



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MESSINA

**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche
XXXII CICLO**

Curriculum di Diritto civile
Persona e mercato nel diritto interno ed europeo
SSD IUS/01

Il credito immobiliare: obblighi del professionista e tutela del consumatore

**DOTTORESSA
FRANCESCA ROMEO**

**TUTOR
PROF. MARIO TRIMARCHI**

**COORDINATORE
PROF.SSA CONCETTA PARRINELLO**

ANNO ACCADEMICO 2018/2019

INDICE

CAPITOLO I

La nuova direttiva 2014/17/UE sul credito immobiliare ai consumatori

| | |
|--|----|
| 1. La <i>ratio</i> sottesa alla direttiva 2014/17/UE..... | 5 |
| 2. L'educazione finanziaria del consumatore..... | 8 |
| 3. Gli obblighi informativi..... | 10 |
| 4. La valutazione del merito creditizio..... | 14 |
| 4.1 <i>Segue</i> : la valutazione degli immobili..... | 19 |
| 5. I diritti del consumatore nella fase esecutiva del contratto..... | 20 |
| 6. La fase patologica del rapporto..... | 22 |

CAPITOLO II

I contratti di credito immobiliare ai consumatori

| | |
|---|----|
| 1. Il livello di armonizzazione..... | 27 |
| 2. L'attuazione della direttiva ad opera del d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72..... | 29 |
| 3. I contratti di credito: il problema della tipizzazione..... | 31 |

| | |
|---|----|
| 3.1 <i>Segue</i> : la funzione di finanziamento..... | 36 |
| 3.2 <i>Segue</i> : la rilevanza dei beni immobili residenziali..... | 40 |
| 4. Le singole tipologie contrattuali rientranti nell'ambito applicativo. a) Il contratto di mutuo..... | 43 |
| 4.1 b) Il contratto di apertura di credito bancario..... | 46 |
| 4.2 c) Il <i>leasing</i> immobiliare abitativo, il <i>rent to buy</i> e la vendita con riserva di proprietà..... | 47 |

CAPITOLO III

Gli obblighi di comportamento del professionista e del consumatore

| | |
|---|----|
| 1. I principi generali..... | 50 |
| 2. Le informazioni al pubblico e le conseguenze in caso di difformità del successivo contratto..... | 54 |
| 3. La fase precontrattuale. Gli obblighi informativi..... | 57 |
| 4. Il rimedio pubblicistico in caso di violazione degli obblighi informativi..... | 62 |
| 5. Le conseguenze civilistiche della violazione degli obblighi informativi. a) La mancata consegna del Pies..... | 64 |
| 5.1 b) Pies contenente informazioni lacunose o non veritiere; c) Pies | |

| | |
|--|----|
| difforme rispetto al contratto successivamente stipulato..... | 65 |
| 5.1.1 <i>Segue</i> : l’invalidità del contratto..... | 67 |
| 5.1.2 <i>Segue</i> : la responsabilità precontrattuale del professionista..... | 68 |
| 6. Il periodo di riflessione..... | 72 |
| 7. La valutazione del merito creditizio..... | 73 |
| 7.1 <i>Segue</i> : il ruolo del consumatore..... | 75 |
| 8. La valutazione negativa del merito creditizio e l’autoresponsabilità del consumatore..... | 78 |
| 9. Il rimedio pubblicistico in caso di omessa o errata valutazione del merito creditizio. L’applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette..... | 81 |
| 9.1 <i>Segue</i> : l’invalidità del contratto e la responsabilità precontrattuale del professionista..... | 83 |
| 10. Il divieto del finanziatore di “risolvere” il contratto..... | 85 |

CAPITOLO IV

La fase patologica del rapporto

| | |
|---|----|
| 1. La gestione del rapporto con il consumatore in difficoltà..... | 88 |
| 2. Il ruolo del professionista..... | 89 |
| 3. Il ruolo del consumatore..... | 92 |
| 4. L’autotutela esecutiva del finanziatore..... | 93 |

| | |
|--|-----|
| 4.1 <i>Segue</i> : il rapporto con il divieto del patto commissorio..... | 97 |
| 5. Il patto marciano previsto dall'art. 120 <i>quinquiesdecies</i> t.u.b..... | 100 |
| 6. Le specifiche disposizioni a tutela del consumatore..... | 103 |
| 7. L'effetto estintivo del debito..... | 106 |
| | |
| CONCLUSIONI | 111 |
| BIBLIOGRAFIA | 116 |

CAPITOLO I

La nuova direttiva 2014/17/UE sul credito immobiliare ai consumatori

Sommario: 1. La *ratio* sottesa alla direttiva 2014/17/UE – 2. L’educazione finanziaria del consumatore- 3. Gli obblighi informativi – 4. La valutazione del merito creditizio – 4.1 *Segue*: la valutazione degli immobili – 5. I diritti del consumatore nella fase esecutiva del contratto – 6. La fase patologica del rapporto

1. La *ratio* sottesa alla direttiva 2014/17/UE

La direttiva 2014/17/UE, c.d. *mortgage credit directive*¹, è l’ultimo atto di un percorso iniziato dalla Commissione Europea già nel 2003² con il duplice fine di creare un mercato finanziario stabile e “responsabile” e di ristabilire la fiducia dei consumatori³.

¹ Direttiva approvata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio il 4 febbraio 2014, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. L 60/34 del 28 Febbraio 2014, consultabile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0017&from=IT>.

² Detto processo aveva già condotto all’adozione, il 18 dicembre 2007, del Libro bianco sull’integrazione dei mercati UE del credito ipotecario nonché, più in generale, in tema di contratti di credito ai consumatori, all’adozione della direttiva 2008/48/CE, che la direttiva in esame affianca ed in parte integra. Successivamente, la Commissione ha proposto, con la comunicazione del 4 marzo 2009 dal titolo “Guidare la ripresa in Europa”, misure in merito ai contratti di credito relativi ai beni immobili residenziali, compreso un quadro di riferimento affidabile sull’intermediazione creditizia, nell’ottica della creazione di mercati responsabili e affidabili per il futuro e del ripristino della fiducia dei consumatori. Si è poi ribadito l’impegno per la creazione di un mercato interno efficiente e competitivo nella comunicazione del 13 aprile 2011 dal titolo “L’Atto per il mercato unico — Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia”.

³ Come emerge dal 5° *considerando*: “Al fine di agevolare la creazione di un mercato interno ben funzionante e caratterizzato da un elevato livello di protezione dei consumatori nel settore dei contratti di credito relativi ai beni immobili e al fine di garantire che i consumatori interessati a tali contratti possano confidare nel fatto che gli enti con i quali interagiscono si comportino in maniera professionale e responsabile, è necessario definire un quadro giuridico dell’Unione adeguatamente armonizzato in diversi settori, tenendo conto delle differenze nei contratti di credito derivanti in particolare da differenze nei mercati nazionali e regionali dei beni immobili.”

La regolamentazione si occupa, in particolare, di disciplinare i contratti di credito immobiliare ai consumatori, ovvero quei contratti di credito⁴ garantiti da un'ipoteca o da altra garanzia analoga sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai medesimi beni, nonché i contratti di credito finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata⁵.

L'ambito applicativo è dunque molto ampio, essendo ben possibile farvi rientrare una pluralità di fattispecie, diverse sotto il profilo contenutistico, causale e strutturale, ma accomunate dalla funzione di finanziamento⁶. Il motivo di tale scelta è da rinvenirsi nella sussistenza di notevoli differenze tra le tradizioni giuridiche degli Stati membri, tali da rendere più opportuna l'individuazione di una classe di contratti ampia piuttosto che la esplicitazione di un particolare tipo contrattuale⁷.

Una regolamentazione apposita per i contratti di credito immobiliare si è resa necessaria a seguito della lacuna lasciata dalla direttiva 2008/48/CE⁸, recante la disciplina del credito al consumo, che

⁴ Il contratto di credito è definito all'art. 4 quale "contratto in base al quale il creditore concede o s'impegna a concedere al consumatore un credito che rientra nell'ambito d'applicazione dell'articolo 3 sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra agevolazione finanziaria analoga".

⁵ Così l'art. 3 della direttiva.

⁶ Come osserva T. Rumi, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contr.*, 1, 2015, 72, che sottolinea l'indubbio "carattere transtipico della disciplina in commento, con l'ovvia conseguenza che viene delegato all'interprete il difficile compito di individuare i tipi contrattuali assoggettabili alle nuove regole."

⁷ In questo senso S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, in *La didattica del diritto civile* a cura di S. Mazzamuto ed E. Moscati, Torino, 2012, 144.

⁸ Direttiva approvata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio il 23 aprile 2008, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. L 133 del 22 maggio 2008, consultabile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0048&from=IT>.

ha escluso espressamente dal proprio ambito applicativo il credito immobiliare in ragione della sua “natura molto specifica”⁹.

Detta specificità è dovuta non soltanto al valore di regola maggiore rispetto ai beni mobili e al diverso regime circolatorio, ma altresì alla necessità di una più intensa tutela del consumatore, soprattutto se si considera il riferimento, come oggetto di ipoteca, ai beni immobili “residenziali” da intendersi come beni destinati ad abitazione, appartamento o altro luogo di residenza del consumatore o di un suo familiare¹⁰.

Il principale problema che il legislatore europeo ha inteso risolvere è il considerevole livello di indebitamento dei consumatori in gran parte concentrato, per l'appunto, su crediti concernenti beni immobili residenziali. Una delle cause viene rinvenuta nel “comportamento irresponsabile nella concessione e accensione dei mutui e nel potenziale margine per comportamenti irresponsabili da parte degli operatori del mercato, fra cui gli intermediari del credito e gli enti non creditizi¹¹”. Si ritiene, peraltro, che la colpa dell'eccessivo sovraindebitamento dei consumatori sia attribuibile non soltanto ai professionisti, ma anche ai consumatori stessi (visto il riferimento alla “accensione dei mutui”) ed è per tale motivo che la direttiva non si limita a disciplinare solo obblighi comportamentali in capo

⁹ Come chiarito dal 14° *considerando* della direttiva 2008/48/CE.

¹⁰G. Falcone, “*Prestito responsabile*” e *valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, 1, 2017, 150.

¹¹ Così il 4° *considerando* della direttiva. Il 3° *considerando* evidenzia invece la connessione tra detti comportamenti irresponsabili e la crisi finanziaria, assumendo come sia stato dimostrato che “un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia tra tutte le parti coinvolte, in particolare i consumatori, e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico.”

all'operatore economico ma si concentra, altresì, sulla responsabilizzazione della parte debole del rapporto.

2. L'educazione finanziaria del consumatore

Al fine di rendere più consapevole il consumatore, con l'art. 6, rubricato "Educazione finanziaria dei consumatori", il legislatore europeo impone agli Stati membri la promozione di misure atte a favorire l'educazione dei consumatori in merito a un indebitamento e a una gestione del debito responsabili¹².

La disposizione segna un forte passo in avanti rispetto alla precedente normativa sul credito al consumo: nonostante la sussistenza di una norma di diritto primario, l'art. 169 TFUE¹³, sancisce il diritto del consumatore all'educazione finanziaria, nella direttiva 2008/48/CE essa viene menzionata solo in via esemplificativa, quale strumento potenzialmente attuabile dagli Stati per la promozione di pratiche responsabili¹⁴.

L'art. 6 si pone in rapporto di specialità rispetto all'art. 4 del d.lgs del 6 settembre 2005 n. 206, il codice del consumo, il quale garantisce

¹² Il primo comma prosegue precisando che "per guidare i consumatori, specialmente quelli che sottoscrivono un credito ipotecario per la prima volta, sono necessarie informazioni chiare e generali sulla procedura per la concessione del credito. Sono inoltre necessarie informazioni sulla guida che le organizzazioni di consumatori e le autorità nazionali possono fornire ai consumatori."

¹³ L'art. 169 TFUE così recita: "Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi".

¹⁴ Così il 26° *considerando* della direttiva 2008/48/CE: "Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, tenendo conto delle specificità del proprio mercato creditizio. Tali misure possono includere, per esempio, l'informazione e l'educazione dei consumatori e anche avvertimenti sui rischi di un mancato pagamento o di un eccessivo indebitamento."

in generale al consumatore la conoscenza delle caratteristiche di beni e servizi, tale da rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta¹⁵. L'educazione finanziaria in esame ne è, invero, una declinazione più specifica, avendo il compito di consentire il superamento delle asimmetrie informative tra finanziatore di credito immobiliare e consumatore¹⁶.

Il termine “educazione” è inteso nel significato di “istruzione” o “formazione” finanziaria, ed è evidente lo stretto rapporto intercorrente tra questa fase e la previsione degli obblighi informativi precontrattuali. Le informazioni che il professionista ha l'obbligo di fornire in maniera chiara e completa sono, infatti, realmente utili al consumatore solo ove egli abbia un bagaglio culturale idoneo a comprenderle a pieno¹⁷.

Tuttavia, occorre evidenziare che sul rapporto tra la fase educativa e quella di informativa precontrattuale non v'è in dottrina unità di vedute. Taluni commentatori sostengono la dissociazione tra il soggetto chiamato ad educare e il soggetto chiamato ad informare,

¹⁵ L'educazione al consumo è peraltro annoverata tra i diritti fondamentale del consumatore dall'art. 2 comma 2 lett. d) del codice del consumo.

¹⁶ G. Falcone, *op. cit.*, 169.

¹⁷ Invero, è stato spesso osservato come un'intensificazione degli obblighi informativi, non accompagnata da un adeguato livello di preparazione del consumatore, possa in realtà tradursi in un pregiudizio per lo stesso. In questo senso 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.*, 6, 2015, 1435, secondo cui “in assenza di un efficace programma educativo sussisterebbe inoltre il segnalato pericolo del c.d. *information overload*, ossia di un «sovraccarico cognitivo» ricorrente nei casi in cui un soggetto riceva un numero troppo elevato di informazioni per riuscire a prendere una decisione o scegliere una informazione specifica sulla quale focalizzare l'attenzione.” In questo senso anche M. Gorgoni, voce *Contratto di credito al consumatore*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 2012, 20, secondo cui “l'intensificazione degli obblighi di informazione, che dovrebbe offrire l'opportunità di fare scelte razionali, non è in grado di fornire protezione a tutti i consumatori, ma solo a quelli già in grado di autotutelarsi (*well-educated middle-class consumers*). Non beneficerebbero, in sostanza, della tutela proprio le fasce più vulnerabili, già socialmente escluse, le quali non sono in grado di trarre profitto dalle informazioni ricevute.”

ritenendo che l'educazione finanziaria non possa inglobarsi negli obblighi informativi gravanti sul finanziatore¹⁸. Diversamente argomentando, si è invece ritenuto che la norma valorizzerebbe la componente collaborativa dell'intermediario nel processo decisionale del consumatore, la cui capacità di comparare le varie offerte di credito non può derivare dalla mera erogazione di informazioni documentali ma implica, da parte dell'intermediario, un'attività di educazione finanziaria consistente nell'accompagnare “pedagogicamente” il proprio interlocutore¹⁹.

3. Gli obblighi informativi

La direttiva dedica il capo 3 alle regole di condotta che gli Stati membri devono imporre a creditori, intermediari del credito e rappresentanti. L'art. 7 richiede che detti soggetti “agiscano in maniera onesta, equa, trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori”, così confermando la linea di tendenza secondo cui la tutela del consumatore non funge più da mero elemento strumentale al corretto funzionamento dell'attività bancaria, bensì assurge a vero e proprio obiettivo della stessa.

Le regole di condotta diventano, poi, più stringenti con riguardo alla fase antecedente la stipula del contratto, nella quale l'operatore economico è tenuto a fornire al consumatore tutte le informazioni utili

¹⁸ F. P. Patti, *op. cit.*, 1436, il quale argomenta che “mentre per ciò che concerne l'educazione del consumatore l'art. 6 prescrive un obbligo di natura piuttosto generica in capo agli Stati membri, gli obblighi informativi sono individuati dettagliatamente agli artt. 13 ss. della dir. 2014/17/UE e sono espressamente rivolti al creditore, all'intermediario del credito o al rappresentante designato.”

¹⁹ T. Rumi, *op. cit.*, 80.

a consentirgli di operare una scelta consapevole e responsabile. Sotto questo profilo la normativa si pone in linea di continuità con la precedente legislazione consumeristica, già incentrata sulla costruzione di una disciplina del contratto di consumo basata sul principio della trasparenza, da realizzare attraverso la previsione di obblighi informativi a carico del professionista²⁰.

Con riferimento agli artt. 13 e seguenti, attinenti proprio agli obblighi informativi a carico degli operatori economici, i primi commentatori hanno subito messo in evidenza la gradualità²¹.

Innanzitutto l'art. 13 contiene un catalogo minimo di informazioni complessive da fornire al mercato in generale. Si è, dunque, ancora svincolati dalla negoziazione con specifici soggetti, posto che la finalità delle informazioni in esame è quella di fornire ai consumatori i primi rudimenti che consentano loro di individuare il prodotto e la controparte contrattuale maggiormente confacenti alle proprie esigenze commerciali²².

Il succitato catalogo, ampliabile dagli Stati membri, concerne la vasta gamma di prodotti e servizi offerti e le loro principali

²⁰ *Ex multis* C. Camardi, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2001, 717. Per 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, 524, la tecnica di regolamentazione "mette in mostra un'intelaiatura incentrata sulla sperimentata formula di una tutela del consumatore a monte del contratto, nell'ottica di un'anticipo, al dichiarato fine di imbrigliarlo se non di anestizzarlo, del rischio di un sovraindebitamento al tempo di una fase precontrattuale che si è concepita marcatamente graduata".

²¹ In questo senso T. Rumi, *op. cit.*, 76; S. Pagliantini, *op. cit.*, 524.

²² Come osserva, *ex multis*, A. Las Casas, commento sub art. 13, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016, 289.

caratteristiche²³. Si tratta, in primo luogo, di informazioni concernenti il contenuto dell'eventuale contratto da stipulare, come ad esempio la durata del vincolo o le opzioni di rimborso del credito. Sono poi ricomprese informazioni attinenti l'indicazione di eventuali attività e costi accessori che il consumatore dovrà sostenere al fine di accedere al credito. Infine, fondamentale è la specificazione degli effetti economici, e dei relativi rischi, scaturenti dalle tipologie contrattuali proposte.

La normativa segue, poi, la normale evoluzione del rapporto negoziale, passando alla vera e propria fase precontrattuale. Al riguardo l'art. 14 prevede un più specifico obbligo per l'operatore economico, il quale deve fornire informazioni "personalizzate", ovvero attinenti ad un prodotto specifico, individuato dal finanziatore in quanto ritenuto maggiormente rispondente alle esigenze del consumatore²⁴.

²³L'art. 13 specifica che le informazioni generali devono comprendere almeno: i dati e l'indirizzo geografico dell'emittente; gli scopi del credito; le forme di garanzia; la possibile durata dei contratti di credito; i tipi di tasso debitore disponibili; in caso di prestiti in valuta estera, l'indicazione della valuta o delle valute, inclusa una spiegazione per il consumatore quando il credito è denominato in valuta estera; un esempio rappresentativo del costo totale del credito e del TAEG; l'indicazione degli eventuali ulteriori costi; le opzioni di rimborso del credito; le condizioni per il rimborso anticipato; la necessità di una perizia valutativa dell'immobile e dei costi che ne derivano per il consumatore; l'indicazione dei servizi accessori che il consumatore è obbligato ad acquistare al fine di ottenere il credito; l'indicazione delle possibili conseguenze dell'inosservanza degli impegni legati al contratto di credito.

²⁴ L'art. 14 prevede in particolare che dette informazioni vengano date "senza indebito ritardo, dopo che il consumatore ha fornito le informazioni necessarie circa le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze in conformità con l'articolo 20; e in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta." La norma si occupa anche di prevedere le modalità con le quali il professionista è tenuto ad adempiere all'obbligo informativo, introducendo il P.I.E.S (Prospetto informativo europeo standardizzato), racchiudente la sintesi delle informazioni necessarie al consumatore per effettuare una scelta consapevole.

Anche su questo punto può evidenziarsi un rapporto di continuità con la precedente disciplina consumeristica, posto che una analoga previsione di obblighi informativi personalizzati è contenuta all'art. 5 della direttiva 2008/48/CE.

L'apprendimento di detti dati, presupponendo la conoscenza delle informazioni generali di cui all'art. 13, dovrebbe consentire al consumatore di effettuare un raffronto dei crediti disponibili sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata sull'opportunità di concludere un contratto di credito.

A completamento degli obblighi precontrattuali l'art. 15 prevede una serie di informazioni relative agli stessi intermediari del credito e rappresentanti designati²⁵ e l'art. 16 dispone, infine, l'obbligo di fornire ulteriori "spiegazioni adeguate" in modo che il consumatore possa valutare se il contratto di credito e i servizi accessori proposti siano adatti alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria²⁶.

²⁵ Anche l'art. 15 prevede un catalogo minimo di informazioni che il professionista deve fornire: l'identità e l'indirizzo geografico dell'intermediario del credito; il registro in cui è iscritto, il numero di registrazione, se del caso, e i mezzi esperibili per verificare la registrazione; se l'intermediario del credito sia soggetto a vincolo di mandato o lavori a titolo esclusivo con uno o più creditori. Qualora sia soggetto a vincolo di mandato o lavori a titolo esclusivo con uno o più creditori, l'intermediario del credito fornisce il nome del creditore o dei creditori per i quali opera. L'intermediario del credito può comunicare che è indipendente se soddisfa le condizioni stabilite in conformità all'articolo 22, paragrafo 4; se l'intermediario del credito offra servizi di consulenza; il compenso che il consumatore deve versare, se del caso, all'intermediario del credito per i suoi servizi o, qualora ciò non sia possibile, il metodo per il calcolo del compenso; le procedure che consentono ai consumatori o alle altre parti interessate di presentare reclami internamente circa gli intermediari del credito e, ove opportuno, le modalità con le quali si può ricorrere alle procedure di reclamo e ricorso extragiudiziali; se del caso, l'esistenza e, se noto, l'importo di commissioni o altri incentivi che il creditore o terzi devono versare all'intermediario del credito per i suoi servizi in relazione al contratto di credito. Qualora l'importo non sia noto al momento della comunicazione, l'intermediario del credito informa il consumatore che l'importo effettivo sarà comunicato in una fase successiva nel PIES.

²⁶ L'art. 16 precisa che le spiegazioni, se del caso, comprendono in particolare: le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi dell'articolo 14 nel caso dei creditori, degli articoli 14 e 15 nel caso degli intermediari del credito o dei rappresentanti designati; le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti; gli effetti specifici che i prodotti proposti possono avere per il consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento da parte del consumatore; e quando servizi accessori sono aggregati a un contratto di credito, la precisazione se per ciascuno dei componenti del pacchetto è possibile recedere separatamente e con quali implicazioni per il consumatore.

Nel sistema di *disclosure* così delineato la dottrina ha evidenziato non soltanto la su menzionata gradualità ma anche una certa circolarità. In primo luogo, come si dirà meglio in seguito, le informazioni fornite dal consumatore sono utili alla verifica del suo merito creditizio, che costituisce altresì un adempimento del finanziatore strumentale all'espletamento dei doveri precontrattuali di informazione sullo stesso incombenti. In secondo luogo, dette informazioni sono poi, a loro volta, funzionali a consentire al consumatore il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato ed a prendere una decisione informata e consapevole sulla conclusione del contratto di finanziamento²⁷.

4. La valutazione del merito creditizio

Altro nucleo centrale della direttiva è contenuto nel capo 6, inerente la valutazione del merito creditizio del consumatore, nonché dei beni immobili residenziali.

Quanto alla valutazione della posizione del consumatore, essa attiene alle prospettive che le obbligazioni debitorie risultanti dal contratto di credito siano rispettate²⁸. In altri termini, si richiede una verifica della solvibilità del potenziale debitore, così evidenziandosi ancora una volta la *ratio* duale della direttiva, quale strumento non soltanto volto ad evitare al consumatore la stipula di contratti non economicamente sostenibili ma, altresì, a garantire l'interesse generale alla corretta allocazione delle risorse bancarie²⁹.

²⁷ T. Rumi, *op. cit.*, 77; S. Pagliantini, *op. cit.*, 532.

²⁸ Così la definizione di "valutazione del merito creditizio" fornita dall'art. 4 n. 17 della direttiva.

²⁹ Come osserva P. Sirena, *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in *I mutui ipotecari cit.*, 6 e 7. In questo senso anche G. Azadi,

Sebbene anche l'obbligo di valutazione non sia una novità nel panorama del credito al consumo, essendo già stato previsto dall'art. 8 della direttiva 2008/48/CE³⁰, la disciplina di cui agli artt. 18 e seguenti risulta essere più stringente della precedente.

Le ragioni di tale approccio differenziato sono da ricercarsi, come anticipato, nella specialità insita nella disciplina del credito immobiliare ai consumatori. Ed è lo stesso legislatore europeo a sottolinearlo nel 22° *considerando*, dove proprio in relazione alla valutazione del merito creditizio, si ravvisa l'opportunità di prevedere disposizioni più rigide rispetto al generale credito al consumo, esigendo dagli intermediari del credito informazioni più precise circa il loro *status* e le relazioni con i creditori, per portare alla luce eventuali conflitti di interesse e garantire che tutti gli operatori coinvolti nell'emissione di contratti di credito relativi a beni immobili siano sufficientemente abilitati e sottoposti a vigilanza.

