”*, sia allo stesso concetto di *“adeguatezza”*: vi si assume, infatti, che la valutazione del merito creditizio nel rispetto delle norme richiamate deve avvenire non soltanto *“al fine di evitare comportamenti non prudenti”* (valutazione che tiene conto essenzialmente del punto di vista del finanziatore), ma anche per *“assicurare pratiche responsabili nella concessione del credito”*.

E' evidente come tale ricostruzione abbia delle immediate conseguenze in ordine alla configurabilità ed alla natura di una responsabilità della banca per aver concesso credito *“non responsabile”* ovvero *“non adeguato”*. La concessione di credito *“non responsabile”* – oltre che essere ovviamente sanzionabile dal punto di vista dei controlli di vigilanza (anche perché contrastante con il criterio della *“sana e prudente gestione”*) – potrebbe cioè essere fatta valere dallo stesso consumatore, non sotto il profilo della validità del contratto di credito, bensì sotto quello di una responsabilità di tipo contrattuale (accedendo alla tesi secondo cui il principio del prestito responsabile fonderebbe in capo alla banca un *“obbligo di protezione”*, la cui violazione sarebbe, per l'appunto, di natura contrattuale) ovvero di tipo extracontrattuale, in quanto riconducibile alla clausola generale del danno ingiusto.

La domanda se possa essere oggetto di azione una responsabilità della banca o in generale dell'intermediario finanziario che abbia concesso credito al consumatore in assenza di un merito creditizio presuppone una risposta positiva al quesito se la valutazione di quel merito sia posta a tutela del cliente (come una sorta di *“dovere di protezione”*), ovvero della *“sana e*

prudente gestione” dell’intermediario.

Ma è da esplorare anche la possibilità di configurare una responsabilità dello stesso consumatore finanziato per aver voluto accedere ad un prestito “non meritevole”, pur essendo consapevole della sua “non adeguatezza”, per averne avuto contezza autonomamente ovvero per essere stato addirittura informato della “non adeguatezza” da parte della banca (che, ciò nonostante, non si sia indotta ad astenersi dalla concessione del finanziamento).

In effetti, non può escludersi che il consumatore sia esente da qualsiasi ruolo attivo nella concessione di un credito “non responsabile”: egli, infatti, ben avrebbe potuto, invece, versare in una posizione di piena consapevolezza in merito alle conseguenze della sua scelta, rispetto alla quale si può porre finanche il problema di un concorso di colpa del finanziato (art. 1227), per mancato rispetto del principio del *responsible borrowing*.

Una lettura integrata dell’art. 124-bis con le disposizioni relative al trattamento del sovraindebitamento del consumatore, prima passate in rassegna – che proprio la responsabilità del finanziato nell’accedere al credito paiono vistosamente enfatizzare – pare rafforzare tale spunto interpretativo. Si noti, inoltre, che la possibile valenza dell’art. 1227 c.c. prescinde dalla natura della responsabilità che si possa assumere fare capo al finanziatore: infatti, anche ove si ritenesse tale responsabilità di natura extracontrattuale, nondimeno il principio del concorso risulterebbe parimenti operativo in forza del rinvio contenuto nell’art. 2056 c.c.. In effetti, per potersi concepire un concorso di colpa del consumatore, occorrerebbe che egli “sia tenuto per legge, per contratto o per generico dovere di correttezza, ad adottare un determinato comportamento inerente all’esecuzione del rapporto obbligatorio e idoneo a ridurre – o escludere – gli effetti pregiudizievoli dell’inadempimento”.

Questa lettura pare coerente anche con una considerazione di natura logica: d’altra parte, escludere qualsiasi tipo di responsabilità del consumatore finirebbe per fomentare un comportamento negligente di quest’ultimo, un *moral hazard* questa volta facente capo al finanziato e non al finanziatore. L’alternativa, del resto, sarebbe – come pure si è tentato in alcune ricostruzioni in materia di responsabilità per lo svolgimento di servizi di investimento – considerare la concessione di credito ai consumatori come una attività in sé pericolosa, tale per cui il finanziatore debba essere considerato tenuto ad “un adeguato sforzo diligente volto a prevenire l’imprudenza” del prenditore di credito; o per cui il finanziatore vi sia comunque tenuto, in quanto titolare di uno specifico “*status*”, esplicantesi in specifici “doveri di protezione” nei confronti del consumatore.

In realtà, tanto nella direttiva che nella legislazione domestica emerge chiaramente come anche il consumatore finanziato sia tenuto ad un comportamento diligente.

Le considerazioni di politica legislativa che paiono essere state alla base delle recenti opzioni legislative, paiono però muoversi in direzione non coerente con le risultanze del dibattito da tempo avviato nell'ambito della letteratura consumeristica, che ha invece portato ad accentuare l'idea di una generale contraddizione tra atto di consumo e scelta consapevole, ponendo in risalto come sia lo stesso mercato ad orientare il consumatore – privo di strumenti critici – verso bisogni irrazionali, con la conseguenza di aggravare, piuttosto che misurare, il proprio livello di indebitamento. In termini cognitivi, questa affermazione è coerente con il rifiuto della teoria della scelta razionale nel comportamento del consumatore.