La disciplina appare particolarmente rigorosa già con riferimento alle conseguenze scaturenti dalla valutazione: l'art. 18 subordina l'erogazione del credito ad una valutazione positiva, prevedendosi che il creditore eroghi il credito al consumatore solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indichino che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le

Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori, in *Giur. it.*, 2, 2015, 288 e 289; G. Rossi, *Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c'è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?*, in *Contr. impr.*, 6, 2016, 1495.

³⁰ Così recita l'art. 8: "Gli Stati membri provvedono affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente."

modalità prescritte dal contratto di credito, mentre l'art. 8 della direttiva 2008/48/CE si limita a prescrivere l'obbligo del finanziatore di effettuare la valutazione, tacendo sul collegamento con le decisioni conseguenti³¹. Ancora, il 57° *considerando* afferma che la decisione del creditore sulla opportunità di concedere il credito “dovrebbe essere coerente con l'esito della valutazione del merito creditizio³²”.

Sembrerebbe dunque emergere l'obbligo dell'intermediario di astenersi o quantomeno di dissuadere il consumatore dalla stipula di un contratto di finanziamento ove questo, alla luce delle informazioni valutate, risulti inadeguato alla sua situazione finanziaria e patrimoniale, prevenendosi così il rischio di un eventuale sovraindebitamento del consumatore³³.

Nondimeno, è pur vero che nulla viene espressamente previsto nel caso in cui il finanziatore conceda il credito nonostante una valutazione negativa del merito creditizio, rimandandosi agli Stati membri la previsione di sanzioni efficaci proporzionate e dissuasive³⁴. Al riguardo il legislatore europeo al 56° *considerando* si limita a precisare che la valutazione del merito creditizio non dovrebbe comportare il trasferimento al creditore della responsabilità del

³¹ Come osserva E. Pellicchia, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla “contrattazione con l'insolvente”*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 5, 2014, 1105.

³² In via esemplificativa il 57° *considerando* precisa che la capacità del creditore di trasferire parte del rischio di credito a terzi non dovrebbe condurlo a ignorare le conclusioni della valutazione del merito di credito, rendendo disponibile un contratto di credito a un consumatore che probabilmente non sarà in grado di rimborsarlo.

³³ P. Sirena, *op. cit.*, 7 e 8; R. Calvo, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. giur.*, 6, 2015, 824; E. Pellicchia, *op. cit.*, 1105; F. Piraino, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, *I nuovi marciani*, Torino, 2017, 158.

³⁴ Così l'art. 38 della direttiva.

consumatore per successivi inadempimenti degli obblighi derivanti dal contratto di credito³⁵.

Un profilo di particolare interesse è, poi, costituito dalla regolamentazione dei dati oggetto di valutazione. A fronte del generale richiamo operato dalla direttiva 2008/48/CE alle informazioni fornite dal consumatore durante la preparazione del contratto di credito e nell'arco della relazione commerciale, nonché alla possibilità per il finanziatore di usufruire di banche dati pertinenti³⁶, la disciplina del credito immobiliare si occupa di individuare con maggiore chiarezza i dati cui il creditore deve fare riferimento. In primo luogo, il 58° *considerando* dispone che, in linea con le raccomandazioni del Consiglio per la stabilità finanziaria, detta valutazione dovrebbe basarsi sulle informazioni riguardanti la situazione economico-finanziaria del consumatore, reddito e spese comprese. Ancora, il 55° *considerando* precisa come la capacità del consumatore di servire e rimborsare integralmente il credito dovrebbe tener 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. Dovrebbe inoltre tenere ragionevolmente conto di eventi futuri per tutta la durata del contratto di credito proposto, come

³⁵ Come evidenzia E. Pellicchia, *op. cit.*, 1110, si tratta di un'indicazione "volta a prevenire pericolosi automatismi nell'eventuale attribuzione ai creditori della responsabilità per l'inadempimento dei debitori, con ricadute negative sullo sviluppo del mercato del credito e anche sugli interessi dei consumatori, che sarebbero inevitabilmente penalizzati dall'aumento dei costi e dal conseguente inasprimento delle condizioni da parte dei finanziatori (con il rischio che consumatori che fino ad oggi hanno avuto accesso al mercato ufficiale del credito ne vengano espulsi e di fatto spinti verso circuiti illegali)."

³⁶ Così il 26° *considerando* e l'art. 9 della direttiva 2008/48/CE.

la riduzione di reddito quando la durata del credito non cessa con il pensionamento o, laddove applicabile, un aumento del tasso debitore o oscillazioni negative del tasso di cambio.

Quanto alle fonti da cui trarre le su indicate informazioni, in linea con la precedente normativa, l'art. 20 precisa che esse sono ottenute da fonti interne ed esterne, tra cui il consumatore stesso, fatta salva l'opportuna verifica da parte del creditore prima della concessione del finanziamento.

A ben vedere sembrerebbe, dunque, sussistere in capo al consumatore un obbligo di fornire dati veritieri ed utili a facilitare il compito del creditore. E' possibile pervenire a tale conclusione non soltanto interpretando la normativa alla luce dei generali canoni di buona fede e correttezza, bensì anche in virtù di quanto affermato nel su richiamato 58° *considerando*, a mente del quale la mancata comunicazione dei dati conduce al probabile rifiuto del credito richiesto, a meno che le informazioni possano essere ottenute altrimenti. Inoltre, si precisa che se “è vero che non sarebbe opportuno applicare sanzioni a un consumatore che non fosse in grado di fornire determinate informazioni o valutazioni o che decidesse di interrompere la procedura di ottenimento di un credito, gli Stati membri dovrebbero comunque poter prevedere sanzioni nei casi in cui i consumatori forniscano consapevolmente informazioni incomplete o scorrette per ottenere una valutazione positiva del loro merito creditizio, in particolare quando informazioni complete e corrette avrebbero portato ad una valutazione negativa, e non siano pertanto nella condizione di rispettare i termini del contratto”.

4.1 *Segue: la valutazione degli immobili*

La valutazione attiene anche a beni immobili utili ai fini della concessione dei crediti ipotecari.

L'art. 19 innanzitutto impone agli Stati membri di garantire l'elaborazione e l'utilizzo, da parte dei creditori o di eventuali periti terzi, di *standard* affidabili ai fini della concessione dei crediti ipotecari³⁷. Si prevede, altresì, l'ulteriore obbligo per gli Stati di provvedere affinché i periti interni ed esterni che conducono le valutazioni siano competenti sotto il profilo professionale e sufficientemente indipendenti dal processo di sottoscrizione del credito in modo da poter fornire una valutazione imparziale ed obiettiva³⁸.

La direttiva si pone, inoltre, il problema di evitare che la valutazione del bene immobile influisca sulla valutazione del merito creditizio al punto da far sì che il giudizio del finanziatore trascenda dall'effettiva sostenibilità dell'operazione economica per il consumatore, fondandosi esclusivamente sul valore del bene immobile. Pertanto, il 55° *considerando* specifica che, sebbene tale valore sia un elemento importante nella valutazione dell'importo del credito che può

³⁷ In merito all'affidabilità, il 26° *considerando* precisa, che “per essere considerati affidabili gli standard di valutazione dovrebbero tenere conto degli standard di valutazione riconosciuti a livello internazionale, in particolare quelli sviluppati dall'*International Valuation Standards Committee*, dall'*European Group of Valuers' Associations* o dal *Royal Institution of Chartered Surveyors*.” Ciò in quanto “Tali standard di valutazione riconosciuti a livello internazionale contengono principi di alto livello che, tra l'altro, impongono ai creditori di adottare e seguire adeguate procedure interne di gestione del rischio e delle garanzie — comprendenti processi rigorosi di valutazione —, di adottare standard e metodi di valutazione che consentano stime realistiche e circostanziate dei beni immobili, al fine di assicurare che tutte le relazioni di valutazione siano redatte con la competenza e la diligenza professionali dovute, che i valutatori rispondano a determinati requisiti in materia di qualifiche e che sia conservata un'adeguata documentazione sulla valutazione delle garanzie esauriente e plausibile.”

³⁸ La valutazione deve essere documentata su supporto durevole e deve essere conservato un esemplare dal creditore.

essere concesso al consumatore, la valutazione del merito creditizio dovrebbe basarsi sulla sola capacità del consumatore di far fronte ai propri obblighi nei termini del contratto, con la conseguenza che la possibilità che il valore del bene immobile possa superare l'importo del credito o possa aumentare in futuro non dovrebbe costituire in generale condizione sufficiente per concedere il credito in questione.

5. I diritti del consumatore nella fase esecutiva del contratto

Particolare attenzione merita il capo 10, rubricato “Buona esecuzione dei contratti di credito e diritti connessi”.

Tra i diritti riconosciuti al consumatore nella fase esecutiva del rapporto, l'art. 25 prevede innanzitutto il diritto all'estinzione anticipata del mutuo, consentendosi al debitore di adempiere in tutto o in parte agli obblighi che gli derivano dal contratto di credito prima della scadenza. La convenienza per il consumatore è evidente posto che la norma prevede il “diritto ad una riduzione del costo totale del credito al consumatore, che riguarda gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto”.

Al fine di consentire al consumatore di conoscere tale diritto e gli effetti giuridici che ne derivano, il legislatore prescrive un ulteriore obbligo informativo a carico del finanziatore. Quest'ultimo sarà tenuto a fornire alla controparte, senza indugio dopo la ricezione della sua richiesta, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, le informazioni necessarie per prendere in considerazione tale opzione, tra cui devono figurare, in particolare, le implicazioni per il consumatore

in caso di adempimento dei suoi obblighi prima della scadenza del contratto di credito.

Come è agevole notare, se l'esecuzione anticipata risulta vantaggiosa per il consumatore, è parimenti evidente il pregiudizio per il creditore, il quale viene privato proprio del diritto alla maturazione di ulteriori interessi, sulla cui aspettativa si fondano numerose valutazioni in merito alla convenienza dell'erogazione del finanziamento nell'ambito dell'attività bancaria³⁹.

Pertanto la norma in esame, al fine di bilanciare le posizioni delle parti, prevede la possibilità per gli Stati membri di individuare restrizioni temporali all'esercizio del diritto, un trattamento diverso a seconda del tipo di tasso debitore o del momento in cui il consumatore esercita il diritto, o restrizioni relative alle condizioni alle quali il diritto può essere esercitato. Inoltre, è consentito agli Stati di prevedere che il creditore abbia diritto, laddove giustificato, ad un indennizzo equo e obiettivo per gli eventuali costi direttamente connessi al rimborso anticipato, comunque non superiore alla perdita economica sofferta⁴⁰.

Un ulteriore diritto riconosciuto al consumatore dall'art. 27, è quello di essere informato in caso di eventuali modifiche del tasso debitorio, sempre tramite comunicazione su supporto cartaceo o altro supporto durevole, prima che decorrano gli effetti della modifica. In particolare, l'informazione deve comprendere almeno l'importo dei pagamenti da effettuare dopo che il nuovo tasso debitore sia divenuto

³⁹ Come osserva G. Donadio, commento sub. art. 25, in *I mutui ipotecari cit.*, 450.

⁴⁰ Sempre in riferimento all'indennizzo l'art. 25 specifica gli Stati membri possono prevedere che esso non possa superare un determinato livello o sia consentito soltanto per un certo periodo. Viene invece esclusa la possibilità di imporre una sanzione penale al consumatore.

applicabile e, se il numero o la frequenza dei pagamenti sono modificati, i relativi dettagli.

Le due disposizioni analizzate pongono, dunque, a carico del finanziatore obblighi informativi anche a seguito della stipula del contratto, al fine di assicurare un livello di trasparenza che affonda comunque le basi sempre nella fase precontrattuale del rapporto, nella quale il consumatore deve essere reso edotto dell'esistenza o meno di una certa flessibilità nel corso del contratto di credito⁴¹.

6. La fase patologica del rapporto

Dell'eventuale fase patologica del rapporto si occupa l'art 28, definito un vero "Giano bifronte" posto che per un verso, incide sulle condizioni economiche del rapporto contrattuale in caso di inadempimento e, per altro verso, sull'inadempimento dell'obbligazione⁴².

Quanto al primo profilo, è data la possibilità agli Stati membri di prevedere che, qualora al creditore sia consentito definire e imporre al consumatore oneri derivanti dall'inadempimento, tali oneri non siano superiori a quanto necessario per compensare il creditore dei costi sostenuti a causa dell'inadempimento. Ai creditori può inoltre essere

⁴¹ Il 67° *considerando* precisa, con riferimento alle modifiche del tasso debitorio, che "Gli Stati membri dovrebbero poter mantenere o introdurre restrizioni o divieti relativi a modifiche unilaterali del tasso debitorio apportate dal creditore. Gli Stati membri dovrebbero poter prevedere che, qualora il tasso debitorio subisca modifiche, i consumatori abbiano diritto a ricevere una tabella di ammortamento aggiornata."

⁴² A. Bertolini, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi de fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2, 2016, 329.

data la possibilità di imporre ulteriori oneri aggiuntivi, a patto che sia fissato un limite massimo.

Quanto al secondo profilo, si richiede innanzitutto agli Stati membri di adottare misure volte a consentire un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia. La *ratio* è evidenziata dallo stesso legislatore europeo al 27° *considerando*, in cui si richiamano le conseguenze significative di un pignoramento per creditori, consumatori e, potenzialmente, per la stabilità finanziaria e si ritiene opportuno che i finanziatori siano incoraggiati ad affrontare in maniera proattiva il rischio di credito emergente in una fase precoce, compiendo ragionevoli sforzi per risolvere la situazione con altri strumenti prima di dare avvio a procedure di pignoramento⁴³.

Ma a ben vedere, le disposizioni di maggiore impatto sono contenute nei successivi commi dell'art. 28.

In primo luogo, il quarto comma impone agli Stati membri di non impedire alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento dell'immobile oggetto della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale sia sufficiente a rimborsare il credito. In altre parole, si consente al finanziatore di rivalersi sul bene vincolato in garanzia tramite il trasferimento diretto della proprietà o tramite l'attribuzione della

⁴³ Il 27° *considerando* prosegue precisando che “Ove possibile è opportuno trovare soluzioni che tengano conto delle circostanze concrete e dei bisogni ragionevoli del consumatore in termini di spese di sostentamento. Qualora dopo la procedura di pignoramento permangano debiti residui, gli Stati membri dovrebbero garantire condizioni minime di sussistenza e porre in essere misure che facilitino il rimborso evitando, al contempo, il sovraindebitamento a lungo termine.”

legittimazione a vendere il bene trattenendo il ricavato nei limiti dell'inadempimento, così realizzandosi un vero e proprio strumento convenzionale di autotutela esecutiva⁴⁴.

La *ratio* sottesa alle disposizioni in esame è evidente: evitare al finanziatore le lungaggini processuali proprie delle procedure esecutive ordinarie, sempre meno idonee al raggiungimento del suo interesse creditizio.

Tuttavia, al fine di contemperare gli interessi in gioco e bilanciare le posizioni delle parti, la facoltà di attivare questa forma di autotutela, che deve essere comunque espressamente prevista dal contratto, è sottoposta ad una serie di condizioni volte ad evitare che il suo utilizzo risulti dannoso per il consumatore. Invero, lo stesso quarto comma sembra introdurre una limitazione della responsabilità patrimoniale al valore del bene dato in garanzia, nella parte in cui prevede che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale debba ritenersi sufficiente a rimborsare il credito, così riferendosi implicitamente anche all'ipotesi in cui il valore del bene o la somma ricavata risulti inferiore al debito residuo⁴⁵.

Inoltre, il quinto comma prevede l'obbligo per gli Stati membri di predisporre procedure o misure intese a consentire l'ottenimento del miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia. Ed ancora, si precisa che, ove a seguito di una procedura esecutiva

⁴⁴ A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2017, 1398; M. Astone, *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2017, 733.

⁴⁵ In questo senso F. Piraino, *op. cit.*, 175, che rileva come il debitore risulti soggetto due volte debole, sia in quanto consumatore, sia in quanto bisognoso dell'erogazione del credito.

rimanga un debito residuo, gli Stati membri assicurano che siano poste in essere misure intese a facilitare il rimborso al fine di proteggere i consumatori.

Senza voler anticipare quanto si dirà in seguito, occorre accennare alla portata innovativa delle disposizioni in esame, che sembrano codificare espressamente il c.d. patto marciano, convenzione atipica che consente il trasferimento della proprietà del bene dato in garanzia, salva la corresponsione al debitore dell'eventuale differenza tra ammontare del credito e maggior valore del bene.

Com'è noto, tradizionalmente si dibatte in ordine al rapporto tra detto patto e il divieto di patto commissorio, ovvero il patto, nullo ai sensi dell'art. 2744 c.c., con cui si conviene, in caso di inadempimento, il trasferimento della proprietà del bene dato in garanzia.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, pur in assenza di una generale previsione codicistica, l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale è nel senso di ritenere il patto marciano uno strumento utile a ripristinare l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e ad evitare che il debitore, in caso di inadempimento, subisca un pregiudizio dal trasferimento al creditore del bene in garanzia⁴⁶.

Un discorso analogo può farsi, poi, con riferimento anche ad altri ordinamenti europei. Si pensi al BGB, in cui le previsioni normative del divieto, §§ 1149 e 1229, vengono parzialmente disattese mediante

⁴⁶ *Ex multis*, C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, 218; M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, 217 e ss. In giurisprudenza da ultimo Cass. civ., sez. I, ord. n. 13305 del 28 maggio 2018, in www.iusexplorer.it, che fa un breve quadro dei precedenti giurisprudenziali (riferiti al contratto di *sale and lease back*) per ribadire la legittimità del patto marciano.

applicazioni riduttive da parte della dottrina e della giurisprudenza⁴⁷. Ed ancora, si pensi all'ordinamento francese in cui con il tempo la rigidità del divieto si è stemperata al punto che, a seguito della riforma avutasi con l'*Ordonnance n. 2006-346 du 23 mars 2006*, il *code civil*, gli artt. 2348, 2459 e 2460 di fatto non sanciscono più l'ammissibilità del vero e proprio patto commissorio (che continua implicitamente a ritenersi vietato), bensì il ritorno del patto marciano⁴⁸.

Eccettuati i casi in cui il marciano è già legislativamente previsto, è stato dunque lasciato il compito ai legislatori nazionali di scegliere se introdurre una deroga al succitato divieto di patto commissorio o limitarsi a fare ricorso alla prevalente interpretazione delle norme esistenti.

⁴⁷ Come evidenzia A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2017, 11.

⁴⁸ G. D'Amico, *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012, 597 e 598.

CAPITOLO II

I contratti di credito immobiliare ai consumatori

Sommario: 1. Il livello di armonizzazione – 2. L’attuazione della direttiva ad opera del d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 – 3. I contratti di credito: il problema della tipizzazione – 3.1 *Segue*: la funzione di finanziamento – 3.2 *Segue*: la rilevanza dei beni immobili residenziali – 4. Le singole tipologie contrattuali rientranti nell’ambito applicativo. a) Il contratto di mutuo – 4.1 b) Il contratto di apertura di credito bancario - 4.2 c) Il *leasing* immobiliare abitativo, il *rent to buy* e la vendita con riserva di proprietà

1. Il livello di armonizzazione

Tenuto conto della difficoltà di ravvicinare le legislazioni degli Stati membri, caratterizzate da differenze sostanziali in relazione alle condizioni del mercato, soprattutto in ordine alla struttura e agli operatori del credito, alle categorie dei prodotti disponibili e alle procedure per la concessione del finanziamento⁴⁹, la direttiva 2014/17/UE ha adottato due distinti livelli di armonizzazione.

Si è innanzitutto previsto un livello di armonizzazione minima ove si è ritenuto opportuno tener conto delle suddette peculiarità del credito immobiliare, pur garantendo un livello adeguato di protezione del consumatore.

A tal fine, l’art. 2, rubricato per l’appunto “Livello di armonizzazione”, al primo comma lascia liberi gli Stati di mantenere o introdurre disposizioni più stringenti per tutelare i consumatori, a condizione che tali disposizioni siano coerenti con i loro obblighi ai sensi del diritto dell’Unione.

⁴⁹ Così il 7° *considerando*.

Sono, poi, rintracciabili nel testo diversi punti in cui agli Stati membri sono garantiti ampi e diffusi margini di discrezionalità⁵⁰. In via esemplificativa si pensi all'art. 7, nella parte in cui prevede che “Gli Stati membri possono vietare o imporre restrizioni ai pagamenti da un consumatore a un creditore o a un intermediario del credito prima della conclusione di un contratto di credito.” O ancora, all'art. 25 il quale, in tema di esecuzione anticipata, dispone che “gli Stati membri possono prevedere che il creditore abbia diritto, laddove giustificato, ad un indennizzo equo e obiettivo per gli eventuali costi direttamente connessi al rimborso anticipato, ma non impongono una sanzione penale al consumatore.”

Diversamente, si è imposta una piena armonizzazione per le disposizioni atte a garantire un livello elevato ed equivalente di protezione dei consumatori⁵¹.

E per tale motivo il secondo comma dell'art. 2 impone armonizzazione massima con riguardo ai contenuti delle informazioni precontrattuali di cui al prospetto informativo europeo standardizzato e alle modalità di calcolo del Taeg.

A ben vedere, si tratta proprio degli aspetti che, disciplinati in modo uniforme, assicurano una maggiore trasparenza dei contratti di credito e, al contempo, lo sviluppo di un mercato creditizio più competitivo ed efficiente⁵².

⁵⁰ Come osserva P. L. Fausti, *La nuova direttiva 2014/17 sul credito residenziale riguarda solo i consumatori?* in *I mutui ipotecari cit.*, 40.

⁵¹ Così il 7° *considerando*.

⁵² Come osserva T. Rumi, *op. cit.*, 72.

2. L'attuazione della direttiva ad opera del d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72

Il legislatore italiano ha dato attuazione alla direttiva con il decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72, introducendo nel Titolo VI del decreto legislativo 1 settembre 1993 n. 385, Testo unico bancario, il capo I *bis* in materia di “Credito immobiliare ai consumatori”⁵³.

La scelta di dare attuazione alla normativa comunitaria modificando il Testo unico bancario non aveva trovato in passato la dottrina concorde. Alcuni autori avevano osservato, con riguardo all'attuazione della precedente direttiva sul credito al consumo, come sarebbe stato più opportuno introdurre la relativa disciplina all'interno del codice del consumo, in ragione del contenuto marcatamente consumeristico della stessa⁵⁴.

A sostegno di tale tesi si sottolineavano, altresì, le scelte dei legislatori europei ed, in particolare, francese e tedesco i quali, già con riferimento all'attuazione della direttiva 2008/48/CE, avevano inteso mantenere l'unitarietà della disciplina del credito al consumo. Scelta poi confermata anche in sede di attuazione della disciplina sul credito immobiliare ai consumatori.

⁵³ L'attuazione della direttiva ha inoltre comportato ulteriori modifiche al D.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, attuativo della Direttiva 2008/48/CE.

⁵⁴ M. Gorgoni, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II titolo VI tub, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, in *Giur. mer.*, 2, 2011, 331; G. De Cristofaro, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contr.*, 11, 2010, 1049, che con riferimento al recepimento della direttiva 2008/48/CE all'interno del testo unico bancario ha ritenuto la scelta legislativa “in palese contraddizione con la decisione stessa di creare un «codice» del consumo, che per essere autenticamente tale dovrebbe a rigore essere completo e contenere pertanto (almeno) tutte le disposizioni vigenti nel nostro ordinamento il cui ambito di applicazione, sotto il profilo soggettivo, sia circoscritto a (categorie più o meno ampie di) contratti conclusi da “consumatori” con “professionisti””.

Invero, in Francia il recepimento delle due direttive ha comportato la diretta modifica del *Code de la Consommation*⁵⁵. In Germania, ove la disciplina consumeristica trova una regolamentazione unitaria all'interno del BGB, il legislatore ha inciso direttamente nel relativo capo disciplinando il credito immobiliare ai consumatori nei parr. 491-515 del BGB, in cui si rinviene anche la generale disciplina del credito al consumo⁵⁶.

Nondimeno, la scelta del legislatore italiano è sostenuta da quella parte di dottrina che trae dalla collocazione della disciplina nel Testo unico bancario una funzione di sollecitazione delle autorità di vigilanza a perseguire anche finalità di tutela del consumatore-risparmiatore, garantendosi, altresì, al consumatore di godere del maggiore *enforcement* rappresentato dai controlli di vigilanza sul rispetto della relativa disciplina⁵⁷. Ciò a conferma della tendenza per cui, sebbene la

⁵⁵ Il recepimento della disciplina del credito immobiliare ai consumatori è avvenuto ad opera dell'*ordonnance n. 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation*, consultabile in lingua originale su <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/3/25/FCPT1520257R/jo/texte>.

⁵⁶ Il recepimento della direttiva è avvenuto ad opera del provvedimento 84/16 del 18 febbraio 2016 *Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften*, consultabile in lingua originale su: <https://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2016/0084-16.pdf>.

⁵⁷ G. Carriero, *Brevi note sulla delega per l'attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*, in *Contr.*, 12, 2009, 1148. Sul punto G. De Cristofaro, *op. cit.*, 1049, obietta come “tali considerazioni hanno un indiscutibile valore soltanto per gli aspetti “pubblicistici” della disciplina del credito al consumo, i cui profili civilistici avrebbero invece richiesto una collocazione nel cod. cons. ed un migliore e più razionale coordinamento con le restanti discipline in quest'ultimo inserite. Nulla avrebbe invero impedito di introdurre la disciplina privatistica del credito al consumo nel cod. cons. riservando alla Banca d'Italia i poteri di vigilanza e controllo, inibitori e sanzionatori oggi contemplati dall'artt. 128, 128-ter e 144 t.u. bancario. Questo, d'altra parte, è esattamente quanto è accaduto con la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, che è stata (giustamente) inserita negli artt. 18 ss. cod. cons. nonostante il potere di accertare le relative violazioni in funzione dell'adozione delle misure inibitorie e ripristinatorie e dell'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie sia stato riservato in via esclusiva all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 27 cod. cons.).”

vigilanza bancaria sia stata tradizionalmente concepita al fine di garantire la stabilità finanziaria delle banche e del sistema bancario nel suo complesso, laddove il diritto privato serve a tutelare interessi individuali, non può non aversi riguardo ai contesti specifici nei quali la vigilanza bancaria si è andata nel tempo sovrapponendo chiaramente a discipline giuridiche privatistiche, tanto più a seguito della progressiva realizzazione dell'Unione bancaria⁵⁸.

3. I contratti di credito: il problema della tipizzazione

L'ambito applicativo del decreto è delineato dal combinato disposto degli artt. 120 *quinquies* e 120 *sexies* t.u.b.

Ai sensi dell'art. 120 *sexies* t.u.b. le disposizioni del Capo I *bis* si applicano a tutti i contratti di credito comunque denominati, fatte salve alcune eccezioni⁵⁹. La definizione di contratto di credito è, poi,

⁵⁸ P. Sirena, *op. cit.*, 4; in questo senso anche A. Zoppini, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca borsa*, 1, 2012, 26 e ss.

⁵⁹ La disposizione richiama: "a) contratti di credito in cui il finanziatore: 1) concede una tantum o periodicamente una somma di denaro o eroga credito sotto altre forme in cambio di una somma derivante dalla vendita futura di un bene immobile residenziale o di un diritto reale su un bene immobile residenziale; e 2) non chiede il rimborso del credito fino al verificarsi di uno o più eventi specifici afferenti la vita del consumatore, salvo in caso di violazione, da parte del consumatore, dei propri obblighi contrattuali che consenta al finanziatore di domandare la risoluzione del contratto di credito; b) contratti di credito mediate i quali un datore di lavoro, al di fuori della sua attività principale, concede ai dipendenti crediti senza interessi o a un TAEG inferiore a quello prevalente sul mercato e non offerti al pubblico in genere; c) contratti di credito, individuati dalla legge, relativi a prestiti concessi a un pubblico ristretto, con finalità di interesse generale, che non prevedono il pagamento di interessi o prevedono tassi inferiori a quelli prevalenti sul mercato oppure ad altre condizioni più favorevoli per il consumatore rispetto a quelle prevalenti sul mercato e a tassi debitori non superiori a quelli prevalenti sul mercato; d) contratti di credito in cui il credito è concesso senza interessi o ulteriori oneri, a esclusione di quelli per il recupero dei costi direttamente connessi all'ipoteca; e) contratti di credito nella forma dell'apertura di credito, qualora il credito sia da rimborsare entro un mese; f) contratti di credito risultanti da un accordo raggiunto davanti a un giudice o altra autorità prevista dalla legge; g) contratti di credito relativi alla dilazione, senza spese, del pagamento di un debito esistente, se non comportano l'iscrizione di un'ipoteca; h) contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale; i)

contenuta all'art. 120 *quinquies* t.u.b.: il contratto “con cui un finanziatore⁶⁰ concede o si impegna a concedere a un consumatore⁶¹ un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria, quando il credito è garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali o è finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato”.

In linea di continuità con la precedente normativa consumeristica è agevole constatare come la formulazione utilizzata sia analoga a quella contenuta nell'art. 121 t.u.b., attuativo della direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo⁶². Inoltre, la definizione riprende quasi fedelmente l'art. 3 comma 1 della direttiva. Il legislatore interno non ha, dunque, fatto uso della possibilità, attribuita dal 13° *considerando*, di estendere l'ambito applicativo anche oltre le previsioni della stessa⁶³.

contratti di credito in cui la durata non è determinata o in cui il credito deve essere rimborsato entro dodici mesi ed è destinato ad essere utilizzato come finanziamento temporaneo in vista di altre soluzioni per finanziarie l'acquisto della proprietà di un bene immobile.”

S. Bellettato, *Obblighi informativi del finanziatore e misure di tutela del consumatore: la disciplina attuativa della Direttiva n. 2014/17/UE*, in *Studium iuris*, 3, 2017, 294, osserva che “la *ratio* di tale deroga, che prende in considerazione sia alcuni specifici contratti di credito, sia particolari condizioni contrattuali caratterizzanti il finanziamento, si rinviene nel 17° *considerando* della Direttiva, il quale nel definire «di nicchia» detti contratti, ne evidenzia la diversità per natura e rischi rispetto ai crediti ipotecari «standard», necessitando, pertanto, di «un intervento ad hoc»”.

⁶⁰ Definito dal medesimo articolo come “soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito.”

⁶¹ Definito, con formulazione analoga al disposto di cui all'art. 3 del D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo, come “una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”.

⁶² L'articolo definisce infatti il contratto di credito quale “contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria”.

⁶³ Come sottolinea D. Farace, commento sub art. 1, in *I mutui ipotecari cit.*, 119.

Vista l'ampia definizione di contratto di credito adottata, appare necessario approfondire se la disciplina in esame abbia inteso creare una nuova tipologia contrattuale o se si sia in presenza di una categoria negoziale cui siano riconducibili una pluralità di fattispecie.

E' opinione diffusa in dottrina che in materia consumeristica il legislatore europeo tenda ad adottare una normativa che prescinde dal tipo contrattuale, optando per discipline "transtipiche" in quanto idonee a regolamentare più fattispecie negoziali⁶⁴. Si è affermato che non è, dunque, il tipo contrattuale il livello di intervento, bensì il gruppo di contratti, la famiglia (non nucleare) di contratti⁶⁵.

Tali considerazioni sono state svolte in passato con riferimento alla disciplina della vendita dei beni di consumo⁶⁶, in cui il legislatore non si è limitato ad approntare una regolamentazione del solo contratto di vendita bensì, per un verso, ha espressamente equiparato, a fini applicativi, altre fattispecie contrattuali alla vendita (permuta,

Così il 13° *considerando*: "Sebbene disciplini contratti di credito che si riferiscono unicamente o principalmente a beni immobili residenziali la presente direttiva non osta a che gli Stati membri estendano le misure adottate in conformità della stessa per proteggere i consumatori con riguardo a contratti di credito relativi ad altre forme di beni immobili, o disciplinino altrimenti tali contratti di credito."

⁶⁴ *Ex multis* C. M. Bianca, *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2015, 375; S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, 153 e ss., il quale evidenzia come questa tecnica è "incentrata sull'aggiramento della fattispecie o, come pure si è detto, addirittura conduce alla <<perdita della fattispecie>>: un radicale allontanamento dalla descrizione di quel *fatto* o da quei fatti cui la norma giuridica ricollega determinati *effetti* giuridici"; Con riferimento ai contratti del consumatore E. Gabrielli A. Orestano, voce *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2000, 226.

⁶⁵ G. De Nova, *La ricezione della direttiva sulle garanzie della vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 764.

⁶⁶ La vendita dei beni di consumo è stata oggetto della direttiva 99/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, consultabile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999L0044&from=IT>.

La direttiva ha avuto attuazione ad opera del decreto legislativo 2 febbraio 2002, n. 24, con l'iniziale introduzione nel codice civile del paragrafo § 1-*bis* (artt. da 1519-*bis* a 1519-*nonies*) nella sezione dedicata alla vendita di cose mobili. Successivamente la disciplina è transitata nel codice del consumatore, agli artt. 128 e ss.

somministrazione, appalto e contratto d'opera) e, per altro verso, ha consentito l'individuazione di altri negozi non espressamente menzionati ma concretamente determinabili sulla base del criterio inclusivo dell'appartenenza alla categoria dei contratti "finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre"⁶⁷. Si è dunque sostenuta la riconducibilità della disciplina in esame ad un gruppo di contratti, determinati (vendita, permuta, somministrazione, appalto e contratto d'opera) o determinabili (tutti quelli finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre), costituenti una categoria per il fatto stesso di essere sottoposti al medesimo trattamento giuridico⁶⁸. Analoghe considerazioni sono, poi, state effettuate con riguardo alla disciplina del credito al consumo⁶⁹, definita anch'essa transtipica in quanto destinata a trovare applicazione in una pluralità di differenti tipologie di contratti e pattuizioni il cui comune denominatore è rappresentato dalla causa di finanziamento⁷⁰.

⁶⁷ L'art. 128 comma 1 secondo periodo cod. cons. così recita: "A tali fini ai contratti di vendita sono equiparati i contratti di permuta e di somministrazione nonché quelli di appalto, di opera e tutti gli altri contratti comunque finalizzati alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre."

⁶⁸ F. Addis, *Tradizione e innovazione nella vendita di beni di consumo: unità e frammentazione nel sistema delle garanzie*, in *Giust. civ.*, 6, 2004, 323 e ss.; F. Addis, *La vendita di beni di consumo*, in *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, in *Contratto e responsabilità* a cura di G. Vettori, Padova, 2013, 1126.

⁶⁹ In attuazione della direttiva 2008/48/CE il d.lgs. n. 141 del 13 agosto 2010 ha inserito la relativa disciplina nel Testo unico bancario novellando il capo II del titolo VI (artt. 121 e ss.)

⁷⁰ G. De Cristofaro, *op. cit.*, 1050; L. Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2009, 789; M. Gorgoni, voce *Contratto di credito al consumatore cit.*, 252; A. Costa, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *I contratti del consumatore, Istituti di diritto civile*, a cura di Guido Alpa, Milano, 2014, 928; L. Antonioli, voce *Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2011, 208 e ss.

Infine, vi è poi chi, sempre ribadendo il carattere della trasversalità, ritiene che si intenda tipizzare l'operazione economica, dettando una disciplina che si compone di frammenti della regolamentazione di singoli tipi⁷¹.

Alla luce della tendenza su delineata e vista l'ampia definizione normativa di contratto di credito ancora una volta adottata dal legislatore europeo e nazionale, sembra che anche con riferimento al credito immobiliare ai consumatori si sia inteso individuare una disciplina applicabile ad un gruppo contrattuale, ovvero ad una pluralità di fattispecie accomunate dalla funzione di finanziamento⁷².

Si può pervenire a tale conclusione non soltanto in ragione della su richiamata definizione di contratto di credito, ma altresì avuto riguardo alla *ratio* sottesa alla normativa, ovvero la creazione di un mercato finanziario stabile e "responsabile" e il rafforzamento della fiducia dei consumatori. A ben vedere risulta evidente come tale obiettivo sia maggiormente raggiungibile ampliando l'ambito applicativo sino a ricomprendere una pluralità di fattispecie negoziali eterogenee che direttamente o indirettamente consentono di realizzare il finanziamento del consumatore⁷³.

⁷¹ Sulla tendenza del legislatore a tipizzare l'operazione economica piuttosto che la tipologia contrattuale si rinvia a E. Gabrielli, *Operazione economica e teoria del contratto*, Milano, 2013, 186. In questo senso anche M. Gorgoni, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori cit.*, 331.

⁷² T. Rumi, *op. cit.*, 72. S. Mazzamuto, *op. cit.*, 561; S. Cordopatri, commento sub art. 3, in *I mutui ipotecari cit.*, 131; S. Cherti, L. Follieri, C. Verde, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *I contratti bancari* a cura di F. Piraino e S. Cherti, Torino, 2016, 199, i quali sottolineano come spetti all'interprete e alla giurisprudenza nazionale ed europea il compito di individuare le tipologie negoziali assoggettabili alle nuove regole.

⁷³ L. Modica, *op. cit.*, 789, che nondimeno osserva come detto approccio costringa "ad un costante attingimento alle discipline interne, che, modellate sul tipo, divengono adattabili all'operazione di credito solo attraverso l'accurato filtro dell'interpretazione." Sulla maggiore utilità di un approccio che prescinde dal tipo anche S. Mazzamuto, *op. cit.*, 154,

Da ultimo, un'ulteriore conferma può rinvenirsi anche dall'analisi del dato testuale: si pensi al richiamo ai "contratti" di credito effettuato dall'art. 120 *noviesdecies* t.u.b. e dall'art. 120 *sexies* t.u.b., nonché all'elenco, contenuto in quest'ultimo articolo, delle tipologie contrattuali non rientranti nell'ambito applicativo del decreto.

E non può non tenersi conto della direttiva, il cui 15° *considerando* richiama una pluralità di fattispecie contrattuali, specificando che la normativa dovrebbe applicarsi "ai crediti garantiti da beni immobili, indipendentemente dalle finalità del credito, ai contratti di rifinanziamento o altri contratti di credito che aiutano chi abbia la proprietà integrale o parziale di un bene immobile o di un terreno a mantenerla e ai crediti utilizzati per acquistare un bene immobile in alcuni Stati membri."

3.1 Segue: la funzione di finanziamento

La pluralità di fattispecie negoziali rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina sono accomunate, oltre che dall'elemento soggettivo, dato dalla qualifica delle parti come consumatori e professionisti, dalla causa e dal rilievo assunto dai beni immobili residenziali.

Con riferimento all'elemento causale occorre dar conto della sussistenza di diversi orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in ordine alla definizione e qualificazione dei contratti aventi causa di

che osserva come "gli obiettivi del mercato unico impongono più semplicemente interventi *imperativi* per quei *gruppi di contratti* ove può annidarsi un momento distorsivo della concorrenza".

finanziamento, avuto riguardo altresì alla mancanza di univocità nella scelta della terminologia tra “credito” e “finanziamento”⁷⁴.

Secondo una prima impostazione dottrinale i contratti di credito tenderebbero in generale alla realizzazione dell'incremento temporaneo delle risorse di una parte, mentre i contratti di finanziamento ne costituirebbero una *species*, in quanto l'attribuzione sarebbe legata ad un'utilizzazione delle disponibilità per un fine concordato fra le parti o legalmente tipizzato⁷⁵. In altri termini, si sarebbe in presenza di un contratto di finanziamento solo ove l'attribuzione del capitale in godimento fosse finalizzata ad uno scopo o ad una destinazione specifica che entra a far parte del nucleo causale del rapporto negoziale⁷⁶.

Un distinto orientamento sposa una più ampia accezione di negozi di finanziamento, ritenendo inaccettabile qualificare come tali i soli contratti con utilizzazione obbligata dei mezzi finanziati approntati da una parte⁷⁷. Ai fini della qualificazione del contratto come di finanziamento occorrerebbe, dunque, verificare la sussistenza della mera messa a disposizione dei mezzi finanziari con il relativo obbligo di restituzione⁷⁸, mentre l'obbligo a carico del finanziato di destinare la somma ottenuta ad un dato scopo andrebbe ad aggiungersi ad una struttura causale preesistente.

⁷⁴ Per un più ampio approfondimento sul punto si rimanda a R. Clarizia, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, Torino, 1989, 28 e ss.

⁷⁵ M. Fragali, voce *Finanziamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 617 e ss.

⁷⁶ A. Galasso, voce *Credito (contratti di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1989, 25 e ss.

⁷⁷ In questo senso R. Clarizia, *op. cit.*, 34 e ss., il quale sottolinea come “al termine finanziamento, e quindi alla stessa causa di finanziamento, viene dunque assegnato un significato ampio, ma comunque distinto dallo <<scambio>> e dal <<godimento>>.”

⁷⁸ R. Clarizia, *op. cit.*, 35.

L'utilizzo di detta ampia accezione di causa di finanziamento consentirebbe poi di individuare all'interno della categoria la *species* dei contratti di "credito" con riferimento ai negozi stipulati con il finanziatore – banca⁷⁹.

Quest'ultima impostazione, preferibile, sembrerebbe essere supportata dalla granitica giurisprudenza di legittimità e di merito che qualifica il contratto di *leasing* di godimento come "contratto avente funzione di finanziamento rispetto a beni non idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto e a fronte di canoni che configurano esclusivamente il corrispettivo dell'uso dei beni stessi"⁸⁰. Invero, il *leasing* realizza la mera anticipazione di un capitale pari al prezzo di acquisto di un bene da parte del concedente, da cui discende il sorgere di un obbligo di restituzione, maggiorato degli interessi, in capo all'utilizzatore medesimo. Ove, diversamente, si accedesse alla tesi secondo cui la causa di finanziamento sia ravvisabile solo ove venga pattuita una determinata utilizzazione non si comprenderebbe la ragione di tale qualificazione pretoria⁸¹.

Da ultimo, secondo un'ulteriore tesi non sussisterebbe una concreta differenza tra la causa di credito e la causa di finanziamento, trattandosi in ogni caso di funzione volta a realizzare l'incremento temporaneo delle risorse di una parte⁸².

⁷⁹ R. Clarizia, *op. cit.*, 36.

⁸⁰ *Ex multis* Cass. civ. n. 18777 del 28 luglio 2017 in *www.iusexplorer.it*; Cass. civ. n. 19532 del 30 settembre 2015 in *www.iusexplorer.it*; Cass. civ. n. 7212 del 27 marzo 2014 in *www.iusexplorer.it*.

⁸¹ R. Clarizia, *op. cit.*, 35.

⁸² In questo senso A. Luminoso, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento di credito*, Milano, 1995, 670, secondo cui l'incertezza in ordine alla determinazione del profilo funzionale dei contratti di credito si è andata acuendo per "effetto degli svariati tentativi di includere nella categoria nuove figure di contratti, tra cui,

E sembrerebbero aderire a questo filone interpretativo le molteplici pronunce in cui la Suprema Corte utilizza i termini di “credito” e “finanziamento” senza operare distinzioni. E’ il caso delle sentenze riguardanti il mutuo di scopo, qualificato come “contratto di finanziamento, fattispecie negoziale consensuale, onerosa ed atipica, che assolve essenzialmente funzione creditizia”⁸³.

Come si è accennato, l’analisi ricostruttiva che si ritiene preferibile è quella accedente ad un’ampia nozione di finanziamento, inteso, dunque, quale generale messa a disposizione di somma di denaro, ed è pertanto alla “causa di finanziamento” che si farà riferimento nel prosieguo quale elemento causale concernente le fattispecie in esame.

Tuttavia, occorre precisare come la causa di finanziamento così delineata assuma rilievo solo sotto il profilo classificatorio, consentendo di raggruppare all’interno di una più ampia categoria le diverse tipologie negoziali volte a realizzare la messa a disposizione dei mezzi finanziari con contestuale obbligo di restituzione di quanto versato. L’accezione risulta, invero, troppo generica, e dunque non idonea a consentire la qualificazione di uno specifico tipo contrattuale.

in particolare, il *leasing* e il *factoring*; inclusione che ha costretto i suoi sostenitori ad un allargamento ulteriore del fenomeno creditizio (o, altrimenti detto, finanziario)”. Ancora, G. Porcelli, commento sub art. 1843 c.c., in *Commentario del codice civile, Dei singoli contratti, III, artt. 1803-1860*, a cura di D. Valentino, Torino, 2011, 771, che con riferimento alla nozione di contratto di credito contenuta all’art. 121 t.u.b. ha ritenuto “una nozione di <<contratto di credito>> di sì ampia latitudine da ricomprendere qualsivoglia fattispecie negoziale connotata da una causa di finanziamento”.

⁸³ *Ex multis*, Cass. civ. n. 8663 del 9 aprile 2009, in www.iusexplorer.it; Cass. civ. n. 25180 del 3 dicembre 2007, in www.iusexplorer.it; Cass. civ. n. 7773 del 19 maggio 2003, in www.iusexplorer.it; Cass. civ. n. 7116 del 21 luglio 1998, in www.iusexplorer.it.

3.2 *Segue*: il riferimento ai beni immobili residenziali

L'ulteriore elemento unificante le fattispecie negoziali rientranti nell'ambito applicativo del decreto è la presenza, a diverso titolo, di beni immobili residenziali. Con il termine residenziale deve farsi riferimento al luogo destinato ad essere occupato come abitazione, appartamento o altro luogo di residenza dal consumatore o da un suo familiare⁸⁴.

Occorre rammentare come la peculiare natura del bene oggetto della garanzia od oggetto dello scopo del credito abbia giustificato la precedente esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 2008/48/CE e giustifica oggi la disciplina in esame. A ben vedere, l'esigenza di approntare una disciplina *ad hoc* va ravvisata nella stretta connessione tra il sovraindebitamento dei debitori e la crisi finanziaria: si è osservato come l'andamento del mercato immobiliare sia idoneo a mettere a rischio il sistema finanziario in ragione del fatto che gli acquisti immobiliari sono nella maggior parte dei casi preceduti dalla concessione di credito all'acquirente, con la conseguenza che le difficoltà economiche dei consumatori non rilevano esclusivamente in un'ottica di tutela individuale ma si collocano in relazione con un più ampio interesse generale ad evitare e risolvere situazioni di sovraindebitamento⁸⁵.

⁸⁴ Come osserva G. Falcone, *op. cit.*, 150. Se ne trae conferma anche all'art. 3 della direttiva, che fa espresso richiamo ai concetti di "abitazione, appartamento o altro luogo di residenza dal consumatore o da un familiare del consumatore"

⁸⁵ S. Tommasi, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Napoli, 2018, 8.

In relazione alla diversa funzione attribuita agli immobili residenziali è possibile operare una distinzione tra le fattispecie negoziali rientranti nell'ambito applicativo del decreto.

Ad un primo gruppo possono essere ricondotti tutti i contratti di credito in cui l'immobile residenziale rileva quale oggetto di garanzia. In tali ipotesi rimane in secondo piano lo scopo del finanziamento, che pertanto viene erogato al consumatore senza il vincolo di destinazione. Ne consegue che anche un contratto di credito finalizzato a finanziare i consumi e non l'acquisto del bene-casa rientra nell'ambito di applicazione della disciplina, coerentemente con l'obiettivo della direttiva europea di incentivare i consumi mediante un nuovo mercato del credito garantito da immobili⁸⁶.

Quanto alla garanzia, l'art. 120 *quinquies* t.u.b. richiede, in particolare, che l'ipoteca attenga al diritto di proprietà o ad altro diritto reale. Accedendo alla tesi tradizionale del *numerus clausus* dei diritti reali, secondo cui alle parti non sarebbe consentito creare figure di diritti reali nuovi rispetto a quelli riconosciuti dalla legge, né mutarne il contenuto essenziale, dovrebbe concludersi che la garanzia può riguardare il diritto di usufrutto, di superficie, di enfiteusi o il diritto del concedente il fondo enfiteutico⁸⁷. Tuttavia, com'è noto, secondo un più recente orientamento, il principio in parola dev'essere letto ritenendo che la conformazione delle situazioni "reali" tipizzate dal legislatore non sia interamente sottratta alla disponibilità dei privati. Ne consegue dunque, secondo detta accezione, un più ampio ambito applicativo della disposizione in esame.

⁸⁶ S. Mazzamuto, *op. cit.*, 561.

⁸⁷ In questo senso anche S. Cordopatri, *op. cit.*, 134.

Nel silenzio del legislatore deve ritenersi che l'ipoteca non debba essere necessariamente di primo grado. E in mancanza di una espressa indicazione in ordine alla titolarità del bene ipotecato in capo al debitore, sembra potersi concludere che la garanzia possa essere fornita anche da un soggetto terzo.

Ad un secondo gruppo vanno, invece, ricondotti i contratti di credito finalizzati all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su terreni o immobili anche solo progettati. E' di tutta evidenza come in tali ipotesi il bene rilevi a vario titolo (acquisto, ristrutturazione, costruzione) quale scopo diretto dell'erogazione del finanziamento.

Va sottolineato come con riferimento a questo sottogruppo contrattuale il legislatore non si curi di qualificare gli immobili come "residenziali". Se ne potrebbe, dunque, desumere un ampliamento dell'ambito applicativo ai contratti diretti all'acquisto o alla conservazione di qualsiasi tipologia di bene⁸⁸. Tuttavia, una lettura della norma in combinato disposto con la direttiva, e segnatamente con l'art. 1, che determinando l'oggetto della disciplina si riferisce indistintamente ai contratti "relativi ai beni immobili residenziali" porta a ritenere che anche con riferimento a questo secondo gruppo di contratti, i beni immobili cui il credito è finalizzato costituiscano la residenza del consumatore o di un suo familiare.

⁸⁸ In questo senso G. Falcone, *op. cit.*, 150.

4. Le singole tipologie contrattuali rientranti nell'ambito applicativo. a) Il contratto di mutuo

Alla luce del quadro su delineato è, dunque, possibile procedere ad individuare, senza pretesa di esaustività, alcune tipologie contrattuali rientranti nell'ambito applicativo del decreto.

E' senza dubbio sottoposto alla disciplina in esame il contratto di mutuo, prototipo dei contratti di finanziamento, che com'è noto, ai sensi dell'art. 1813 c.c., realizza il trasferimento di una determinata quantità di denaro (o di altre cose fungibili) a fronte della restituzione di altrettante cose della stessa specie e qualità⁸⁹.

Il contratto in esame è idoneo a realizzare entrambe le "fattispecie" di contratti di credito delineate all'art. 120 *quinquies* t.u.b., potendo configurarsi sia un contratto di mutuo garantito da ipoteca, sia un contratto finalizzato all'acquisto o alla conservazione di un immobile residenziale.