E' per questo motivo che la tematica del prestito responsabile si lega a filo doppio con quella dell'educazione finanziaria: e ciò pur se nel passato il ruolo dell'educazione finanziaria è stato esplorato essenzialmente con riguardo al risparmiatore piuttosto che al prenditore di credito. L'educazione finanziaria altro non è se non una particolare manifestazione del più generale principio della "educazione del consumatore" al consumo, che il Codice del Consumo definisce come "diritto fondamentale" (art. 2, co. 2, lett. d)), e disciplina nel successivo art. 4.

Se dunque la riflessione consumeristica sembrerebbe dover condurre ad un atteggiamento "riduzionistico" nei confronti della ipotizzabilità di una responsabilità del finanziato, non sembra che tale prospettiva trovi riscontri e conferme nel diritto positivo, non fosse altro che per la circostanza che la stessa disciplina sulle "pratiche commerciali scorrette" contenuta nel "codice del consumo" parte dal presupposto che il "comportamento economico dei consumatori" possa essere "falsato" in forza di una condotta – ingannevole od omissiva – del professionista: il che significa che, nell'intendimento del legislatore, la mancanza di una condotta ingannevole od omissiva ben consente, in condizioni normali, di assumere "una decisione di natura commerciale" consapevole.

In definitiva, cioè, non è irrilevante il paradigma della colpa nel soggetto finanziato, pur se questo può essere apprezzato concretamente unicamente allorquando, nella materia del credito ai consumatori, siano stati evidentemente assolti gli obblighi informativi e di assistenza facenti capo al soggetto finanziatore.

Si è visto come nella disciplina contenuta nella legge n. 3 del 2012 riformata si è delineata - attraverso l'individuazione e l'aggregazione di norme specificamente riferite al debitore

consumatore - la possibilità di concepire un “sub-procedimento” di trattamento della crisi da sovraindebitamento del consumatore.

Se, nell’ambito di tale disciplina, non sono rinvenibili diretti riferimenti alla responsabilità del finanziatore per l’ipotesi in cui il sovraindebitamento possa in qualche misura essere ascritto alla sua condotta (neppure sotto il profilo di un trattamento subordinato o deteriore del relativo credito): i profili di una tale tipologia di responsabilità, invece, vanno piuttosto ricavati – come si è evidenziato – dalla disciplina in materia di credito ai consumatori (e, segnatamente, dai provvedimenti di normazione secondaria che vi hanno dato attuazione), raccordata con i principi civilistici generali in tema di responsabilità *pre* ed *extracontrattuale*, nonché con le disposizioni contenute nel codice del consumo (nello specifico, quelle relative alle pratiche commerciali scorrette).

Il legislatore della legge n. 3 si è dimostrato particolarmente “timido” nel portare a conseguenze più avanzate il trattamento della crisi in ragione della eziologia del sovraindebitamento: esso, infatti, può conseguire a circostanze che nulla hanno a che vedere non soltanto con la condotta del creditore, ma anche con quella del debitore.

In questa prospettiva, la distinzione tra sovraindebitamento attivo e sovraindebitamento passivo, a seconda che questa situazione trovi origine in comportamenti del debitore ovvero in circostanze allo stesso estranee, avrebbe potuto (o forse dovuto) orientare il legislatore nella individuazione di strumenti di trattamento (che pur sono presenti *in nuce*) maggiormente duttili per il caso di sovraindebitamento passivo, rispetto a quelli da prevedersi per il caso di sovraindebitamento attivo.

Se peraltro si intendano cogliere, come ci si proponeva, i possibili profili di “raccordo” tra la disciplina del sovraindebitamento del consumatore e quella del credito ai consumatori – intese come due risposte del legislatore al problema, rispettivamente, della sistemazione del sovraindebitamento e della sua prevenzione – pare a chi scrive che il legame, ancorché non perfettamente esplicitato, e forse, da potenziare in una prospettiva *de jure condendo* – sia la affermazione (o ri-affermazione) del *paradigma della colpevolezza*.

La rilevanza attribuita – in sede di composizione della crisi di sovraindebitamento del consumatore – al momento eziologico della crisi ed al comportamento tenuto al riguardo dal debitore (quanto alla diligenza avuta nell’indebitarsi) non si pone affatto in modo contrastante, ma al contrario in linea di continuità, con le disposizioni in materia di credito al consumatore, nella misura in cui si accetti che tale ultima disciplina non escluda, ed anzi

presupponga che l'indebitamento debba avvenire secondo in parametro della "ragionevolezza", ammettendo che si ha sovraindebitamento colpevole a partire dal momento in cui "finisce l'atto di indebitamento (ragionevole, proporzionato, prudente, conveniente)".

Dei profili di colpevolezza del comportamento del finanziatore non si fa cenno, invero, all'interno della disciplina della composizione delle crisi da sovraindebitamento: ma tali profili sono impliciti, evidentemente, nella applicazione delle discipline in materia di illecito civile e di pratiche commerciali scorrette nei rapporti con i consumatori.