Per quanto concerne la prima ipotesi, la disciplina in esame dev'essere necessariamente coordinata con le disposizioni riguardanti il credito fondiario, di cui agli artt. 38 e s.s. t.u.b.

L'assonanza tra le due fattispecie contrattuali è evidente: il credito fondiario realizza, analogamente al mutuo, la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili. Nondimeno sono evidenziabili

⁸⁹ *Ex multis* G. Giampiccolo, voce *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 444 e ss.; M. Fragali, *Del mutuo Art. 1813 – 1822*, in *Commentario del codice civile, Delle obbligazioni*, Bologna - Roma, 1966, 1 e ss.; F. Mastropaolo, *Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, I singoli contratti. I contratti reali*, Torino, 1999, 365 e ss. V. Frattarolo, *Il mutuo. La promessa di mutuo. Il mutuo condizionato. I contratti affini al mutuo*, in V. Frattarolo, E. Iorio, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009, 1 e ss.

differenze sia sul piano oggettivo che soggettivo. Con riguardo al primo profilo, la concessione del credito immobiliare ai consumatori non richiede un rapporto di proporzionalità tra importo finanziato e valore della garanzia, invece previsto all'art. 38 comma 2 t.u.b. per il credito fondiario. Quanto al profilo soggettivo, l'ambito applicativo del credito fondiario è nettamente più ampio, essendo esso rivolto sia a persone fisiche che ad enti e prescindendosi dalla qualifica di consumatore.

Può concludersi, dunque, che il problema della sovrapposizione delle discipline sia da porsi unicamente con riferimento ai contratti stipulati tra professionista-banca e consumatore, garantiti da ipoteca su bene immobile residenziale. In tali ipotesi, in assenza di espressa abrogazione da parte del decreto in esame, sembra doversi ritenere che la disciplina degli artt. 38 e ss. t.u.b. continuerà ad applicarsi solo ove non in contrasto con il Capo I *bis*⁹⁰.

Invero, l'unica ipotesi di possibile contrasto tra le discipline in esame è stata presa in considerazione dal legislatore all'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b., recante la disciplina dell'inadempimento del consumatore. A fronte della previsione di un inadempimento qualificato, pari a 18 rate mensili, in presenza del quale il finanziatore

⁹⁰ G. Visconti, *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel T.U.B. dal D.Lgs. n. 72/2016*, in *Contr.*, 8-9, 2016, 490; S. Tommasi, *op. cit.*, 20.

La preferenza accordata alla disciplina del credito immobiliare al consumo va spiegata in ragione della natura imperativa di regola riconosciuta alle discipline consumeristiche di derivazione europea. In questo senso G. De Cristofaro, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti* di Vincenzo Roppo, Mercati regolati, V, Milano 2014, 20 e ss., il quale qualifica le discipline consumeristiche come "unilateralmente imperative". In questo senso anche S. Mazzamuto, *op. cit.*, 154, il quale precisa che l'utilizzo della tecnica della norma imperativa risulta "funzionale alla creazione di scelte consapevoli da parte del consumatore e dunque si candida, come per paradosso, a momento di esaltazione, piuttosto che di mortificazione, della libertà e dell'autonomia privata. La norma imperativa restituisce al soggetto debole (consumatore o imprenditore) quello spazio di libertà entro il quale si muove un'autentica autonomia del soggetto privato".

può rivalersi direttamente sul bene oggetto di ipoteca, la norma fa salva l'applicazione dell'art. 40 comma 2 t.u.b. che, proprio in tema di credito fondiario, prevede la facoltà per la banca di invocare la risoluzione del contratto in presenza del ritardato pagamento di sette rate anche non consecutive.

Con riguardo alla diversa ipotesi di mutuo finalizzato all'acquisto o alla conservazione di immobile residenziale, si è in presenza di un mutuo di scopo di origine legale.

Com'è noto, detta figura negoziale è caratterizzata dalla rilevanza attribuita all'utilizzo della somma mutuata: l'obbligazione del debitore non si esaurisce in quella esclusivamente restitutoria, ma si estende alla realizzazione del fine cui è connessa l'erogazione del mutuo. Si discosta, inoltre, dal mutuo tipico ex art. 1813 c.c. sotto il profilo strutturale: la *traditio* non viene intesa quale momento perfezionativo del contratto, costituendo invece un'obbligazione del mutuante⁹¹.

Ne consegue, dunque, la natura consensuale del negozio⁹², la quale non osta all'applicazione della disciplina in esame, in quanto la definizione di contratto di credito richiama tanto i contratti reali, con cui l'intermediario "concede" il credito, quanto i contratti consensuali, con cui si "impegna a concedere" il finanziamento⁹³.

⁹¹ *Ex multis* R. Clarizia, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, Torino, 2002, 63 e ss; E. Iorio, *Il mutuo di scopo*, in V. Frattarolo, E. Iorio, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009, 263 e ss; M. Renna, *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*, commento a Cass. Civ., Sez. I, ord. del 19 ottobre 2017, n. 24699, in *Contr.*, 4, 2018, 418.

⁹² Si rinvia alla nota n. 36 nella quale si richiamano alcune pronunce giurisprudenziali qualificanti il mutuo di scopo come "fattispecie negoziale consensuale, onerosa ed atipica, che assolve essenzialmente funzione creditizia".

⁹³ G. Falcone, *op. cit.*, 149.

4.1 b) Il contratto di apertura di credito bancario

Sempre nell'ambito dei contratti bancari, un'ulteriore tipologia contrattuale rientrante nell'ambito applicativo del decreto è il contratto di apertura di credito bancario di cui all'art. 1842 c.c. Si tratta di un contratto consensuale ad effetti obbligatori concretizzantesi in un'operazione attiva con la quale la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'accreditato una somma di denaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato.

La causa di finanziamento è evidente: l'essenza del contratto è da rinvenire nella messa a disposizione della somma di denaro, posto che la creazione di una disponibilità finanziaria da parte dell'ente creditizio è un valore in sé, a prescindere dall'effettiva utilizzazione della stessa da parte dell'accreditato⁹⁴.

La tipologia contrattuale in esame è, dunque, riconducibile al gruppo di contratti di credito garantiti da ipoteca immobiliare⁹⁵ ed erogati mediante prestito, sempre che l'apertura venga richiesta da un consumatore ed a tempo determinato.

Ad abundantiam, la riconducibilità al capo I *bis* del contratto in esame si evince *a contrario* dal disposto dell'art. 120 *sexies* lett. e t.u.b., che esclude dall'ambito applicativo i contratti di apertura di credito solo ove il finanziamento debba essere rimborsato entro un mese.

⁹⁴ G. Porcelli, commento sub art. 1842 c.c., *op. cit.*, 637; in giurisprudenza Cass. civ. n. 24418 del 2 dicembre 2010 in www.iusexplorer.it; Cass. civ. n. 970 del 30 gennaio 1998 in www.iusexplorer.it.

⁹⁵ Il riferimento normativo è all'art. 1844 c.c. disciplinante l'apertura di credito garantita, il quale precisa che la garanzia non si estingue prima della fine del rapporto per il sol fatto che l'accreditato cessa di essere debitore della banca vista la possibilità di procedere a nuovi prelievi.

4.2 c) Il *leasing* immobiliare abitativo, il *rent to buy* e la vendita con riserva di proprietà

Con riferimento alla concessione di credito sotto forma di dilazione di pagamento è possibile fare riferimento alla figure negoziali del *leasing* immobiliare abitativo, del *rent to buy* e della vendita con riserva di proprietà.

Il *leasing* immobiliare abitativo, recentemente disciplinato dall'art. 1, commi 76 e ss. della l. n. 208 del 28 dicembre 2015, è il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario si obbligano ad acquistare o a far costruire un immobile da adibire ad abitazione principale su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, mettendolo poi a sua disposizione verso un determinato corrispettivo e per un dato tempo, alla scadenza del quale l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo.

In altri termini si è in presenza di un'operazione alternativa ai tradizionali strumenti di finanziamento per l'acquisto della prima casa, nondimeno caratterizzata dalla funzione di finanziamento, già evidenziata dalla giurisprudenza con riferimento alla figura affine di *leasing* traslativo: è grazie all'anticipazione della disponibilità finanziaria da parte del concedente che viene consentito all'utilizzatore il godimento di un bene, tendenzialmente finalizzato al futuro acquisto.

Alla stessa logica di agevolazione del possibile acquirente tramite dilazione di pagamento risponde il contratto di *rent to buy*, di cui all'art. 23 della legge n. 164 del 12 settembre 2014, il quale consente l'immediata concessione del godimento di un immobile, con diritto per

il conduttore di acquistarlo entro un termine determinato imputando al corrispettivo del trasferimento la parte di canone indicata nel contratto.

Il *rent to buy* si differenzia dal *leasing* abitativo su richiamato non soltanto con riferimento all'oggetto del contratto, più ampio⁹⁶, ma altresì con riferimento al profilo soggettivo posto che concedente e conduttore possono anche non essere finanziatore e consumatore, e al canone di godimento, in quanto nel contratto di *rent to buy* deve obbligatoriamente essere specificato quanto versato a titolo di corrispettivo per il godimento e quanto invece in ottica di una futura vendita, da restituire in caso di mancato esercizio del diritto all'acquisto.

Ne consegue che al *rent to buy* si applicheranno le disposizioni del capo I *bis* solo ove il contratto sia stipulato tra una banca o intermediario del credito e un consumatore e sia rivolto all'acquisto di un immobile residenziale.

Infine, un cenno merita la vendita con riserva di proprietà di cui all'art. 1523 c.c., la quale consente al compratore di acquistare il bene con il pagamento dell'ultima rata di prezzo pur assumendo i rischi dal momento della consegna⁹⁷.

Invero, anche in tale ipotesi, sebbene la funzione di finanziamento non assuma rilevanza autonoma, è possibile individuare una concessione di credito sotto forma di dilazione di pagamento effettuata dal finanziatore, proprietario dell'immobile, in favore

⁹⁶ Il *rent to buy* può avere ad oggetto qualsiasi tipologia di immobile a differenza del *leasing* abitativo, che può riguardare solo fabbricati ad uso di abitazione, anche se in fase di costruzione.

⁹⁷ *Ex multis* A. Albanese, *La vendita con riserva di proprietà*, in Vincenzo Roppo, *Trattato dei contratti, Vendita e vendite*, V, Milano, 2014, 471 e ss.

dell'acquirente e finalizzata all'acquisto del terreno o dell'immobile oggetto di contratto.

E' opportuno rammentare che anche in tali casi troverà applicazione la disciplina del credito immobiliare ai consumatori solo ove ne ricorrano i relativi presupposti oggettivi e soggettivi.

CAPITOLO III

Gli obblighi di comportamento del professionista e del consumatore

Sommario: 1. I principi generali - 2. Le informazioni al pubblico e le conseguenze in caso di difformità del successivo contratto - 3. La fase precontrattuale. Gli obblighi informativi - 4. Il rimedio pubblicistico in caso di violazione degli obblighi informativi - 5. Le conseguenze civilistiche della violazione degli obblighi informativi. a) La mancata consegna del Pies - 5.1 b) Pies contenente informazioni lacunose o non veritiere; c) Pies difforme rispetto al contratto successivamente stipulato - 5.1.1 *Segue*: l'invalidità del contratto - 5.1.2 *Segue*: la responsabilità precontrattuale del professionista - 6. Il periodo di riflessione - 7. La valutazione del merito creditizio - 7.1 *Segue*: il ruolo del consumatore - 8. La valutazione negativa del merito creditizio e l'autoresponsabilità del consumatore - 9. Il rimedio pubblicistico in caso di omessa o errata valutazione del merito creditizio. L'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette - 9.1 *Segue*: l'invalidità del contratto e la responsabilità precontrattuale del professionista - 10. Il divieto del finanziatore di "risolvere" il contratto

1. I principi generali

La disciplina delle regole di condotta delle parti si apre con l'individuazione, all'art. 120 *septies* t.u.b., dei principi generali che finanziatore e intermediario del credito sono tenuti ad adottare nello svolgimento della propria attività.

In particolare, per un verso si prescrivono i doveri di "diligenza, correttezza e trasparenza" e, per altro verso, si sottolinea che l'attività finanziaria deve fondarsi sulle informazioni rilevanti inerenti il consumatore, i bisogni particolari eventualmente comunicati, e concretizzarsi nella prospettazione di "ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi cui è esposta la situazione del consumatore per la durata del

contratto di credito⁹⁸.”

Nessuna sostanziale innovazione rispetto al testo della direttiva: la norma ha riprodotto quasi integralmente il contenuto dell'art. 7, con la sola sostituzione del riferimento ad "onestà, equità e professionalità" con i concetti di "correttezza, diligenza e trasparenza"⁹⁹.

A ben vedere, le espressioni utilizzate richiamano criteri che nella tradizione codicistica individuano regole di condotta da osservarsi all'interno di una relazione giuridicamente rilevante e definita. Il riferimento è agli artt. 1175 e 1176 c.c. e potrebbe, dunque, ritenersi che, anche in assenza di un'espressa previsione, gli obblighi volti a porre in essere una condotta corretta e diligente sarebbero comunque stati operanti nei rapporti in questione, traendo fonte da clausole generali di diritto comune¹⁰⁰.

Nondimeno, si è osservato come essi possano acquistare un diverso e più ampio significato, veicolando all'interno del rapporto

⁹⁸ L'obbligo abbraccia tutte le attività disciplinate dal capo I *bis* e ciò, oltre ad essere espressamente indicato all'art. 120 *septies* t.u.b., emerge anche da un'interpretazione sistematica delle successive disposizioni: in via esemplificativa si veda l'art. 120 *octies* t.u.b. richiede che gli annunci pubblicitari vengano effettuati “in forma corretta, chiara e non ingannevole”.

⁹⁹ Una formulazione analoga si rinviene all'art. 21 t.u.f., rubricato “Criteri generali” che impone a coloro i quali svolgono servizi e attività di investimento di “comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati”.

¹⁰⁰ In questo senso M. C. Venuti, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Europa dir. priv.*, 4, 2000, 1052 e ss., che per l'appunto mette in luce che le “previsioni incentrate sulle clausole generali pongono all'interprete alcune questioni. Anzitutto quella di carattere contenutistico, volta a rintracciare il significato di dette clausole, che spesso — come nel caso della correttezza e della diligenza — sembrano coincidenti con quelle codicistiche, sorgendo pertanto il dubbio del carattere pleonastico della disposizione che le richiama.” L'A., tuttavia afferma come al fine di ritenere che il richiamo alle clausole generali di diligenza e correttezza non rivesta un ruolo puramente declamatorio o meramente ripetitivo, occorra soffermarsi sui “significati diversi e specifici in funzione degli interessi rilevanti nello svolgimento dell'attività e nel singolo rapporto.”

negoziale e nella definizione degli obblighi di condotta comunque dovuti dal soggetto professionalmente caratterizzato, interessi terzi ritenuti meritevoli di tutela¹⁰¹. In altri termini, il richiamo a correttezza, diligenza e trasparenza diverrebbe funzionale alla tutela di interessi ulteriori rispetto a quelli propri della controparte contrattuale debole, ossia la tutela della generale categoria dei consumatori nonché del mercato finanziario.

Più nel dettaglio, con riguardo al canone di correttezza, com'è noto la tesi maggioritaria tende ormai ad affermarne la sostanziale coincidenza con il concetto di buona fede in senso oggettivo, clausola generale dalla quale discende l'obbligo di tenere comportamenti diversi, positivi od omissivi, in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto¹⁰².

Il riferimento alla diligenza conduce, poi, a ritenere sussistenti in capo al finanziatore obblighi di condotta adeguati allo *standard* professionale medio richiesto per lo svolgimento dell'attività creditizia. Invero, la particolare qualifica professionale rivestita e l'affidamento che genera nei confronti del singolo non dotato di specifiche conoscenze tecniche, chiamano l'intermediario a rispettare obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto¹⁰³.

Quanto al riferimento alla trasparenza, essa dev'essere qui intesa

¹⁰¹ M. C. Venuti, *op. cit.*, 1071.

¹⁰² *Ex multis* U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 17 e ss.; F. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 47; C. M. Bianca, *op. cit.*, 502.

¹⁰³ M. C. Venuti, *op. cit.*, 1079.

in un duplice significato. Innanzitutto nella sua accezione “relazionale”: in questi termini si configura come obbligo per il professionista di formulare atti, dichiarazioni e comunicazioni in maniera chiara e comprensibile. In secondo luogo, in termini di modalità operativa dell’attività imprenditoriale, imposta non tanto nell’interesse del singolo cliente, quanto a garanzia della libertà di concorrenza e della possibilità del pubblico dei consumatori e utenti di effettuare una comparazione e una scelta consapevole tra i diversi soggetti e prodotti esistenti sul mercato¹⁰⁴.

Quanto, poi, alla precisazione che l’attività dovrà essere fornita avuto riguardo ai bisogni ed i rischi in cui incorre il consumatore, da essa emerge una esigenza di personalizzazione del rapporto tra creditore e debitore che ben può intendersi come specificazione del più generale dovere di correttezza e buona fede, potendo dunque ritenersi la precisazione superflua alla luce delle considerazioni di cui sopra.

Occorre, nondimeno, sottolineare che detto richiamo manca nella precedente disciplina del credito al consumo e figura, invece, nella normativa inerente gli strumenti finanziari¹⁰⁵ nonché in quella concernente il settore assicurativo¹⁰⁶. L’apposito richiamo nella normativa in esame deve, allora, probabilmente giustificarsi alla luce

¹⁰⁴ M. C. Venuti, *op. cit.*, 1084. Questa seconda accezione di trasparenza è, in particolare, ravvisabile all’art. 120 *octies* t.u.b., a mente del quale “gli annunci pubblicitari relativi a contratti di credito sono effettuati in forma corretta, chiara e non ingannevole. Essi non contengono formulazioni che possano indurre nel consumatore false aspettative sulla disponibilità o il costo del credito”.

¹⁰⁵ Il riferimento è alla Direttiva 93/22/CEE del Consiglio del 10 maggio 1993 consultabile su: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01993L00222000117&from=GA>.

¹⁰⁶ Il riferimento è alla Direttiva 2016/97/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 gennaio 2016 consultabile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016 L0097&from=it>.

della più volte richiamata incidenza del settore del credito immobiliare sull'ordinamento finanziario, tale da imporre specificazioni ulteriori in ordine agli obblighi comportamentali delle parti.

L'interpretazione dell'art. 120 *septies* t.u.b. va poi completata alla luce di quanto previsto dal 31° *considerando* della direttiva, secondo cui “ad esempio, i creditori non dovrebbero commercializzare crediti in modo tale che la commercializzazione limiti o possa limitare considerevolmente la capacità del consumatore di considerare con attenzione un credito, ovvero che il creditore non dovrebbe usare la concessione di crediti come principale metodo di commercializzazione allorché commercializza, presso i consumatori, beni, servizi o immobili. Per assicurarsi la fiducia dei consumatori è essenziale garantire un elevato livello di equità, onestà e professionalità nel settore e un'appropriata gestione dei conflitti d'interesse, compresi quelli legati alla remunerazione, nonché prevedere che la consulenza sia fornita nel migliore interesse del consumatore”.

2. Le informazioni al pubblico e le conseguenze in caso di difformità del successivo contratto

In linea con l'evoluzione dell'informazione avutasi nell'ultimo trentennio, anche con riguardo alla disciplina in esame si assiste ad un ampliamento dei contenuti e ad una dislocazione dell'informazioni in quasi tutte le fasi del rapporto contrattuale¹⁰⁷.

La regolamentazione degli obblighi informativi vede il raccordo di obblighi di informazione con un obbligo di assistenza secondo un

¹⁰⁷ Per una disamina del ruolo dell'informazione nel diritto contrattuale europeo si rimanda a C. Cirio, *L'informazione del diritto europeo dei contratti*, Messina, 2004, 4 e ss.

sistema di *disclosure* circolare: alle informazioni cui è tenuto il finanziatore fanno seguito le informazioni che il consumatore deve fornire ai fini della valutazione del suo merito creditizio sulla base delle quali il creditore, a sua volta, deve calibrare ulteriori informazioni di natura personalizzata, tali da consentire al consumatore di scegliere il prodotto più adeguato alle proprie esigenze.¹⁰⁸

Si distingue una prima fase in cui le informazioni, generiche, sono rivolte alla generalità dei consociati ed una seconda fase concernente, invece, informazioni via via più mirate e rivolte ad un consumatore determinato.

Le informazioni al pubblico di cui all'art. 120 *octies* t.u.b., che attengono alla prima fase e dunque alla generalità dei consumatori, assumono la forma di annunci pubblicitari. Questi devono essere effettuati in forma corretta, chiara e non ingannevole e non possono contenere formulazioni che possano indurre nel consumatore false aspettative sulla disponibilità o il costo del credito.

Si prevede, in particolare, un diverso grado di tutela a seconda del contenuto delle informazioni.

In primo luogo, per quanto concerne le informazioni riguardanti il tasso di interesse e altre specifiche indicazioni relative al costo del credito, esse devono essere formulate in maniera chiara, concisa ed evidenziata, nonché in modo facilmente leggibile o udibile, a seconda della tecnica di comunicazione utilizzata¹⁰⁹.

¹⁰⁸ S. Mazzamuto, *op. cit.*, 564; T. Rumi, *op. cit.*, 77.

¹⁰⁹ Il riferimento è alle informazioni relative a: a) il finanziatore o, se del caso, l'intermediario del credito; b) se del caso, il fatto che il contratto di credito sarà garantito da un'ipoteca su beni immobili residenziali oppure su un diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali; c) il tasso d'interesse, precisando se fisso o variabile o una

In secondo luogo, con particolare riferimento alle informazioni relative a tasso di interesse, importo totale del credito, TAEG, servizi accessori, durata del contratto, importo e numero delle rate, si prevede che vengano fornite tramite esempio rappresentativo. Tale previsione deve essere integrata con quanto previsto nella sezione VI-*bis* del provvedimento della Banca d'Italia “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”, dedicata al credito immobiliare ai consumatori¹¹⁰. Il paragrafo 5.1 prevede, in particolare, che nell’elaborazione delle ipotesi esemplificative il finanziatore non è libero di congegnare l'esempio in modo discrezionale, dovendo tenere conto delle caratteristiche del contratto di credito offerto, della tipologia di clientela cui è destinato, della domanda realisticamente attesa (in base al *target* di clientela cui il credito è destinato e all’esperienza relativa alla commercializzazione del prodotto o di prodotti analoghi) e delle modalità di rimborso del credito. Si prevede inoltre che l’esempio rappresentativo venga redatto in modo chiaro e conciso, che sia accompagnato dall’espressione “esempio rappresentativo” e che assuma un'evidenza maggiore rispetto alle singole informazioni

combinazione dei due tipi, corredato di informazioni dettagliate relative alle commissioni e agli altri oneri compresi nel costo totale del credito per il consumatore; d) l'importo totale del credito; e) il TAEG, che deve avere un'evidenza all'interno dell'annuncio almeno equivalente a quella di ogni tasso di interesse; f) l'esistenza di eventuali servizi accessori necessari per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni pubblicizzate, qualora i costi relativi a tali servizi non siano inclusi nel TAEG in quanto non determinabili in anticipo; g) la durata del contratto di credito, se determinata; h) se del caso, l'importo delle rate; i) se del caso, l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare; l) se del caso, il numero delle rate; m) in caso di finanziamenti in valuta estera, un'avvertenza relativa al fatto che eventuali fluttuazioni del tasso di cambio potrebbero incidere sull'importo che il consumatore è tenuto a pagare.”

¹¹⁰ Il provvedimento è consultabile su https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivionorme/disposizioni/trasparenza_operazioni/testodisposizione2017/Disp_trasparenza.pdf.

illustrate attraverso l'esempio.

Nell'eventualità in cui il successivo contratto risulti difforme dal contenuto degli annunci pubblicitari, alla luce del richiamo operato dall'art. 120 *noviesdecies* t.u.b., trova applicazione l'art. 117 del t.u.b. Il sesto comma della disposizione in parola commina la nullità e considera non apposte le clausole contrattuali che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelle pubblicizzate¹¹¹. L'art. 120 *octies* t.u.b. fa, inoltre, salva l'applicazione della disciplina consumeristica relativa alle pratiche commerciali scorrette di cui alla parte II, titolo III, del Codice del consumo.

3. La fase precontrattuale. Gli obblighi informativi

La fase precontrattuale, come anticipato, è un momento

¹¹¹ A mente del successivo settimo comma: “nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione. b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto.”

La giurisprudenza di merito ha talvolta comminato la nullità di cui all'art. 117 comma 6 t.u.b. in caso di errata previsione, nel documento di sintesi, del TAEG o dell'indicatore sintetico di costo (i.e. ISC) in quanto dichiarato in misura inferiore rispetto a quello effettivo, con conseguente diritto del mutuatario di non pagare o di vedersi rimborsare i costi non computati nel calcolo del TAEG/ISC. In questo senso Trib. Roma, n. 18189 del 26 settembre 2018 su www.iusexplorer.it. In senso contrario Trib. Monza, n. 1004 del 2 maggio 2019, secondo cui “nei contratti di mutuo, l'eventuale errata indicazione di un TAEG non corrispondente a quello reale non incide sugli elementi strutturali del contratto (accordo, causa, oggetto) ma può al più determinare una violazione degli obblighi di trasparenza e informazione legislativamente imposti all'operatore bancario a tutela del contraente debole, nonostante il carattere imperativo dei precetti violati. L'erronea indicazione dell'ISC pubblicizzato, pur concretandosi in un comportamento illecito dell'intermediario bancario e finanziario, è insuscettibile di comportare gli effetti di nullità di cui all'art. 117, comma 6, TUB, concretando esclusivamente una violazione degli obblighi di pubblicità e trasparenza.”

essenziale per l'attuazione degli obiettivi sottesi alla disciplina in esame: è in questa fase che il mutuante, l'intermediario del credito o il rappresentante designato, sono tenuti a dare e ricercare tutte le informazioni utili allo scopo di misurare l'attitudine del debitore a restituire il *tantundem* senza mettere nello stesso tempo a repentaglio la propria capacità di fronteggiare i bisogni essenziali o del vivere quotidiano¹¹².

Le regole di condotta divengono, invero, più articolate con l'art. 120 *novies* t.u.b., recante la disciplina degli obblighi precontrattuali gravanti sul finanziatore ed inerenti le informazioni generali e personalizzate. L'articolo è sostanzialmente riproduttivo delle disposizioni di cui agli artt. 13, 14 e 16 della direttiva¹¹³.

In primo luogo, si richiama la medesima modalità di informazione individuata dalla direttiva, ovvero lo strumento del prospetto informativo (Pies), contenente informazioni chiare e comprensibili da fornire in qualsiasi momento su supporto cartaceo o altro supporto durevole. Manca il richiamo al catalogo minimo di informazioni che detto documento deve contenere ma non risulta esservi alcuna differenza in concreto: il sesto comma demanda al Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (Cicr), su

¹¹² Come sottolinea R. Calvo, *op. cit.*, 823, il quale aggiunge che “I suddetti professionisti hanno quindi il dovere - variamente modulato e modulabile – di accertare la soglia di rischio tollerabile da parte del consumatore, oltrepassata la quale l'assunzione del debito diventa un'operazione che lo esporrebbe al pericolo del tracollo patrimoniale, con presagibili ricadute negative a scapito dei familiari e conviventi”.

¹¹³ Occorre rammentare che si è trattato di una scelta obbligata per il legislatore interno, posto che l'art. 2 comma 2 della direttiva impone agli Stati membri un obbligo di armonizzazione piena, facendo divieto di mantenere o introdurre “nella legislazione nazionale disposizioni divergenti da quelle di cui all'articolo 14, paragrafo 2, e all'allegato II, parte A, con riguardo alle informazioni precontrattuali standard tramite un prospetto informativo europeo standardizzato (PIES)”.

proposta della Banca d'Italia, il compito di dare attuazione a quanto disposto dall'art. 120 *novies* t.u.b., anche individuando il contenuto, i criteri di redazione e le modalità di messa a disposizione delle informazioni precontrattuali, e ciò è avvenuto con Delibera 29 settembre 2016 n. 380, il cui art. 5 comma 1 richiama integralmente il contenuto del catalogo minimo di informazioni presente nella direttiva.

Unico aspetto innovativo è dato dalla previsione che il documento informativo specifichi “le informazioni e le evidenze documentali che il consumatore deve fornire ai sensi dell'articolo 120 *undecies* comma 1 t.u.b. e il termine entro il quale esse devono essere fornite” e contenga “l'avvertimento che il credito non può essere accordato se la valutazione del merito creditizio non può essere effettuata a causa della scelta del consumatore di non fornire le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione”¹¹⁴.

E' indubbio come l'utilizzo del Pies conduca ad un iniziale standardizzazione della *disclosure*, in apparente contrasto con la necessità che le informazioni vengano calibrate sulla figura dello specifico consumatore interessato al finanziamento¹¹⁵.

Nondimeno, va sottolineato come nella fase di scelta del

¹¹⁴ Dette specificazioni restano in linea con quanto disposto dall'art. 13 che al secondo comma consente agli Stati membri di prescrivere ai creditori di includere altri tipi di avvertenze rilevanti nello Stato membro.

¹¹⁵ R. Alessi, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 2, 332, che sottolinea che “l'obbligo di informazione, come già rilevato, si tramuta in obbligo di consegna di un modulo, che in principio lascia fuori ogni possibile apprezzamento dell'adeguatezza del comportamento del professionista nei confronti di *quel* consumatore. Esito francamente paradossale se solo si considera che scopo dell'informazione è (*rectius* dovrebbe essere) specie in questo caso la formazione di una «decisione informata e consapevole in merito alla conclusione» del contratto: niente di più concreto e «personale», dunque.”

consumatore in ordine al finanziamento da ritenere maggiormente aderente alla propria posizione economica, la sinteticità delle informazioni risulta funzionale al confronto tra le diverse offerte¹¹⁶.

Inoltre, il rischio di eccessiva standardizzazione è scongiurato dal disposto del secondo comma dell'art. 120 *novies* t.u.b., che impone al finanziatore di fornire al consumatore “le informazioni personalizzate necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata in merito alla conclusione di un contratto di credito”¹¹⁷.

Si tratta, dunque, di una trasparenza in senso forte, o come è stato sostenuto, di “trasparenza economica della clausola”, sull'assunto che

¹¹⁶ A. Zoppini, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2016, 150, secondo cui “la standardizzazione dei contratti bancari non costituisce un elemento anticoncorrenziale ma, al contrario, favorisce la comparazione delle opzioni presenti sul mercato, agevolando un effettivo confronto dei dati rilevanti, come ad esempio quelli inerenti al prezzo”; S. Tommasi, *op. cit.*, 26 e 27.

¹¹⁷ Il secondo comma prosegue precisando che: “Le informazioni personalizzate sono fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso la consegna del modulo denominato «Prospetto informativo europeo standardizzato». Il modulo è consegnato tempestivamente dopo che il consumatore ha fornito le informazioni necessarie circa le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze in conformità all'articolo 120-*undecies*, comma 1, e comunque in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta. Le informazioni aggiuntive che il finanziatore o l'intermediario del credito debba o voglia fornire al consumatore sono riportate in un documento distinto.”

In senso contrario F. G. Viterbo, voce *Consulenza in materia di investimenti (servizio ed attività di)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 2012, 214, secondo cui “Personalizzazione e standardizzazione, tuttavia, sono due concetti opposti e tra loro inconciliabili. È perciò difficile comprendere come gli intermediari possano far ricorso a predefiniti schemi relazionali nei rapporti con il cliente quando il servizio, in ogni fase o momento in cui è offerto o prestato, richiede di essere calibrato ed adattato alle particolari caratteristiche ed agli specifici bisogni del cliente. In tal modo si incorre nel serio pericolo di snaturare il servizio tanto nella sua funzione quanto nei suoi effetti pratici, con evidenti complicazioni in punto di disciplina e di rapporto tra “testo” e “contesto”.” Critica con riguardo non alla standardizzazione del prodotto bensì alla “standardizzazione del rapporto” S. Tommasi, *op. cit.*, 27, secondo cui “desta perplessità il fatto che la conoscenza del cliente sia basata sulle risposte da lui date a domande che gli sono poste tramite questionari”.

la trasparenza si concentri essenzialmente sulla pattuizione che lascia prevedere il livello di rischio o di spesa del contratto (di durata) *in fieri*¹¹⁸.

A riprova di tale accezione sostanziale di trasparenza, la norma precisa la possibilità che il finanziatore o l'intermediario del credito debba o voglia fornire ulteriori informazioni aggiuntive al consumatore tramite documento distinto rispetto al Pies, nonché, ai sensi del quinto comma, “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”¹¹⁹.

Il finanziatore non può, dunque, ritenere adempiuto il suo obbligo informativo tramite la mera consegna del prospetto informativo. La natura e il contenuto delle informazioni danno, invero, corpo a una prestazione complessiva di consulenza che mira a guidare la controparte nella valutazione dell'offerta di credito che il mercato le propone per le sue esigenze di finanziamento, in modo da favorire la conclusione del contratto ad esse più adeguato¹²⁰.

¹¹⁸ S. Pagliantini, *op. cit.*, 528.

¹¹⁹ In questo senso anche il 48° *considerando*: “È possibile che un consumatore abbia bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito, nella gamma di prodotti proposti, sia il più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. I creditori e, se del caso, gli intermediari del credito dovrebbero assicurare tale assistenza sui prodotti creditizi che offrono al consumatore, spiegando a quest'ultimo le pertinenti informazioni, fra cui in particolare le caratteristiche essenziali dei prodotti offerti in modo personalizzato, affinché egli possa comprenderne i potenziali effetti sulla sua situazione economica. I creditori e, in caso, gli intermediari del credito dovrebbero adattare il modo in cui sono fornite le spiegazioni alle circostanze in cui il credito è offerto e al bisogno di assistenza del consumatore, tenendo conto della sua conoscenza ed esperienza in materia di credito e della natura dei singoli prodotti creditizi offerti. Tali spiegazioni non dovrebbero costituire di per se stesse una raccomandazione personale.”

¹²⁰ S. Mazzamuto, *op. cit.*, 566.

Da ultimo, il sistema di obblighi informativi nella fase precontrattuale si conclude con l'art. 120 *decies* t.u.b. che, nel dare attuazione all'art. 15 della direttiva, ripropone i medesimi obblighi informativi inerenti gli intermediari del credito¹²¹.

4. Il rimedio pubblicistico in caso di violazione degli obblighi informativi

In ragione della duplice *ratio* di tutela, della stabilità del mercato

¹²¹ In particolare, ai sensi dell'art. 120 *decies* t.u.b. “1. L'intermediario del credito, in tempo utile prima dell'esercizio di una delle attività di intermediazione del credito, fornisce al consumatore almeno le seguenti informazioni, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole: a) la denominazione e la sede dell'intermediario del credito; b) il registro in cui è iscritto, il numero di registrazione e i mezzi esperibili per verificare la registrazione; c) se l'intermediario del credito è soggetto a vincolo di mandato o opera in via esclusiva con uno o più finanziatori; in questo caso, l'intermediario del credito indica la denominazione del finanziatore o dei finanziatori per i quali opera. L'intermediario del credito può dichiarare di essere indipendente se è un consulente indipendente ai sensi dell'articolo 120-terdecies, comma 2; d) se presta servizi di consulenza; e) se previsto, il compenso che il consumatore deve versare all'intermediario del credito per i suoi servizi o, ove non sia determinato, il metodo per il calcolo di tale compenso; f) le procedure attraverso le quali i consumatori o le altre parti interessate possono presentare reclami nei confronti dell'intermediario del credito e le modalità di accesso a un meccanismo extragiudiziale di reclamo e di ricorso, ove esistente; g) l'esistenza e, se noto, l'importo di eventuali commissioni o altre somme che il finanziatore o terzi dovranno versare all'intermediario del credito per i servizi dallo stesso prestati in relazione al contratto di credito. Se l'importo non è noto al momento della comunicazione, l'intermediario del credito informa il consumatore che l'importo effettivo sarà comunicato in una fase successiva nel modulo denominato «Prospetto informativo europeo standardizzato»; h) se l'intermediario del credito richiede il pagamento di un compenso da parte del consumatore e riceve anche una commissione da parte del finanziatore o da un terzo, la spiegazione circa l'eventuale detrazione della commissione, in tutto o in parte, dal compenso corrisposto dal consumatore stesso; i) se l'intermediario del credito riceve commissioni da uno o più finanziatori, il diritto del consumatore di chiedere e ottenere informazioni indicate al comma 2. 2. Nel caso indicato al comma 1, lettera i), l'intermediario del credito, su richiesta del consumatore, fornisce a quest'ultimo informazioni comparabili sull'ammontare delle commissioni percepite da ciascun finanziatore. 3. Ai fini del calcolo del TAEG da inserire nel modulo denominato «Prospetto informativo europeo standardizzato», l'intermediario del credito comunica al finanziatore l'eventuale compenso che il consumatore è tenuto a versargli in relazione ai servizi di intermediazione del credito. 4. Gli intermediari del credito assicurano che, in aggiunta alle informazioni previste dal presente articolo, i propri collaboratori dipendenti comunichino al consumatore, al momento di contattarlo o prima di trattare con lo stesso, la qualifica in base alla quale operano e l'intermediario del credito che essi rappresentano.”

in generale e del singolo consumatore in particolare, dalla violazione degli obblighi informativi su richiamati discendono conseguenze sia sul piano pubblicistico che sul piano privatistico.

Quanto al primo profilo, il riferimento è all'art. 144 t.u.b., per come novellato dal decreto attuativo. La disposizione prevede, invero, una sanzione pecuniaria ora applicabile anche in caso di violazione dell'art. 120 *novies* t.u.b.

La sanzione prevista sembrerebbe effettivamente idonea, sotto il profilo del *quantum*, a dissuadere il professionista dalla violazione della disposizione richiamata: l'importo oscilla tra gli € 30.000 e il 10% del fatturato annuo realizzato dall'intermediario e se il vantaggio ottenuto dall'autore della violazione come conseguenza della stessa dovesse risultare superiore al previsto massimale, la sanzione amministrativa verrebbe elevata fino al doppio dell'ammontare del vantaggio ottenuto.¹²² Tuttavia, l'applicazione della sanzione non discende dalla sola inosservanza degli obblighi da parte del professionista, essendo necessario che la violazione abbia carattere rilevante secondo le previsioni a tal riguardo previste da Banca d'Italia, tenuto peraltro conto dell'incidenza che tale comportamento ha avuto sulla complessiva organizzazione dell'ente e sui connessi profili di rischio aziendali. È, dunque, in fin dei conti, la Banca d'Italia che in concreto stabilisce se irrogare o meno la prevista sanzione pecuniaria, decisione che, com'è evidente, poggia su criteri che non tengono affatto in considerazione

¹²² Occorre sottolineare sul punto la sussistenza di una difformità di tutela rispetto alla violazione degli analoghi obblighi previsti all'art. 124 *bis* t.u.b. relativamente al credito ai consumatori "non residenziale": quest'ultima disposizione non è richiamata dall'art. 144 t.u.b. e non rientra pertanto nel suo ambito applicativo, con la conseguente impossibilità di irrogare sanzioni pecuniarie agli intermediari inadempienti.

l'entità del pregiudizio che il consumatore può subire a seguito di una scelta non informata¹²³.

5. Le conseguenze civilistiche della violazione degli obblighi informativi. a) La mancata consegna del Pies

Sotto il profilo civilistico, occorre preliminarmente distinguere le varie fattispecie configurabili: mancata consegna della documentazione, informazioni lacunose o non veritiere e difformità tra Pies e contratto di finanziamento successivamente stipulato.

L'ipotesi di mancata consegna del Pies è presa in considerazione dal quarto comma dell'art. 120 *novies* t.u.b., il quale prevede l'obbligo del finanziatore di fornirlo contestualmente alla proposizione dell'offerta vincolante ove non sia stato consegnato nel corso delle trattative.

Nell'eventualità in cui ciò non avvenga, deve ritenersi che il periodo di riflessione non possa avere inizio dal momento in cui è stata formulata la proposta contrattuale al consumatore. In altre parole si avrà una postergazione del termine, che inizierà a decorrere dal momento in cui il consumatore avrà ricevuto tutte le informazioni spettantigli per legge¹²⁴.

Una conferma può trarsi anche dall'analoga disciplina prevista dall'art. 125 *ter* t.u.b. con riferimento al credito al consumo, che

¹²³ Osserva S. Bellettato, *op. cit.*, 298 e 299 che “la normativa – secondaria – di attuazione, sembra così allontanarsi dalla volontà del legislatore europeo di assicurare «un livello elevato di protezione ai consumatori», anche attraverso la previsione di meccanismi interni idonei ad incentivare i professionisti ad agire nel miglior interesse della propria controparte.”

¹²⁴ S. Pagliantini, *op. cit.*, 527.

individua il *dies a quo* per il decorso del termine per recedere nel momento della conclusione del contratto o, se successivo, nel momento in cui il consumatore riceve tutte le informazioni dovutegli.

**5.1 b) Pies contenente informazioni lacunose o non veritiere;
c) Pies difforme rispetto al contratto successivamente stipulato**

Avuto riguardo alle ipotesi in cui il prospetto informativo contenga informazioni lacunose o non veritiere o il contratto successivamente stipulato non sia ad esso conforme, una parte della dottrina tende a sostenere l'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ove venga dimostrata l'idoneità della condotta tenuta dal finanziatore a falsare in misura rilevante il comportamento economico della parte debole del rapporto¹²⁵.

In senso contrario potrebbe sottolinearsi che mentre l'art. 120 *octies* t.u.b. fa espressamente salva la disciplina attinente le pratiche commerciali scorrette, tale richiamo manca all'art. 120 *novies* t.u.b.

Inoltre, si è osservato che, mentre nel caso di specie l'obiettivo è tutelare il singolo consumatore che ha concluso un'operazione di finanziamento inadeguata in relazione al suo specifico profilo, ben diversa è la tutela apprestata al consumatore nei confronti di pratiche abusive generalizzate, efficaci per orientare il consumatore anche a monte, ossia prima che egli assuma la decisione di stipulare il

¹²⁵ Ciò in quanto ai sensi de secondo comma dell'art. 20 cod. cons: "Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa 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". In questo senso G. Falcone, *op. cit.*, 167; S. Tommasi, *op. cit.*, 46 e ss.

contratto¹²⁶. Nondimeno va precisato che la Corte di Giustizia tende ad ammettere la configurabilità di pratiche commerciali scorrette anche nel caso in cui la condotta tenuta dal finanziatore sia stata tenuta una sola volta e nei confronti di un solo consumatore¹²⁷.

A prescindere dalla configurabilità o meno di una pratica commerciale scorretta, l'eventuale applicazione della relativa disciplina non pregiudica l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale ed, in particolare le norme sulla formazione, validità ed efficacia del contratto¹²⁸.

In ordine alla sorte del contratto a seguito dell'inosservanza degli obblighi informativi la disciplina appare scarna. Con riguardo alla direttiva non si tratta, tuttavia, di una novità: la circostanza che il legislatore europeo di regola rimetta alla determinazione dei singoli legislatori nazionali il profilo rimediabile si spiega in considerazione del fatto che la norma europea è destinata ad innestarsi in ordinamenti alquanto diversi l'uno dell'altro¹²⁹.

Quanto all'attuazione da parte del legislatore interno, in assenza di un'espressa indicazione testuale si sono sviluppati diversi

¹²⁶ M. Gorgoni, *op. ult. cit.*, 769. C. Camardi, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 6, 2010, 408 e ss.

¹²⁷ Il riferimento è a CGUE, 16 aprile 2015, C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság*, consultabile su: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CA0388&from=IT>.

¹²⁸ Come espressamente indicato dal secondo comma dell'art. 19 cod. cons.

¹²⁹ G. D'Amico, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contr.*, 12, 2012, 977, secondo cui proprio la diversità tra gli ordinamenti "costituisce motivo sufficiente a sconsigliare (quasi sempre) la «imposizione», in relazione alle diverse normative che si vanno introducendo, di specifici rimedi (invalidità in una delle sue varie forme, risoluzione, recesso, ecc.), suggerendo di limitarsi alla individuazione delle diverse «fattispecie», per poi lasciare ai legislatori dei singoli ordinamenti il compito (e la libertà) di ricollegare a tali fattispecie il rimedio ritenuto più opportuno, e, soprattutto, più conforme alla tradizione e al «sistema» propri di ciascun ordinamento".

orientamenti.

5.1.1 *Segue: l'invalidità del contratto*

Per una prima tesi, l'inosservanza delle degli obblighi informativi determinerebbe la nullità del contratto, sul presupposto del carattere inderogabile delle disposizioni violate, in quanto connesse alla funzione di protezione del consumatore¹³⁰. In altri termini si tratterebbe di una nullità virtuale di protezione¹³¹.

In senso contrario si è osservato che la nullità di protezione si caratterizza per essere una nullità testuale, rispondente ad una logica di tipicità e tassatività. Ne dovrebbe, dunque, conseguire la necessità che la disposizione sanzioni espressamente la violazione di una regola di comportamento con la nullità del negozio.

A livello giurisprudenziale, se per un verso la giurisprudenza della Corte di Giustizia ammette questa forma di nullità di protezione ove rappresenti la miglior forma di tutela degli interessi della parte debole del contratto, per altro verso, come si dirà nel prosieguo, la Corte di Cassazione non lascia spazio alla nullità virtuale a tutela del consumatore, qualificando le regole di comportamento precontrattuale come regole di responsabilità, salvo che non ci sia una norma di legge

¹³⁰ F. Di Marzio, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 459; F. Rende, *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2012, 218, secondo cui la nullità sarebbe “la soluzione ermeneutica più congeniale non solo all'effettività ed unità teleologica degli obblighi informativi, ma, soprattutto, alla nuova funzione che la nullità ha assunto nella prospettiva comunitaria.”

¹³¹ In senso contrario S. Pagliantini, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contr.*, 2009, 1041 e ss. secondo cui il concetto di nullità virtuale di protezione condurrebbe irrazionalmente ad una applicazione indiscriminata del rimedio della nullità anche a fattispecie di minima rilevanza, sia sotto il profilo della gravità del comportamento tenuto dal professionista che sotto quello del danno subito dal consumatore.

che le qualifiche come regole di validità comminando espressamente la nullità del negozio.

Sempre sul piano dell'invalidità, si sostiene poi l'annullabilità del negozio ove la violazione degli obblighi informativi abbia fortemente influenzato la formazione del consenso del consumatore.

Tuttavia, le pronunce che hanno riconosciuto l'esistenza di un vizio della volontà determinato da reticenza o mendacio sono piuttosto sporadiche, risultando oggettivamente difficoltoso adattare la disciplina codicistica alle fattispecie in esame¹³². Innanzitutto, con riferimento all'errore, va considerato che l'orientamento prevalente tende ad escludere l'essenzialità dell'errore concernente la solvibilità del debitore¹³³. Ed analoghe considerazioni possono svolgersi con riferimento al dolo, posto che la giurisprudenza è nel senso di ritenere rilevante l'inganno soltanto ove abbia determinato un errore essenziale ai sensi dell'art.1429 c.c.¹³⁴

5.1.2 Segue: la responsabilità precontrattuale del professionista

L'orientamento prevalente, a prescindere dalle ipotesi in cui ricorrano i presupposti per l'annullamento, fa discendere dalla

¹³² Come osserva F. Rende, *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf*, in *Contr.*, 2, 2017, 203.

¹³³ C. M. Bianca, *Diritto civile III cit.*, 648, il quale espressamente precisa che l'insolvenza "è una circostanza di fatto e non una qualità della persona".

Anche ove si volesse ritenere l'elenco di cui all'art. 1429 c.c. come meramente semplificativo non si perverrebbe ad una diversa conclusione, posto che rimarrebbe comunque escluso dall'applicazione del rimedio l'errore concernente circostanze sprovviste di una connessione diretta con il regolamento contrattuale. In questo senso P. Barcellona, voce *Errore (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 261 e ss.

¹³⁴ In questo senso Cass. civ. n. 12892 del 23 giugno 2015 su www.iusexplorer.it; Cass. civ. n. 14628 del 23 giugno 2009 in www.iusexplorer.it.

violazione degli obblighi informativi in capo al professionista l'obbligo di risarcimento del danno¹³⁵, escludendo invece che si possa ottenere una declaratoria di nullità del negozio.

La tesi in parola richiama la nota distinzione tra regole di validità e regole di comportamento su accennata. Pur non essendo questa la sede per approfondire la tematica e la sua perdurante attualità, è necessario precisare come secondo detta ripartizione, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti, la quale può essere fonte di un mero obbligo risarcitorio.

La tesi si basa proprio sul presupposto che la norma impositiva degli obblighi informativi costituisca una regola di condotta volta a conformare il comportamento dell'intermediario nel corso del rapporto e, dunque, inidonea a causare la nullità del negozio.

L'orientamento in questione è stato fatto proprio anche dalla Corte di Cassazione che, nelle note pronunce nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007, rese a Sezioni Unite¹³⁶, ha innanzitutto ribadito l'attualità della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, così prendendo le distanze dall'orientamento che colpisce l'inosservanza degli obblighi informativi con la nullità

¹³⁵ V. Roppo, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 3, 2005, 896; G. Sicchiero, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. impr.*, 2, 2006, 368.

¹³⁶ Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 2674 e 2675, con nota di G. Vettori, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2, 2008, 104 e ss.

virtuale¹³⁷. In secondo luogo ha, per l'appunto, individuato nel risarcimento del danno il mezzo per correggere il risultato lesivo dovuto al contegno scorretto del professionista¹³⁸.

Quanto alla natura della responsabilità in esame, va innanzitutto precisato che tradizionalmente si riteneva configurabile una responsabilità precontrattuale solo in presenza un contratto non ancora o non validamente stipulato. Una lettura innovativa dell'art. 1337 c.c. ha successivamente condotto la giurisprudenza a ritenere come tale forma di responsabilità non derivi dalla sola ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative ma possa, altresì, conseguire da un comportamento sleale finalizzato a far stipulare alla controparte un contratto valido ma pregiudizievole¹³⁹. Ne è derivato un concetto di

¹³⁷ G. Alpa, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contr. impr.*, 4-5, 2008, 893 osserva che "Il tema riguarda i servizi finanziari ma i problemi che solleva si riscontrano in altri settori. Può quindi considerarsi come un caso emblematico da trattare nel laboratorio del giurista, sia questi inteso come il legislatore oppure come il giudice oppure come lo scienziato del diritto. E l'interrogativo di partenza va ben al di là della ammissibilità o meno della cd. «nullità virtuale», o della conservazione della classificazione di regole di validità e regole di comportamento, perché si estende a ricomprendere i modelli di regolazione dei mercati e il ruolo del «*private enforcement*», i rapporti tra il diritto comunitario e il diritto interno, e la scelta dei rimedi applicabili, ancora l'opportunità e/o fattibilità di una armonizzazione delle regole speciali e delle regole di diritto comune, considerando gli obblighi informativi precontrattuali come il punto di osservazione da cui muovere per analizzare questo complesso nodo di questioni."

¹³⁸ G. Vettori, *op. cit.*, 107, osserva che "La *ratio* è chiara. Si tende a conservare l'operazione economica e la validità dell'accordo e a riequilibrare il contratto attraverso il risarcimento che può avere, si è detto, una precisione chirurgica. A ben vedere tale indirizzo è espressione della tendenza radicata alla espansione del rimedio per equivalente che esalta il valore economico dell'affare sino a prevalere sul controllo giuridico dell'atto. Ma passaggi ulteriori possono essere tracciati. Superato il dogma dell'egemonia della fattispecie e attribuita autonoma rilevanza ai contegni formativi ed esecutivi del regolamento è in questa area che si devono valutare squilibri e scorrettezze."

¹³⁹ Il riferimento è a Cass. civ. n. 19024 del 29 settembre 2005 in *Giur. comm.*, 4, 2006, 626 con nota di C. E. Salodini, *Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale.*

buona fede in termini di clausola generale, volto a salvaguardare le parti dalla conclusione di contratti svantaggiosi e idoneo a configurare una responsabilità precontrattuale anche in presenza di un negozio valido.

Qualificata, dunque, anche la responsabilità in esame come precontrattuale, com'è noto la giurisprudenza tradizionale era solita configurare una violazione del principio del *neminem laedere* e, dunque, la natura extracontrattuale della stessa¹⁴⁰. Nondimeno, in deroga alla relativa disciplina, l'onere della prova si riteneva gravante sul professionista, alla luce del principio generale, affermato anche dalla Corte di Giustizia, secondo cui l'onere della prova dell'adempimento degli obblighi informativi doveva sempre ritenersi a carico del professionista in quanto in caso contrario ne sarebbe risultata compromessa l'effettività della protezione offerta al consumatore¹⁴¹.

Negli ultimi anni la Suprema Corte ha, però, mutato il proprio orientamento, attribuendo natura contrattuale alla responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c.¹⁴² Com'è noto il ragionamento si fonda sul concetto di “contatto sociale”, che ruota attorno all'idea che sin dalla fase delle trattative si crei una relazione qualificata tra le parti.

¹⁴⁰ In questo senso le sopracitate sentenze gemelle. Già in precedenza Cass. civ. n. 19024 del 29 settembre 2005, in *Obbl. contr.*, 1, 2006 con nota di V. Roppo G. Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, 25 e ss.

¹⁴¹ CGUE 18 dicembre 2014, causa C-449/13, *CA Consumer Finance c. Ingrid Bakkaus e altri* consultabile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62013CJ0449&from=IT>.

¹⁴² *Ex multis*, Cass. civ. n. 14188 del 12 luglio 2016 in *Contr.*, 1, 2017 con nota di F. Piraino, *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità)* in cui si specifica che: “il danno cagionato da una parte all'altra, in quanto ha la sua derivazione nella violazione di specifici obblighi (buona fede, protezione, informazione) precedenti quelli che deriveranno dal contratto, se ed allorquando verrà concluso, e non del generico dovere del *neminem laedere*, non può che essere qualificata come responsabilità contrattuale”.

Per tale ragione il contatto sociale qualificato viene inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c., dal quale derivano a carico delle parti reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione riconducibili agli artt. 1175 e 1375 c.c.

6. Il periodo di riflessione

Sempre nell'ottica di assicurare al consumatore una scelta informata, l'art. 120 *novies* t.u.b. prevede, poi, al terzo comma un periodo di riflessione di sette giorni, antecedente la conclusione del contratto, utile al consumatore per confrontare le offerte, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata.

Sul punto la direttiva lasciava agli Stati membri l'onere di precisare se si trattasse di un periodo di riflessione antecedente la conclusione del contratto o di un periodo nel quale esercitare il diritto di recesso a seguito della stipula o, infine, una combinazione dei due¹⁴³.

Il legislatore italiano ha scelto di qualificare il periodo in esame come periodo di riflessione, durante il quale l'offerta è vincolante per il finanziatore e il consumatore può accettarla in qualsiasi momento. Quanto alla decorrenza del termine in questione, dal combinato disposto dei commi 2, 3 e 4 dell'art.120 *novies* t.u.b. deve desumersi che esso abbia inizio dal momento dalla consegna al consumatore della

¹⁴³ Così il sesto comma dell'art. 14: "Gli Stati membri precisano il periodo, di almeno sette giorni, durante il quale il consumatore ha il tempo sufficiente per confrontare le offerte, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata. Gli Stati membri precisano se il periodo di cui al primo comma è un periodo di riflessione prima della conclusione del contratto di credito oppure un periodo per l'esercizio del diritto di recesso dopo la conclusione del contratto di credito oppure una combinazione dei due."

bozza del contratto e del prospetto informativo¹⁴⁴.

La scelta di qualificare detto lasso temporale come periodo di riflessione si discosta da quanto previsto per gli altri contratti di credito al consumo: l'art. 125 *ter* t.u.b., in attuazione della direttiva 2008/48/CE, prevede, invero, il diritto di recesso del consumatore entro 14 giorni dal momento della stipula del contratto o, se successivo, dal momento in cui riceve tutte le condizioni e le informazioni previste ai sensi del precedente art. 125 *bis*, comma 1.

La ragione di tale scelta può rinvenirsi nel meccanismo procedimentale diverso da quello operante in tutti gli altri contratti dei consumatori. Questi ultimi, infatti, non si accompagnano di norma ad alcuna trattativa, la quale risulta, a seconda dei casi, impossibile o comunque inutile, in relazione al tipo di operazione economica che prende forma attraverso il contratto. Diversamente, per il credito immobiliare ai consumatori il quadro normativo tratteggiato in merito all'attività di negoziato precontrattuale impone al finanziatore di portare avanti una trattativa, nell'ambito della quale ben si colloca il periodo di riflessione previsto.

7. La valutazione del merito creditizio

Tra le attività preliminari alla conclusione del contratto fondamentale è la valutazione del merito creditizio del richiedente il

¹⁴⁴ Il quarto comma dell'art. 120 *novies* t.u.b. precisa infatti che: "Quando al consumatore è proposta un'offerta vincolante per il finanziatore, l'offerta è fornita su supporto cartaceo o su altro supporto durevole e include la bozza del contratto di credito; essa è accompagnata dalla consegna del modulo denominato «Prospetto informativo europeo standardizzato» se: a) il modulo non è stato fornito in precedenza al consumatore; o b) le caratteristiche dell'offerta sono diverse dalle informazioni contenute nel modulo denominato «Prospetto informativo europeo standardizzato» precedentemente fornito."

finanziamento, disciplinata all'art. 120 *undecies* t.u.b. Si tratta essenzialmente di un *rating*, ossia di un giudizio volto ad esprimere la qualità creditizia del debitore e in base al quale decidere per l'affidamento e le modalità dello stesso¹⁴⁵.

La disposizione precisa che detta valutazione dev'essere effettuata tenendo conto dei fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito.

Si dispone, poi, che sia espletata sulla base delle informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti, proporzionate nonché opportunamente verificate, siano esse autonomamente procurate dal finanziatore grazie all'utilizzo di banca dati o fornite dal consumatore stesso. In quest'ultimo caso il finanziatore ha la possibilità di richiedere ulteriori chiarimenti in merito alle informazioni ricevute, ove necessario per consentire la valutazione del merito creditizio.

Si tratta, senza dubbio, di un punto di snodo cruciale della normativa, nonché uno dei fondamenti della regolazione del mercato "al tempo della crisi"¹⁴⁶. Invero, l'obbligo di valutazione del merito creditizio, apparentemente posto nell'interesse del professionista, in verità è finalizzato alla protezione del consumatore, posto che le regole precauzionali addossano al professionista stesso il compito di definire

¹⁴⁵ In questi termini S. Cherti, L. Follieri, C. Verde, *op. cit.*, 207 e ss., i quali sottolineano come si trattasse di un concetto già noto alla prassi bancaria ma che, a partire dall'introduzione dell'art. 124 *bis*. t.u.b., viene ora concepito come vero e proprio obbligo comportamentale in capo al finanziatore.

¹⁴⁶ E. Pellicchia, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca borsa*, 2, 2016, 214; In questo senso anche G. Falcone, *op. cit.*, 153 e ss.

il grado di sopportabilità dell'indebitamento¹⁴⁷.

Come anche recentemente sottolineato dalla Corte di Giustizia, tale obbligo precontrattuale è funzionale a garantire, in via diretta, una tutela effettiva dell'interesse individuale dei consumatori a non assumere obbligazioni che ne eccedano le capacità finanziarie. Parimenti si è precisato, poi, come l'effettivo adempimento dell'obbligo in questione tuteli, indirettamente, anche l'interesse generale al corretto funzionamento concorrenziale del mercato del credito, evitando una distorta allocazione delle risorse finanziarie¹⁴⁸.

7.1 *Segue*: il ruolo del consumatore

Si è detto che, ai sensi dell'art. 120 *undecies* t.u.b., tra le informazioni che il finanziatore deve porre alla base della valutazione del merito creditizio devono essere ricomprese anche quelle fornite dallo stesso consumatore. Si prevede, per un verso, il potere del finanziatore di richiedere chiarimenti alla controparte sulle informazioni ricevute e, per altro verso, il dovere di procedere ad un'opportuna verifica delle stesse.

Analizzando la posizione del consumatore in questa fase, sembra potersi configurare un vero e proprio obbligo di fornire informazioni utili al finanziatore.

¹⁴⁷ R. Calvo, *op. cit.*, 827; D. Russo, *Oltre il patto marciano*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da Pietro Perlingieri*, Napoli, 2017, 69 che definisce la valutazione del merito creditizio come "istituto assiologicamente ambivalente in quanto strumentale sia a garantire il corretto esercizio dell'attività creditizia evitando distorsioni nel mercato finanziario che a tutelare i singoli consumatori prevedenti il rischio del loro sovraindebitamento".

¹⁴⁸ Il riferimento è a CGUE, 27 marzo 2014, causa C- 565/12, *Fesih Kalhan c. LCL Le Credit Lyonnais SA* consultabile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012 CJ0565&from=IT>.

A ben vedere, il credito non può essere accordato se la valutazione del merito creditizio non può essere effettuata a causa della scelta del consumatore di non fornire le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione.

Ed inoltre, lo stesso art. 120 *novies* t.u.b., nell'indicare il contenuto minimo del Pies richiama alla lettera a) le informazioni e le evidenze documentali che il consumatore “deve” fornire ai sensi del primo comma dell'art. 120 *undecies* t.u.b. e, dunque, ai fini della valutazione del merito creditizio.

Pur volendo prescindere dal dato testuale appena richiamato, la previsione di un obbligo di cooperazione gravante sul consumatore risulta in linea con la necessità di una sua responsabilizzazione: egli non soltanto deve essere consapevole delle conseguenze economiche derivanti dalla stipula di un contratto di credito ma, altresì, mettere in condizione il finanziatore di individuare la proposta contrattuale meglio rispondente alla propria situazione patrimoniale.

La sussistenza di un obbligo in capo al consumatore non si traduce, tuttavia, in un esonero di responsabilità del finanziatore. Su di egli continua a gravare, come si dirà nel prosieguo, la responsabilità della scorretta valutazione del merito creditizio dovuta all'incompletezza delle informazioni fornite dal consumatore. Ciò in quanto il creditore è, di regola, in condizione di poter porre rimedio a detta incompletezza, stante il suo obbligo di verificare opportunamente le informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Obbligo di verifica espressamente previsto al terzo comma dell'art. 120 *undecies* t.u.b.

Sembrano, dunque, potersi profilare due distinte situazioni.

In primo luogo, può ipotizzarsi il caso in cui il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire o falsificato le informazioni fornite al finanziatore. E', qui, evidente la responsabilità del consumatore al quale può accompagnarsi, ai sensi dell'art. 1227 c.c., la responsabilità del creditore nel caso in cui, ove avesse posto in essere i dovuti controlli, avrebbe potuto verificare la falsità delle informazioni. Non sembrerebbe, invece, potersi configurare una responsabilità del consumatore nel caso di totale omissione delle informazioni, in ragione dell'espresso obbligo del finanziatore di non concedere il finanziamento in detta ipotesi.

Diverso è il caso in cui il consumatore fornisca informazioni incomplete non per sua colpa, ossia in ragione della prevedibile inesperienza in materia finanziaria. Si pensi all'ipotesi in cui egli, in buona fede, abbia omesso di segnalare e documentare alcuni dati che lo rendano meno solvibile di quanto invece possa apparire al creditore¹⁵⁰. Non sembra chiaramente potersi attribuire alcuna responsabilità al debitore, soprattutto ove si consideri che l'intera disciplina in esame si basa sulla sua inesperienza in materia e sull'esigenza di tutelarlo dai pregiudizi che da tale inesperienza derivano.

¹⁵⁰ R. Calvo, *op. cit.*, 827, precisa che "Fuoriesce pertanto dalla gittata normativa l'omissione colposa, vale a dire la semplice disattenzione, siccome l'elemento costitutivo della fattispecie è la coscienza dell'inerzia (pur a fronte dell'antecedente sollecitazione a trasmettere il dato cognitivo da parte del professionista), mentre dovrebbe ugualmente rilevare la condotta del consumatore, il quale deliberatamente mantenga o rafforzi lo stato d'inesatta rappresentazione della realtà in cui viene a trovarsi la controparte".

8. La valutazione negativa del merito creditizio e l'autoresponsabilità del consumatore

Il legislatore nazionale sembra depotenziare la portata della dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, non curandosi di precisare se il professionista possa concedere il credito anche a seguito di una valutazione negativa, né le conseguenze della violazione del precetto in esame¹⁵¹.

Quanto al primo profilo, a ben vedere, l'art. 120 *undecies* t.u.b. non prevede espressamente un obbligo di astensione del finanziatore dal concedere il credito al consumatore in presenza di un esito negativo della valutazione. Di diverso tenore appare, invece, il disposto dell'art. 18 della direttiva, il cui quinto comma richiede agli Stati membri di assicurare che il creditore eroghi il credito al consumatore solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indichino che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito¹⁵².

¹⁵¹ In questo senso anche il 57° *considerando*: “La decisione del creditore sulla opportunità di concedere il credito dovrebbe essere coerente con l'esito della valutazione del merito creditizio. Ad esempio, la capacità del creditore di trasferire parte del rischio di credito a terzi non dovrebbe condurlo a ignorare le conclusioni della valutazione del merito di credito, rendendo disponibile un contratto di credito a un consumatore che probabilmente non sarà in grado di rimborsarlo. Gli Stati membri dovrebbero poter recepire questo principio chiedendo alle autorità competenti di adottare le misure del caso nell'ambito delle attività di vigilanza e di monitorare l'osservanza delle procedure di valutazione del merito di credito da parte dei creditori. Tuttavia, una valutazione positiva del merito di credito non dovrebbe tradursi nell'obbligo per il creditore di erogare il credito.”

¹⁵² Una previsione analoga è contenuta all'art. 124 *bis* t.u.b., attuativo della direttiva 2008/48/CE, ma deve sottolinearsi che la direttiva in questione, all'art.8, si limita a prescrivere l'obbligo del finanziatore di effettuare la valutazione, tacendo sul collegamento con le decisioni conseguenti.

Diversa è stata la scelta effettuata dal legislatore francese: l'art. L. 313-16 del *Code de la consommation* prevede espressamente che il credito possa essere concesso al mutuatario solo se il mutuante sia stato in grado di verificare che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente rispettati.

La mancata previsione di un tale obbligo in capo al finanziatore sembra, dunque, configurare un *vulnus* nella tutela che la direttiva intende garantire al consumatore. Se, per un verso, il professionista è obbligato a valutare la sostenibilità del finanziamento in base alla situazione patrimoniale del consumatore, al contempo sembrerebbe ammettersi la concessione del credito anche laddove non sussistano i presupposti per il suo esatto adempimento.

In presenza di un dato normativo non univoco la questione è lasciata all'interprete e, a tal fine, può risultare utile una lettura sistematica dell'intera disciplina.

Innanzitutto, è da escludere la possibilità che il finanziatore eroghi il credito nel caso in cui la valutazione del merito creditizio non sia stata effettuata per causa imputabile al consumatore. Lo si desume dal primo comma dell'art. 120 *novies* t.u.b., nella parte in cui prevede che il documento informativo da consegnare al consumatore precisi l'avvertimento che “il credito non può essere accordato se la valutazione del merito creditizio non può essere effettuata a causa della scelta del consumatore di non fornire le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione”.

Sempre l'art. 120 *novies* t.u.b. impone, poi, al finanziatore una nuova valutazione del merito creditizio ove, a seguito della stipula del contratto, debba procedersi ad un aumento significativo dell'importo totale del credito¹⁵³. Potrebbe, dunque, concludersi che, posto che si

¹⁵³ Così recita l'art. 120 *novies* comma 4 t.u.b.: “Prima di procedere a un aumento significativo dell'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore svolge una nuova valutazione del merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni aggiornate, a meno che il credito supplementare fosse previsto e incluso nella valutazione del merito creditizio originaria.”

ritiene necessaria una valutazione positiva del merito creditizio per procedere all'aumento dell'importo finanziato, *a fortiori* sarebbe contraddittorio non ritenere sussistente un obbligo di astensione anche per l'originaria valutazione¹⁵⁴.

E' sulla base di tali argomentazioni, unite alla considerazione che l'obbligo di non concedere un credito valutato insostenibile si inserirebbe a pieno titolo tra le misure di prevenzione del sovraindebitamento, che una parte della dottrina ritiene che l'art. 120 *undecies* t.u.b. non si limiti a prevedere l'obbligo di effettuare la valutazione del merito creditizio ma richieda, invece, un nesso di funzionalità necessaria tra detta valutazione e la successiva decisione in ordine all'erogazione del credito¹⁵⁵.

Di diverso avviso l'orientamento che fa leva sul principio di autoresponsabilità del consumatore¹⁵⁶. Secondo questa tesi non potrebbe configurarsi in capo al finanziatore un vero e proprio obbligo di astenersi ma solo un "dovere di messa in guardia" circa l'insostenibilità del finanziamento. La scelta finale in ordine alla stipula del contratto spetterebbe comunque al consumatore¹⁵⁷. Ciò anche in ragione dell'esigenza di evitare che le difficoltà di restituire il finanziamento incontrate dal debitore vengano trasferite sul creditore con il duplice effetto non soltanto di erosione di ogni profilo di

¹⁵⁴ S. Tommasi, *op. cit.*, 88.

¹⁵⁵ G. Rossi, *op. cit.*, 1493; R. De Chiara, *sub art. 124-bis*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Padova, 2012, 1873; G. De Cristofaro F. Oliviero, *I contratti di credito ai consumatori*, nel *Trattato dei contratti, V, Mercati regolati*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, Milano, 2014, 316.

¹⁵⁶ Sul tema si rimanda a S. Pugliatti, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 452 e ss.

¹⁵⁷ L. Modica, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2, 2012, 492 e ss.

autoresponsabilità del parte del consumatore ma altresì di socializzazione degli effetti su tutta la platea di consumatori, in termini di innalzamento dei costi e di limitazioni all'accesso del credito delle famiglie¹⁵⁸.

Quest'ultima impostazione sembra, invero, preferibile. Sebbene non possa non concordarsi che ritenere sussistente un obbligo di astensione risulterebbe maggiormente rispondente alla *ratio* di prevenzione del sovraindebitamento insita nella disciplina del credito al consumo, in assenza di un'espressa previsione in tal senso sembra eccessivo desumere dalla norma in esame una posizione di obbligo in capo al finanziatore.

9. Il rimedio pubblicistico in caso di omessa o errata valutazione del merito creditizio. L'applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette

Nel caso in cui la valutazione del merito creditizio sia stata condotta scorrettamente è possibile individuare conseguenze sia sul piano pubblicistico che sul piano privatistico, analogamente a quanto già affermato con riguardo alla violazione degli obblighi informativi di cui all'art. 120 *novies* t.u.b.

Quanto al primo profilo, il richiamo è ancora una volta al novellato art. 144 t.u.b., il quale prevede l'applicazione della sanzione pecuniaria anche in caso di omessa o errata valutazione del merito creditizio.

Si rimanda, dunque, alle considerazioni svolte al paragrafo 4, in

¹⁵⁸ M. Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2011, 768.

particolare con riguardo all'idoneità della sanzione pecuniaria a dissuadere il professionista dalla violazione della disposizione in esame.

Quanto al secondo profilo occorre innanzitutto precisare che nell'ambito del concetto di valutazione "condotta scorrettamente" rientrano tanto il comportamento del finanziatore che faccia luogo alla concessione di credito in mancanza di una valutazione del merito creditizio, quanto quello in cui lo stesso concluda il contratto in presenza di una valutazione deficitaria, carente di informazioni necessarie o effettuate senza una verifica di quelle acquisite dal consumatore.

L'art. 120 *undecies* t.u.b. si limita a prevedere che il contratto di finanziamento non possa risolversi per il solo fatto che la valutazione sia stata condotta scorrettamente o che le informazioni fornite fossero incomplete, tacendo sulla sorte del finanziamento e sui profili di responsabilità del finanziatore.

La vaghezza della disposizione ha condotto, dunque, alla prospettazione di più tesi sulla sorte del contratto, ferma restando, anche in tale ipotesi, la tesi dottrinale che ammette l'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ove il comportamento del finanziatore risulti idoneo a influire in maniera determinante sulle scelte della parte debole del rapporto¹⁵⁹.

¹⁵⁹ Sul punto si rimanda alle osservazioni svolte al paragrafo 5.1 con riguardo all'applicazione della disciplina delle pratiche scorrette in caso di violazione degli obblighi informativi.

9.1 Segue: l'invalidità del contratto e la responsabilità precontrattuale del professionista

Con riferimento alla sorte del contratto, secondo una prima prospettazione il rimedio ad un negozio stipulato a seguito di lacunosa o errata valutazione del merito creditizio sarebbe la nullità dello stesso per violazione di norma imperativa, con discorso analogo a quello già effettuato per la violazione degli obblighi informativi¹⁶⁰.

Si è poi sostenuta la tesi dell'annullabilità per errore, ritenendosi ragionevole che l'omessa o errata verifica della solvibilità del consumatore determini un vizio del consenso prestato dal contraente debole, essendo esso stato indotto ad assumere obbligazioni che non avrebbe assunto se avesse conosciuto la propria condizione di "immediatevolezza finanziaria"¹⁶¹. In senso contrario potrebbe osservarsi anche in questo caso come l'errore in questione non possa ritenersi essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c. Si tratterebbe, in particolare, di errore sugli esiti prevedibili del contratto derivante dall'inesatta conoscenza della propria situazione patrimoniale, che non sembra poter rientrare in nessuno degli elementi di cui al su citato articolo¹⁶².

¹⁶⁰ In senso contrario R. Calvo, *op. cit.*, 827, secondo cui il rimedio della nullità potrebbe risultare eccessivo in caso di credito concesso trascurando il merito creditizio o sopravvalutando le capacità reddituali del consumatore, in quanto tale soluzione "potrebbe essere foriera di disordini e complicazioni, in grado di indebolire e stemperare la tutela effettiva della parte astrattamente protetta".

¹⁶¹ G. Azadi, *op. cit.*, 292 e 293.

¹⁶² In senso contrario G. Azadi, *op. cit.*, 292, ha sostenuto come "Nonostante la tipicità delle fattispecie di errore, violenza e dolo, la disciplina dei vizi del consenso è, di per se, preordinata ad attribuire rilievo giuridico a condotte precontrattuali che, secondo una valutazione preventiva del legislatore, risultano potenzialmente idonee ad incidere sull'autonomia negoziale dei contraenti, inficiando la libertà del consenso prestato all'operazione negoziale e, con essa, la validità del contratto. Ora, nella disciplina del credito al consumo, il legislatore comunitario stabilisce che, al fine di garantire la libertà

Tuttavia, non può non sottolinearsi che, in ragione del rapporto che può intercorrere tra uno scorretto processo informativo ed il comportamento del consumatore, non dovrebbero esservi dubbi in merito alla configurabilità, quantomeno in astratto, di un vizio del consenso a seguito della violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio, potendosi in particolare immaginare che, per garantire la libertà del consenso prestato dal contraente debole, il legislatore abbia ritenuto indispensabile la conoscenza da parte dello stesso degli esiti della verifica della sua solvibilità imponendo obblighi informativi la cui inosservanza vizierebbe il consenso inducendo verso obbligazioni restitutorie che altrimenti non sarebbero state assunte¹⁶³.

Analogamente a quanto osservato in caso di violazione degli obblighi informativi, la tesi prevalente in giurisprudenza individua la principale conseguenza civilistica della scorretta valutazione del merito creditizio sul piano della responsabilità precontrattuale del professionista¹⁶⁴. Tale rimedio sembra, invero, il più adatto a soddisfare le esigenze di protezione del consumatore a fronte di un irresponsabile finanziamento, soprattutto in quanto il rimedio dell'invalidità non risolverebbe il problema della sopravvivenza dell'obbligo di

del consenso prestato dal contraente debole, occorre anzitutto sanare il *deficit* cognitivo del medesimo, addossando specifici doveri informativi e di condotta al finanziatore, che ricomprendono anche l'obbligo di preventiva verifica della solvibilità del consumatore. Trattasi, infatti, di verifica che il consumatore non è in grado di compiere autonomamente e che, al contempo, veicola informazioni ritenute essenziali per garantire la consapevolezza del consenso prestato all'operazione di credito.”

¹⁶³ F. Salerno, *La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10, 2018, 1429.

¹⁶⁴ Si rinvia nuovamente alle pronunce n. 26724 e 26725 della Suprema Corte a Sezioni Unite sopra richiamate.

restituzione del capitale già erogato¹⁶⁵.

10. Il divieto del finanziatore di “risolvere” il contratto

Ad ulteriore protezione del consumatore la normativa prevede il divieto del finanziatore di risolvere il contratto di credito o di esercitare uno *ius variandi* in senso sfavorevole ex art. 118 t.u.b. in caso di inesatta valutazione del merito creditizio non imputabile al debitore.

Un cenno merita, in particolare, il divieto di risoluzione del contratto.

Il termine “risoluzione” sembra essere stato utilizzato, in particolar modo dal legislatore italiano, in senso lato e atecnico.

Invero, appare evidente come la fattispecie contemplata dalla disposizione in esame sia difficilmente riconducibile alle ipotesi di risoluzione del contratto disciplinate dal codice civile.

A ben vedere, com'è noto, ai sensi degli artt. 1453 e 1455 c.c. il diritto del creditore alla risoluzione del contratto presuppone un inadempimento di non scarsa importanza, imputabile al debitore e relativo ad obbligazioni aventi titolo in un contratto a prestazioni corrispettive. In altri termini, lo scioglimento del vincolo è subordinato ad un difetto funzionale del sinallagma contrattuale sopravvenuto, che si realizza a seguito della stipula di un contratto valido ed esente da vizi¹⁶⁶.

Non sembra, dunque, un rimedio applicabile al caso di cui

¹⁶⁵ Si rimanda a quanto detto nel paragrafo 5.1.2 con riferimento alla responsabilità in esame.

¹⁶⁶ *Ex multis*, A. Belfiore, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1307 e ss.; M. Giorgianni, voce *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, 861 e ss.

trattasi.

Una rilettura della disposizione maggiormente conforme al sistema rimediario proprio del nostro ordinamento potrebbe portare ad interpretare il concetto di “risoluzione” in termini di rimedio demolitorio del vincolo in senso lato. Più in particolare, il rimedio caducatorio più idoneo al caso di specie potrebbe considerarsi l’annullamento del contratto per dolo.

Può pervenirsi a questa conclusione analizzando il tipo di vizio configurabile e l’ambito applicativo del divieto di “risoluzione” di cui trattasi.

A ben vedere, il divieto di cui al terzo comma dell’art. 120 *undecies* t.u.b. è finalizzato a garantire il mantenimento del contratto nonostante una scorretta valutazione del merito creditizio solo ove il consumatore non abbia condotto il finanziatore a concedere il credito sulla base di informazioni volutamente incomplete o non veritiere. In altri termini, la disposizione pone il divieto del finanziatore di “risolvere” il contratto nei soli casi in cui il consumatore non abbia volutamente posto in essere un comportamento idoneo a viziare il consenso del creditore che, ove avesse avuto contezza della reale situazione finanziaria della controparte, non avrebbe stipulato il contratto.

Diversamente, ove il consumatore abbia agito volutamente al fine di modificare l’esito della valutazione, fornendo al finanziatore informazioni false o incomplete, sembra proprio potersi configurare una condotta dolosa idonea a coartare il consenso della controparte.

Il dolo, com’è noto, si qualifica, nella sua accezione soggettiva,

come consapevole intenzione di ledere interessi di altri soggetti o di effettuare un torto, nonché, nella sua accezione oggettiva, come comportamento sleale ed illecito, attuato mediante imbrogli o falsi, raggiri o artifici, al fine di trarre un profitto¹⁶⁷.

La condotta del consumatore, alla luce di quanto appena detto, sembra quindi ben potersi considerare una condotta dolosa rilevante ai sensi dell'art. 1439 c.c.

¹⁶⁷ *Ex multis*, C. A. Funaioli, voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XIII, 1964, 738 e ss.

CAPITOLO IV

La fase patologica del rapporto

Sommario: 1. La gestione del rapporto con il consumatore in difficoltà – 2. Il ruolo del professionista – 3. Il ruolo del consumatore - 4. L'autotutela esecutiva del finanziatore - 4.1 *Segue*: il rapporto con il divieto del patto commissorio – 5. Il patto marciano previsto dall'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. – 6. Le specifiche disposizioni a tutela del consumatore – 7. L'effetto estintivo del debito

1. La gestione del rapporto con il consumatore in difficoltà

Tra gli obiettivi della disciplina del credito immobiliare vi è il contrasto al sovraindebitamento dei consumatori. Se per un verso si punta a responsabilizzare la parte debitrice, fornendo tutte le informazioni necessarie per effettuare una scelta consapevole ed in linea con la propria posizione finanziaria, per altro verso si accompagna il consumatore anche durante la fase patologica del rapporto al fine di consentirgli il superamento della fase di inadempimento.

A tal fine la disciplina in esame prevede, innanzitutto, una “gradazione” dell'inadempimento, idonea a riconoscere al consumatore un periodo di tempo utile a recuperare l'esattezza dell'esecuzione del contratto¹⁶⁸.

In primo luogo, un semplice ritardo nei pagamenti, comunque inferiore a sette rate, non è di per sé idoneo a consentire al creditore di invocare la risoluzione del contratto, ma assume rilievo al fine del decorso degli interessi moratori. Solo nel caso in cui detto ritardo si

¹⁶⁸ F. Piraino, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori cit.*, 162; D. Russo, *op. cit.*, 76 e 77.

protragga per almeno sette rate, anche non consecutive, l'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. fa salva l'applicazione dell'art. 40 secondo comma t.u.b., dal quale discende la possibilità per il creditore di richiedere la risoluzione del contratto. Va precisato come in tal caso il ritardo nel pagamento non si identifichi con il mancato rispetto del termine contrattuale di adempimento, bensì con il pagamento effettuato tra i trenta e i centottanta giorni dalla scadenza della rata¹⁶⁹. Parimenti, resta salva la possibilità di fare ricorso agli ordinari rimedi contro l'inadempimento di cui all'art. 1453 c.c.

Ove, poi si realizzi un mancato pagamento di più di 18 rate mensili, l'inadempimento sarà tale da consentire l'autotutela esecutiva del creditore, come si dirà nel prosieguo.

2. Il ruolo del professionista

Durante la fase patologica del rapporto il ruolo del professionista resta fondamentale. Dal primo comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. emerge con chiarezza l'esigenza che il finanziatore cooperi con il consumatore al fine del superamento della fase di inadempimento. Si prevede, in particolare, che egli adotti "procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti"¹⁷⁰.

In altri termini, al finanziatore è richiesta una ragionevole tolleranza nei rapporti con la controparte: il debito dovrà essere gestito tramite procedure capaci di adattarsi alle specificità dei singoli casi,

¹⁶⁹ Come precisato dallo stesso secondo comma dell'art 40 t.u.b.

¹⁷⁰ Il primo paragrafo dell'art. 28 della direttiva risulta essere più esplicito sul punto, statuendo che gli stati membri "adottano misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia".

tenendo in debito conto la gravità della condizione di disagio in cui il singolo consumatore versa¹⁷¹.

Si tratta essenzialmente di un'estrinsecazione della regola di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c., che impone al creditore di tollerare l'inesattezza o il ritardo nell'adempimento a patto che non si comprometta l'utilità sostanziale derivante dal contratto¹⁷².

Il comma in esame non precisa altro in ordine alla condotta che il finanziatore è tenuto a porre in essere.

Potrebbe, innanzitutto, consentirsi al consumatore di dilazionare ulteriormente il pagamento. Nondimeno è evidente come una soluzione del genere non sempre possa risultare risolutiva, ben potendo accadere che il debitore non sia in grado di restituire quanto dovuto neanche in termini più ampi. Soprattutto ove si tenga conto dell'incremento di interessi conseguente dalla dilazione¹⁷³.

Il rischio è, quello di aggravare ulteriormente la posizione del consumatore che, sempre avuto riguardo al caso concreto, potrebbe

¹⁷¹ G. Grisi, *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2017, 556.

La disposizione in esame, con riguardo al trattamento di favore previsto per il consumatore in difficoltà, non è un *unicum* nel panorama legislativo. Si pensi alla disciplina del sovraindebitamento di cui alla legge n. 3 del 27 gennaio 2012, il cui art. 14 *terdecies* comma 2 lettera a) esclude l'esdebitazione "quando il sovraindebitamento del debitore è imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali." L'approccio "tollerante" del legislatore sembra iscriversi in un'ottica di debitore non più considerato colpevole dell'inadempimento bensì vittima del sistema economico. Per una più ampia disamina dell'argomento si rimanda a G. Grisi, *L'inadempimento di necessità*, in *www.juscivile.it*, 2014, 6, 215 e ss.

¹⁷² A.Di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 438; U. Breccia, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica P. Zatti, Milano, 1991, 402.

¹⁷³ Come osserva S. Tommasi, *op. cit.*, 169; in questo senso anche F. Piraino, *op. ult. cit.*, 162, secondo cui "Appare poco realistico, infatti, che nel volgere di qualche mese le difficoltà economico-finanziarie del debitore possano sensibilmente migliorare, tanto più che il suo debito restitutorio nei confronti del finanziatore continua a incrementarsi con il decorso degli interessi moratori sulla rata insoluta, incrementata dagli interessi corrispettivi".

invece trarre maggiore beneficio dall'immediata escussione della garanzia, ove presente. In tali ipotesi di grave indebitamento, in cui la dilazione di pagamento avrebbe il solo effetto di aggravare la posizione del debitore aumentando il *quantum* dovuto, l'immediata liquidazione della garanzia potrebbe, invero, costituire la soluzione migliore. Posto che in questi casi la dilazione con grande probabilità non eviterebbe, ma ritarderebbe soltanto l'escussione della garanzia, la liquidazione potrebbe consentire diversamente di minimizzare i costi associati all'esecuzione.

Diverso è il caso in cui dalla valutazione dello stato patrimoniale del consumatore emerga la possibilità di far fronte alle proprie obbligazioni in futuro. Si pensi, in via esemplificativa, ad una carenza di liquidità solo temporanea. In tal caso la dilazione di pagamento risulterebbe sicuramente più confacente alle esigenze del debitore, consentendogli di adempiere alla prestazione dovuta e preservare la titolarità del bene oggetto di garanzia¹⁷⁴.

Vi è, poi, chi ha sostenuto la possibilità di avviare una transazione con il consumatore finalizzata alla rinegoziazione del credito, con conseguente rideterminazione delle modalità di pagamento¹⁷⁵.

Ed ancora, vi è chi sostiene la necessità di un intervento più significativo in favore del consumatore, arrivando a considerare la condizione di difficoltà economica del consumatore alla stregua di un'impossibilità temporanea di adempiere ai sensi del secondo comma

¹⁷⁴ In questo senso A. Bertolini, *op. cit.*, 340 e ss.

¹⁷⁵ In questo senso M. Astone, *op. cit.*, 760, che sottolinea come tale possibilità diventi necessaria in presenza di un'errata valutazione del merito creditizio.

dell'art. 1256 c.c.¹⁷⁶ In altre parole, il mancato pagamento del consumatore non andrebbe qualificato in termini di inadempimento, con la conseguenza che l'obbligazione pecuniaria resterebbe sospesa sino al superamento della situazione di difficoltà del debitore e non decorrerebbero ulteriori interessi. Sebbene, di regola, le vicende interne alla sfera giuridica interna del debitore risultino influenti con riguardo alle obbligazioni pecuniarie assunte, il richiamo alla nozione di impossibilità temporanea viene qui giustificato laddove il dissesto dipenda da fattori aventi portata generale. Si pensi, in via esemplificativa, alla crisi del mercato immobiliare con conseguente perdita di valore degli immobili o, più in generale, a talune conseguenze dirette della crisi economica nazionale e mondiale¹⁷⁷.

Tuttavia, sebbene tale soluzione appaia sicuramente la più favorevole in una prospettiva di tutela del consumatore, è altrettanto evidente l'incertezza in ordine alla realizzazione del debito che ne deriverebbe¹⁷⁸. Incertezza di portata tale da apparire un rimedio forse troppo sproporzionato rispetto alla su menzionata esigenza di tutela del debitore.

3. Il ruolo del consumatore

E' evidente come, al fine di consentire al professionista di compiere i ragionevoli sforzi richiesti al fine di superare la fase di inadempimento, anche il consumatore svolga un ruolo di rilievo.

¹⁷⁶ In questo senso G. Grisi, *op. ult. cit.*, 215 e ss.

¹⁷⁷ F. Piraino, *op. ult. cit.*, 164.

¹⁷⁸ F. Piraino, *op. ult. cit.*, 164.

Invero, partendo dal presupposto che la logica di cooperazione e correttezza nella fase patologica del rapporto coinvolge anche il debitore, va inoltre evidenziato come quest'ultimo sia il soggetto maggiormente in grado di conoscere la propria situazione patrimoniale e le ragionevoli prospettive di miglioramento o di peggioramento.

Comunicare queste circostanze al proprio creditore è espressione di un agire diligente e cooperativo a cui il debitore è tenuto, anche per salvaguardare l'interesse del creditore: questi, se adeguatamente informato e messo in condizione di valutare costi e benefici, spesso avrà maggiori possibilità di essere soddisfatto, se concorderà con il debitore una strategia comune di superamento della difficoltà, di quante ne avrebbe in difetto di cooperazione¹⁷⁹.

4. L'autotutela esecutiva del finanziatore.

Il terzo e il quarto comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b., concernenti l'autotutela esecutiva del creditore in presenza di un inadempimento significativo, rappresentano le previsioni più significative della disciplina della fase patologica del rapporto.

In particolare, il terzo comma della disposizione in esame prevede che, fatto salvo il divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., le parti del contratto di credito possano convenire nel regolamento contrattuale, con un patto espresso, la restituzione o il trasferimento al creditore del bene immobile oggetto di garanzia reale oppure la legittimazione alla vendita e il diritto a fare propri i proventi in caso di inadempimento pari a diciotto rate mensili.

¹⁷⁹ E. Pellicchia, *op. cit.*, 1114.

La disposizione consente, dunque, alle parti di inserire nel contratto un vero e proprio “patto marciano”¹⁸⁰: dal dato testuale emergono infatti i tratti distintivi della pattuizione in parola, ovvero la necessità di dar luogo ad una stima del bene oggetto di garanzia e il diritto del debitore di ricevere l’eccedenza tra valore dell’immobile e il minore ammontare del debito soddisfatto.

A ben vedere, la disciplina in esame si inserisce nella recente linea di tendenza del legislatore italiano volta al sempre maggiore riconoscimento normativo dello schema marciano, per un verso prevedendosi direttamente vere e proprie ipotesi legali di autotutela del credito o, per altro verso, permettendosi ai contraenti l’inserimento di simili clausole all’interno della regolamentazione contrattuale.

Al primo gruppo è riconducibile la previsione di cui all’art. 11 *quaterdecies*, comma 12° *quater* del d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla l. 2 dicembre 2005, n. 248, in materia di prestito vitalizio ipotecario, in cui la legittimazione del creditore a vendere direttamente il bene dato in ipoteca e a trattenere il prezzo costituisce un effetto di legge¹⁸¹. Al secondo gruppo sono,

¹⁸⁰ Com’è noto il patto marciano nasce per consentire, nonostante il divieto imposto dalla *lex commissoria* l’acquisto di beni oggetto di pegno o ipoteca in caso di inadempimento del debitore, grazie alla previsione della stima del giusto prezzo effettuata alla data dell’inadempimento e l’obbligo di restituzione dell’eventuale eccedenza ricavata.

Ritengono che il legislatore abbia inteso positivizzare un patto marciano, *ex multis*, A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva cit.*, 24 secondo cui “La disciplina in discorso, nel ribadire il divieto del patto commissorio, prevede quindi una ulteriore tipologia di patto marciano, regolandone il funzionamento e gli effetti in modo da evitare che il debitore abbia a subire un ingiusto pregiudizio dal congegno di autosoddisfacimento”; G. D’Amico, *La resistibile ascesa del patto marciano, in Europa dir. priv.*, 2017, 1 e ss; F. Piraino, *op. ult. cit.*, 188.

¹⁸¹ Come osserva F. Piraino, *op. ult. cit.*, 188; in questo senso anche T. Rumi, *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni “marciane” a garanzia del credito immobiliare*, in G. D’Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, *I nuovi marciani*, Torino, 2017, 115 e ss.

invece, riconducibili le disposizioni di cui all'art. 48 *bis* t.u.b., in materia di finanziamento all'impresa¹⁸² e di cui all'art. 1, settimo comma, lettera b), del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito con modificazioni, dalla l. 30 giugno 2016, n. 119 in tema di pegno mobiliare non possessorio¹⁸³, nonché la disposizione di cui all'art. 120

Così recita il comma 12 *quater*: “I finanziamenti di cui al comma 12 del presente articolo sono garantiti da ipoteca di primo grado su immobili residenziali e agli stessi si applica l'articolo 39, commi 1, 2, 3, 4 e 7, del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. L'ipoteca di primo grado a garanzia del finanziamento di cui al comma 12 non può essere iscritta contemporaneamente su più immobili di proprietà del finanziato. Qualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12, il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso. Trascorsi ulteriori dodici mesi senza che sia stata perfezionata la vendita, tale valore viene decurtato del 15 per cento per ogni dodici mesi successivi fino al perfezionamento della vendita dell'immobile. In alternativa, l'erede può provvedere alla vendita dell'immobile, in accordo con il finanziatore, purché la compravendita si perfezioni entro dodici mesi dal conferimento dello stesso. Le eventuali somme rimanenti, ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del predetto credito, sono riconosciute al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa. L'importo del debito residuo non può superare il ricavato della vendita dell'immobile, al netto delle spese sostenute. Nei confronti dell'acquirente dell'immobile non hanno effetto le domande giudiziali di cui all'articolo 2652, primo comma, numeri 7) e 8), del codice civile trascritte successivamente alla trascrizione dell'acquisto.

¹⁸² Così recitano i primi due commi dell'art. 48 *bis* t.u.b.: “1. Il contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'articolo 106 può essere garantito dal trasferimento, in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore a norma del comma 5. La nota di trascrizione del trasferimento sospensivamente condizionato di cui al presente comma deve indicare gli elementi di cui all'articolo 2839, secondo comma, numeri 4), 5) e 6), del codice civile. 2. In caso di inadempimento, il creditore ha diritto di avvalersi degli effetti del patto di cui al comma 1, purché al proprietario sia corrisposta l'eventuale differenza tra il valore di stima del diritto e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento.”

¹⁸³ Così recita il settimo comma: “7. Al verificarsi di un evento che determina l'escussione del pegno, il creditore, previa intimazione notificata, anche direttamente dal creditore a mezzo di posta elettronica certificata, al debitore e all'eventuale terzo concedente il pegno, e previo avviso scritto agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto nonché al debitore del credito oggetto del pegno, ha facoltà di procedere: a) alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito fino a concorrenza della somma garantita e con l'obbligo di informare immediatamente per

quinquiesdecies t.u.b. di cui trattasi, tutte finalizzate a consentire alle parti l'inserimento nel contratto della pattuizione marciiana.

Le novelle legislative su menzionate rivestono per l'interprete un rilievo significativo, in quanto offrono la conferma della esattezza dell'opinione espressa dalla dottrina e dalla giurisprudenza dominanti circa l'ammissibilità di detti strumenti di tutela esecutiva¹⁸⁴.

Com'è noto, infatti, detta legislazione speciale si inserisce nel dibattito in ordine al rapporto tra patto marciiano e patto commissorio, anch'esso costituente una forma di autotutela soddisfattoria del credito in quanto volto a realizzare un'alienazione in proprietà sospensivamente condizionata all'inadempimento del debitore.

iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato e di restituire contestualmente l'ecedenza; la vendita è effettuata dal creditore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di non apprezzabile valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati; l'operatore esperto è nominato di comune accordo tra le parti o, in mancanza, è designato dal giudice; in ogni caso è effettuata, a cura del creditore, la pubblicità sul portale delle vendite pubbliche di cui all'art. 490 del codice di procedura civile; b) alla escussione o cessione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita, dandone comunicazione al datore della garanzia; c) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro di cui al comma 4, alla locazione del bene oggetto del pegno imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di determinazione del corrispettivo della locazione; il creditore pignoratorio comunica immediatamente per iscritto al datore della garanzia stessa il corrispettivo e le altre condizioni della locazione pattuite con il relativo conduttore; d) ove previsto nel contratto di pegno e iscritto nel registro di cui al comma 4, all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita; il creditore pignoratorio comunica immediatamente per iscritto al datore della garanzia il valore attribuito al bene ai fini dell'appropriazione.”

¹⁸⁴ A. Luminoso, *Patto marciiano e sottotipi cit.*, 1414; C.M. Bianca, *Il divieto del patto commissorio cit.*, 218 e ss.; U. Carnevali, voce *Patto Commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 505 e ss.

4.1 *Segue: il rapporto con il divieto del patto commissorio*

È evidente che la prospettiva stessa di considerare il patto marciano una deroga al divieto di patto commissorio presuppone una chiara identificazione di quest'ultimo patto, o meglio delle ragioni del suo divieto¹⁸⁵. Ciò anche in quanto la fondamentale giustificazione del patto marciano si è costantemente risolta nel richiamo alle mancate condizioni di iniquità che caratterizzano il patto commissorio¹⁸⁶.

Ebbene, per l'orientamento tradizionale, il patto marciano è nullo in quanto rientrante nel divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Diverse sono le *rationes* individuate dalla dottrina a sostegno della tesi in parola. Per una prima prospettazione, la *ratio* del divieto andrebbe individuata nell'esigenza di tutelare la libertà negoziale del debitore, il quale potrebbe essere indotto a dare in garanzia il bene con l'illusione di poterne riottenere la proprietà adempiendo all'obbligazione¹⁸⁷. Parimenti il creditore, sfruttando lo stato di bisogno, potrebbe facilmente imporre condizioni tali da consentirgli di ottenere, in caso di inadempimento, un bene del debitore di valore di molto superiore a quello del credito insoddisfatto¹⁸⁸. Per una diversa tesi, il divieto di patto commissorio risponderebbe all'esigenza di tutelare la *par condicio creditorum* e, dunque, la necessità che il patrimonio del debitore non sia sottratto alla comune garanzia di tutti i creditori¹⁸⁹. Nondimeno, in senso contrario si è sottolineata la mancata

¹⁸⁵ G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 5.

¹⁸⁶ C. M. Bianca, *op. cit.*, 204.

¹⁸⁷ V. Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, 32 ss; in giurisprudenza Cass. civ., n. 14911 del 23 novembre 2001 in www.iusexplorer.it.

¹⁸⁸ C. M. Bianca, *op. cit.*, 205.

¹⁸⁹ *Ex multis*, U. Breccia, *op. cit.*, 61.

proporzione tra la tutela dei creditori e la sanzione della nullità del patto commissorio: rimane inspiegato perché la sanzione del patto commissorio non sia conforme a quella adottata nel nostro diritto positivo per gli atti pregiudizievoli ai creditori, e cioè la sanzione dell'inefficacia relativa. Poiché è proprio la funzione di tutela delle ragioni del creditore che giustifica i limiti di questa sanzione, è dubbio che la medesima funzione possa essere assunta a fondamento di una sanzione in cui tali limiti sono superati addirittura in una nullità radicale del negozio¹⁹⁰. Ed infine, vi è chi rinviene la ragione del divieto nel monopolio statale della funzione esecutiva, ostativo di forme di autotutela del creditore.

Com'è agevole notare, la *ratio* complessa che ne deriva non fa riferimento a profili patrimonialistici, prescindendo dal rapporto di valore tra la cosa data in garanzia e il credito garantito. Ciò anche facendo leva sul dato testuale, posto che l'art. 2744 c.c., come anche l'art. 1963 c.c. con riferimento all'anticresi, sono formulati in chiave non patrimonialistica, vietando il patto commissorio *tout court*, a prescindere dalla sussistenza di una sproporzione tra quanto dovuto dal debitore e quanto realizzato dal trasferimento del bene dato in garanzia.

Diversamente argomentando, l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale prevalente giunge ormai a considerare il divieto di cui all'art. 2744 c.c. come un divieto di risultato, volto in particolare ad evitare un ingiusto arricchimento del creditore¹⁹¹.

¹⁹⁰ E' l'opinione sostenuta da C. M. Bianca, *op. cit.*, 215 e ss. In questo senso anche U. Carnevali, *op. cit.*, 449 e ss.

¹⁹¹ *Ex multis*, S. Mazzamuto, *op. cit.*, 570, secondo cui la *ratio* del divieto di cui all'art. 2744 c.c. è ormai individuata "non tanto nella <<tutela della libertà morale del debitore>> quanto nel rischio di una sproporzione tra il valore del bene e l'importo del credito. Ne

In quest'ottica risulta maggiormente comprensibile la scelta del legislatore: il venir meno delle condizioni di iniquità cui è normalmente assoggettato il debitore nella stipulazione del patto commissorio consente di ammettere una deroga al divieto, potendosi considerare il meccanismo marciano uno strumento utile a ripristinare l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e ad evitare che il debitore, in caso di inadempimento, subisca un pregiudizio dal trasferimento al creditore del bene in garanzia.

In altri termini, si consente di ritenere che il divieto non colpisca la destinazione del bene al soddisfacimento del credito o l'esecuzione privata, bensì l'abusivo approfittamento del creditore che lucra l'eccedenza del suo valore rispetto all'ammontare del credito¹⁹².

Se ne può trarre la conclusione che il fondamento della nullità di cui all'art. 2744 riposa nel fatto che il debitore, allo scopo di garantire l'obbligazione, destini un proprio bene all'autosoddisfacimento del creditore, riservandosi la possibilità di svincolare il bene stesso mediante il pagamento del debito e senza assicurarsi il diritto di recuperare, in caso di mancato adempimento, l'eventuale eccedenza di valore del bene. Si è, invero, osservato che poiché detti elementi concorrono assieme a integrare la *ratio* del divieto di legge, quando

risulta la piena legittimità del patto con il quale si assicuri non soltanto l'assenza dello squilibrio tra l'ammontare del debito e il valore del credito, sanzionato dal divieto del patto commissorio (art. 2744 c.c.), ma che addirittura offra eventualmente una tutela del debitore garantito maggiore rispetto al ricorso alla procedura esecutiva. In tal modo il debitore è in grado di conseguire celermente il *surplus*, derivante dalla vendita del bene dedotta la somma dovuta, che le lungaggini della procedura esecutiva potrebbero pregiudicare, se non addirittura azzerare.”

¹⁹² C. M. Bianca, voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir.* IV, Milano, 2000, 130 e ss.

nella concreta fattispecie ne manchi anche uno soltanto, vien meno la ragione dell'illiceità¹⁹³.

5. Il patto marciano previsto dall'art. 120 *quinqüesdecies* t.u.b.

Le considerazioni su esposte con riguardo alla figura del patto marciano in generale possono, ora, essere precisate con riferimento alla pattuizione tipizzata dall'art. 120 *quinqüesdecies* t.u.b.

L'*incipit* della norma, nel far salva l'applicazione dell'art. 2744 c.c., sottolinea come la fattispecie in esame debba considerarsi una deroga al divieto del patto commissorio, il quale continuerà ad applicarsi *tout court* ove le parti non inseriscano nella regolamentazione contrattuale la clausola marciana, nonché nel caso in cui la clausola non rispetti le previsioni di cui all'art. 120 *quinqüesdecies* t.u.b. di cui si dirà nel prosieguo.

Come anticipato, la disposizione prevede la possibilità per le parti di convenire in favore del creditore, in presenza di un inadempimento pari a diciotto rate mensili, la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia o dei proventi della vendita dello stesso.

Il termine "restituzione", già impiegato all'art. 28 della direttiva, potrebbe, invero, apparire fuorviante ad una prima lettura. In realtà si è osservato come con esso il legislatore europeo prima, ed italiano dopo, abbiano inteso comunque fare riferimento ad un patto attributivo del

¹⁹³ A. Luminoso, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva cit.*, 18.

diritto di proprietà sul bene oggetto di garanzia reale, ovvero al classico patto commissorio¹⁹⁴.

Con riferimento all'inadempimento qualificato presupposto per l'attivazione della clausola in esame, potrebbe apparire singolare che il legislatore abbia inteso qualificarlo in relazione al numero delle rate insolte e non, piuttosto, avuto riguardo alla percentuale dell'importo inadempito rispetto al totale del debito. Invero, il numero di rate non versate potrebbe corrispondere ad importi del tutto differenti (e ad altrettanto differenziate percentuali sul totale del debito) a seconda del periodo di tempo entro il quale deve avvenire il rimborso del finanziamento¹⁹⁵.

Nondimeno, da tale previsione non sembra poter discendere il concreto rischio che il finanziatore azioni la clausola marciana in presenza di un inadempimento di scarsa entità. A differenza dell'originaria previsione di sole sette rate avanzata in sede di adozione del decreto legislativo, l'attuale disposizione sembra comunque garantire, data la sua portata, la sussistenza di un inadempimento idoneo a giustificare l'attivazione dell'autotutela esecutiva.

Più concreto sembra, invero, il rischio che il finanziatore possa azionare la clausola marciana quando il livello dell'inadempimento risulti ormai troppo elevato. Si pensi, in via esemplificativa, al caso in cui il periodo entro il quale la somma mutuata dev'essere rimborsata sia pari a soli 24 mesi. Nondimeno, in tali ipotesi il creditore non resta privo

¹⁹⁴ D. Russo, *op. cit.*, 71, il quale comunque sottolinea la possibile riferibilità anche al caso in cui la banca creditrice fosse effettivamente *ad initio* proprietaria dell'immobile acquistato con mutuo ipotecario, come nel caso del *leasing* abitativo.

¹⁹⁵ Rilievi formulati anche con riferimento all'art. 48 bis t.u.b. da G. D'Amico, *op. cit.*, 14.

di tutela posto che, in presenza di un inadempimento di non scarsa importanza, come quello ipotizzato in via esemplificativa, resta sempre ferma la possibilità di risolvere il contratto per inadempimento ai sensi degli artt. 1453 e ss. c.c.

Sempre avuto riguardo alla misura dell'inadempimento, occorre evidenziare il rapporto con il su menzionato ritardo nel pagamento per almeno sette rate, anche non consecutivo, dal quale discende la possibilità per il creditore di richiedere la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 40 t.u.b.

Sul punto il quarto comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. precisa che detto ritardo nei pagamenti non costituisce inadempimento agli effetti del terzo comma, e dunque non risulta idoneo a consentire al creditore di attivare l'autotutela esecutiva.

Sotto questo profilo la scelta del legislatore italiano sembra essere in linea con la tolleranza richiesta dall'art. 28 della direttiva, esigendo che la gravità dell'inadempimento che abilita al ricorso al patto marciano vada calcolata non già sulla frequenza o sulla continuità del ritardo, come invece si è ritenuto sufficiente per la risoluzione del contratto, ma sul mancato pagamento di un ammontare di credito equivalente a diciotto rate mensili¹⁹⁶.

¹⁹⁶ F. Piraino, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giur. It.*, 7, 2017, 1747.

6. Le specifiche disposizioni a tutela del consumatore

La fattispecie in esame, oltre a presentare tutti i presupposti propri del patto marciano, appare più articolata e conformata alla qualità soggettiva delle parti del contratto di credito immobiliare¹⁹⁷.

Invero, trattandosi di un contratto stipulato tra consumatore e professionista, all'esigenza di rispettare l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni, si aggiunge poi quella di garantire il superamento dell'asimmetria informativa esistente tra le parti.

Alla luce di quanto detto va letta, in primo luogo, la previsione di qui al quarto comma, lettera a), secondo cui “il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola”.

Secondo un primo orientamento, ove il professionista subordinasse la conclusione del contratto alla sottoscrizione del patto marciano, ne deriverebbe la nullità parziale del contratto di credito, limitatamente alla sola pattuizione marciana, preservando la restante parte del regolamento contrattuale. La tesi si basa sul presupposto della natura imperativa della prescrizione in esame: essa non si esaurirebbe in una mera regola di condotta ma inciderebbe sulla validità del regolamento contrattuale, rendendo il patto marciano un contenuto negoziale estorto in dispregio di un esplicito divieto di legge¹⁹⁸.

¹⁹⁷ M. Astone, *op. cit.*, 756; G. D' Amico, *op. cit.* 8.

¹⁹⁸ F. Piraino, *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori cit.*, 189 e 190; F. G. Viterbo, *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, Napoli, 2018, 215 precisa che “Troverebbe qui applicazione il consolidato orientamento della giurisprudenza interna che sanziona con la nullità qualsiasi negozio che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento, dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, quando sia costretto al trasferimento di un bene a tacitazione dell'obbligazione rimasta insoluta”.

Una diversa prospettazione ha evidenziato come il comportamento tenuto dal finanziatore risulti in palese violazione dei principi di buona fede e correttezza, integrando in particolare una vera e propria pratica commerciale scorretta di tipo ingannevole, idonea a ledere la libertà contrattuale e alterare la capacità di scelta del consumatore. Ne conseguirebbe, dunque, la possibilità per il consumatore, fatta salva la tutela risarcitoria, di attivare la tutela inibitoria al fine di ottenere la disapplicazione della clausola marciana mediante ricorso all’Autorità garante della concorrenza e del mercato o all’autorità giudiziaria ordinaria¹⁹⁹. Secondo detta tesi non sarebbe, invece, possibile invocare la nullità di protezione, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui l’accertamento del carattere sleale della pratica commerciale non avrebbe diretta incidenza sulla valutazione della validità del contratto di credito stipulato²⁰⁰, né risponderebbe all’interesse del consumatore.

All’esigenza di garantire il superamento dell’asimmetria informativa risponde, poi, anche la previsione di cui al quarto comma lettera b), a mente della quale se il contratto di credito contiene la clausola marciana il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza.

In altri termini, la particolare incidenza della clausola sulla sfera giuridica del debitore ha indotto il legislatore ad introdurre una particolare tecnica di tutela della volontà espressa del contraente debole

¹⁹⁹ M. Astone, *op. cit.*, 762.

²⁰⁰ Il riferimento è a CGUE 15 marzo 2012, causa C-453/10, *Perenicová e Perenic c. SOS financ, spol. s r.o.* consultabile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0453&from=IT>.

il cui consenso non dev'essere soltanto consapevole ma anche "assistito".

La disposizione non precisa se l'assistenza del consulente debba sussistere già al momento della stipula del contratto contenente la clausola o se, diversamente, riguardi l'azionabilità della clausola di un contratto già concluso.

Una lettura a tutela del consumatore potrebbe far propendere verso la seconda interpretazione: solo alla parte debole del contratto sarebbe consentito di azionare il patto marciano, proprio in virtù della valutazione di convenienza di cui al comma in esame²⁰¹.

Detta interpretazione appare, tuttavia, eccessivamente favorevole al consumatore. Sembra, invero, più opportuno interpretare il dato testuale nel senso che qualora le condizioni generali di contratto, o comunque il regolamento contrattuale, proposti dal creditore contengano il patto marciano, lo stesso finanziatore dovrà offrire al consumatore un servizio di consulenza gratuito al fine di illustrargli la convenienza o meno dell'accettazione del patto²⁰².

Sembra, dunque, non potersi prescindere da una specifica trattativa sul punto e dovrebbe, pertanto, escludersi a monte un controllo in ordine alla vessatorietà della clausola in esame.

Diverso è il caso il consumatore aderisca alla stipula del contratto con clausola marciana sulla base di una consulenza inadeguata o fuorviante o, ancora, senza essere stato del tutto informato di dover

²⁰¹ In questo senso S. Tommasi, *op. cit.*, 187.

²⁰² F. Piraino, *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori cit.*, 1749, il quale precisa che al servizio in esame "pur in assenza di un esplicito rinvio, è ragionevole ritenere che si applichino i criteri sanciti nell'art. 120 *terdecies* t.u.b".

ricevere l'assistenza gratuita di un consulente. In tali ipotesi, fatto salvo l'obbligo risarcitorio del finanziatore, sembra possibile sottoporre la clausola ad un controllo di vessatorietà sulla base della valutazione del suo contenuto effettivo²⁰³. Specialmente nel caso di mancata consulenza, in cui deve certamente escludersi che il consumatore abbia potuto compiere una scelta adeguata e consapevole in ordine all'inserimento della clausola²⁰⁴.

7. L'effetto estintivo del debito

Al tradizionale schema del patto marciano, il patto di cui all'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. aggiunge un ulteriore elemento di particolare rilevanza, ossia l'estinzione del debito anche laddove il valore bene o il prezzo della vendita risultino inferiori all'entità del credito residuo²⁰⁵.

²⁰³ F. G. Viterbo, *op. cit.*, 215.

²⁰⁴ Sul punto F. G. Viterbo, *op. cit.*, 216 sottolinea che “la condotta tenuta in questi casi dal finanziatore costituisce di certo una pratica commerciale scorretta ex artt. 20 e ss. c. cons. che, secondo gli indirizzi ermeneutici offerti dalle pronunce della Corte di Giustizia, rappresenta un elemento tra gli altri sul quale il giudice può basare la sua valutazione del carattere abusivo delle clausole di un contratto”.

²⁰⁵ Recita, infatti, il primo comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. che “in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo.”

Con riferimento al prezzo di vendita, il terzo comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. si limita a prevedere che il egli dovrà adoperarsi “con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo”. A differenza dell'analoga fattispecie prevista in tema di prestito vitalizio ipotecario, la disposizione in esame non fa alcun riferimento al prezzo di mercato del bene. Nondimeno, si è osservato che sul piano pratico le due disposizioni conducono all'applicazione del medesimo criterio, essendo difficile ritenere che il prezzo di mercato non costituisca la base del “miglior prezzo di realizzo”. Peraltro, ad ulteriore tutela del consumatore, con riferimento alla determinazione del prezzo, il quarto comma lettera d) prevede espressamente che il valore del bene immobile oggetto della garanzia venga stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo o, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 696 del

Tale effetto estintivo non può chiaramente ritenersi un'automatica conseguenza del patto marciano atteso che, di regola, la causa autosatisfattiva che contraddistingue tale convenzione comporta il permanere del diritto del creditore ad essere soddisfatto integralmente²⁰⁶.

Questa previsione trova giustificazione, ancora una volta, nell'esigenza di tutela del consumatore ed, in particolare, nella necessità di individuare un bilanciamento con i vantaggi ottenibili dal creditore grazie all'esercizio dell'autotutela esecutiva²⁰⁷.

Invero, si è osservato come nonostante gli accorgimenti tipici del marciano, ossia la stima del bene alla data dell'inadempimento da parte di un soggetto terzo e la restituzione al debitore del *surplus* rispetto all'entità del credito residuo, è indiscutibile che il ricorso al patto marciano apra al creditore una via privilegiata di soddisfacimento in autotutela del proprio diritto al risarcimento del danno, con riflessi vantaggiosi in termini di celerità nell'attuazione del meccanismo esecutivo e di possibilità di un più proficuo realizzo del bene dato in garanzia rispetto ai consueti ribassi e alle inefficienze che caratterizzano

codice di procedura civile, con una perizia successiva all'inadempimento. Deve da ultimo considerarsi che, ove il consumatore dovesse contestare quanto ottenuto dalla banca con la liquidazione del bene oggetto di garanzia, è verosimile che il consulente nominato del giudice adotti come parametro la verifica dell'adeguatezza del prezzo proprio il valore di mercato del bene.

²⁰⁶ A. Luminoso, *Patto marciano e sottotipi cit.*, 1413. Peraltro non si tratta di una previsione presente nelle altre pattuizioni marciane tipizzate dal legislatore.

²⁰⁷ In questo senso A. Luminoso, *op. ult. cit.*, 1413 secondo cui: "È verosimile che tale effetto sia stato previsto dal legislatore in materia bancaria nel settore del credito a favore di consumatori, quale specifico beneficio riservato a tale categoria di clienti – come parrebbe confermare anche la disciplina sopra richiamata sul prestito vitalizio ipotecario – di talché non sembra sussistere neppure una giustificazione sostanziale per la sua estensione ai finanziamenti bancari alle imprese, e ancor meno – come si dirà più avanti – al patto marciano di diritto comune."

le vendite forzate. Per quanto questi vantaggi non siano tali da valicare quel limite di eccessiva vantaggiosità ritenuto inammissibile e consacrato nella *ratio* del divieto del patto commissorio, è necessario tuttavia bilanciarli a tutela della massa dei creditori mediante la correlata limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore all'oggetto del patto marciano, sicché, ove il valore del bene al tempo dell'inadempimento risulti inferiore all'ammontare del credito residuo, il creditore non può agire per il residuo sul rimanente patrimonio del debitore in quanto il suo diritto non può essere soddisfatto in misura maggiore al valore del bene oggetto del patto²⁰⁸.

In considerazione di ciò, l'utilità della clausola marciana anche per il consumatore è di tutta evidenza, soprattutto in relazione all'attuale condizione del mercato immobiliare e ai numerosi casi di vendite forzate conclusesi con un valore di realizzo dell'immobile inferiore al debito residuo²⁰⁹.

Inoltre, non può non evidenziarsi come l'autotutela esecutiva potrebbe non soltanto risultare utile al consumatore per superare la situazione di sovraindebitamento ma, altresì, concretizzarsi in un indebito vantaggio, ben potendosi configurare un inadempimento efficiente²¹⁰. Si pensi all'ipotesi in cui, in presenza di forte crisi del mercato immobiliare, si verifichi una sostanziale diminuzione del valore dell'immobile dato in garanzia. Il consumatore potrebbe ritenere meno oneroso procedere alla liquidazione del bene piuttosto che

²⁰⁸ F. Piraino, *op. ult. cit.*, 1753.

²⁰⁹ A. Bertolini, *op. cit.*, 355.

²¹⁰ Sul concetto di "inadempimento efficiente" si rimanda, *ex multis*, a G. Grisi, *L'inadempimento dipendente da dolo*, in *www.juscivile.it*, 5, 2018, 658 e ss.

restituire il capitale maggiorato da interessi. Ne conseguirebbe un lucro pari alla differenza tra il valore acquistato con la somma ottenuta a mutuo e il valore di mercato del bene immobile al omento della liquidazione²¹¹.

Da ultimo, avuto riguardo alla posizione del creditore, va evidenziato come il meccanismo marciano in esame, oltre a consentire la realizzazione del credito al di fuori del procedimento di esecuzione forzata, produce, altresì, l'effetto peculiare di concentrare la garanzia patrimoniale in via esclusiva sul bene ipotecato, con evidente disapplicazione della regola di universalità della responsabilità patrimoniale²¹².

Si potrebbe allora ipotizzare che l'effetto estintivo del patto, con le conseguenze che ne derivano, operi come disincentivo alla stipula del patto marciano, o possa indurre il finanziatore a richiedere come oggetto della garanzia un immobile di valore più elevato proprio al fine di evitare il rischio di incapienza²¹³.

Soprattutto ove si consideri che, in presenza di un contratto contenente detta clausola, non dovrebbe residuare in capo al finanziatore la possibilità di ricorrere alla procedura esecutiva ordinaria, ove ritenuta successivamente più conveniente. Sembra potersi interpretare in questo senso il sesto comma dell'art. 120 *quinquiesdecies* t.u.b. che, nel richiamare i casi in cui il finanziatore fa ricorso all'espropriazione immobiliare, prevede espressamente che si

²¹¹ A. Bertolini, *op. cit.*, 355.

²¹² L. Follieri, *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 12, 2018, 1857; A. Bertolini, *op. cit.*, 354 e 355.

²¹³ G. D'Amico, *op. cit.*, 22.

tratti di casi diversi da quelli di cui al terzo comma, ovvero dal caso in cui le parti abbiano convenuto di inserire la clausola marciana nel regolamento contrattuale²¹⁴.

²¹⁴ Così recita il sesto comma: “Nei casi, diversi da quelli di cui al comma 3, in cui il finanziatore fa ricorso all'espropriazione immobiliare e, a seguito dell'escussione della garanzia residui un debito a carico del consumatore, il relativo obbligo di pagamento decorre dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva.”

In questo senso anche G. Visconti, *op. cit.*, 498 secondo cui: “Nei casi diversi da quelli di cui al comma 3 del l'art. 120 *quinqüesdecies* T.U.B., vale a dire a quelli di inadempimento dei contratti di credito immobiliare ai consumatori in cui non è stata stipulata la “clausola di risarcimento dell'inadempimento del consumatore” ed in cui il finanziatore ha fatto ricorso all'espropriazione forzata dell'immobile ed, a seguito dell'escussione della garanzia ipotecaria, sia rimasto un debito a carico del consumatore, il relativo obbligo di pagamento decorre dopo sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva (comma 3 dell'art. 120 *quinqüesdecies*).”

Conclusioni

La disamina della disciplina del credito immobiliare ai consumatori effettuata nei quattro capitoli che precedono ha consentito di porre in evidenza i pregi e le lacune della novella legislativa.

E' possibile ora trarre alcune considerazioni conclusive analizzando, in particolare, l'idoneità della disciplina a rispettare la *ratio* ad essa sottesa.

Come più volte sottolineato, le ragioni che hanno condotto all'emanazione della direttiva 2014/17/UE sono state da subito chiare: creare un mercato finanziario stabile e "responsabile", evitando il sovraindebitamento dei consumatori e ristabilendone la fiducia nel mercato stesso.

Si è evidenziato come il filo conduttore della normativa in esame sia rappresentato, per un verso, dal rilievo attribuito alla specificità ed alla delicatezza del settore oggetto della disciplina, nonché, per altro verso, dalla necessità di ridurre l'asimmetria informativa tradizionalmente esistente tra professionista e consumatore.

A tal fine il legislatore ha inteso effettuare un'opera di "responsabilizzazione" del contraente forte del rapporto. Di qui la necessità di prevedere norme che imponessero ai professionisti di tutelare al meglio gli interessi dei consumatori, agendo in conformità alla situazione finanziaria e personale dagli stessi presentata.

La disciplina si è occupata di regolamentare detti obblighi non soltanto nella fase prodromica alla stipula del contratto, bensì anche nella fase esecutiva e, soprattutto, patologica del rapporto.

Con riguardo alla fase prodromica, gli obblighi informativi gravanti sul creditore sono congegnati in maniera tale da ben conciliare un livello minimo ed iniziale di standardizzazione, con la successiva personalizzazione dei dati che il professionista ha l'obbligo di fornire in base alle esigenze e alla situazione patrimoniale del singolo consumatore.

Detti obblighi informativi appaiono idonei, se rispettati, a consentire al consumatore di formulare una scelta consapevole in ordine all'assunzione del debito. Nondimeno, va sottolineato come la scelta operata dal legislatore interno di non prevedere espressamente alcuna conseguenza privatistica in caso di violazione degli stessi, contemplando esplicitamente la sola tutela pubblicistica, costituisca un *vulnus* che toccherà all'interprete colmare, peraltro come già avvenuto con riferimento alla precedente legislazione in materia.

Ulteriori lacune si rinvencono, poi, nella regolamentazione della valutazione del merito creditizio che il professionista deve condurre al fine di verificare l'effettiva capacità di rimborso del consumatore.

Invero, il decreto attuativo, oltre a disporre che la valutazione venga espletata in maniera accurata e rigorosa e prescindendo dalla sussistenza e dal valore della garanzia eventualmente prestata, nulla precisa innanzitutto in ordine alla possibilità che il professionista conceda il credito anche in presenza di una valutazione avente esito negativo.

Sul punto è di tutta evidenza la minore incisività della disciplina interna rispetto a quella sovranazionale posto che, diversamente, l'art. 18 della direttiva subordina espressamente l'erogazione del credito ad

una valutazione del merito creditizio da cui emerga che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti.

La mancata precisazione non è di importanza secondaria avuto riguardo alla sorte del contratto di finanziamento in caso di inadempimento del debitore. Ne consegue che, non potendo ritenersi sussistente, in assenza di espressa previsione normativa, un obbligo in capo al finanziatore di concedere il credito solo a seguito di una valutazione avente esito positivo, la scelta viene di fatto rimessa al contraente, a scapito del dichiarato obiettivo di riduzione del sovraindebitamento dei consumatori.

Ed ancora, il decreto attuativo nulla dice sulle conseguenze derivanti dalla mancata, inesatta o incompleta valutazione del merito creditizio, mentre ben avrebbe dovuto il legislatore interno chiarire le sorti del contratto di credito, sfruttando l'ampio margine di discrezionalità lasciato dalla normativa europea e mettendo fine al dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul punto.

A fronte di una disciplina degli obblighi prodromici alla stipula del contratto che appare utile al raggiungimento degli scopi prefissati sul piano astratto, ma lacunosa negli aspetti appena evidenziati, maggiormente adeguata risulta invece la disciplina della fase patologica del rapporto.

In tale ambito è di centrale importanza la previsione di una forma di autotutela esecutiva del finanziatore inquadrabile all'interno dello schema marciano. Il terzo comma dell'art. 120 quinquiesdecies t.u.b., prevedendo un'espressa deroga al divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., consente al creditore di accelerare la procedura di

recupero del credito ove tale possibilità sia espressamente prevista in contratto.

Detta disposizione, che potrebbe apparentemente sembrare posta a beneficio del solo finanziatore, realizza invero un buon bilanciamento tra gli interessi delle parti, prevedendo una serie di tutele in favore della parte debole del rapporto.

Il riferimento è, innanzitutto, alla previsione di un'assistenza a titolo gratuito per consentire al consumatore di valutare la convenienza dell'inserimento della clausola, al divieto di condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della stessa, nonché alla disciplina inerente la valutazione del bene immobile oggetto di garanzia. Ma la disposizione più importante in un'ottica di tutela del consumatore è senza dubbio quella inerente l'estinzione del debito anche laddove il valore del bene immobile trasferito o l'ammontare dei proventi della vendita siano inferiori alla somma ancora dovuta.

E' grazie a tale ultima previsione che si garantisce un effettivo bilanciamento delle posizioni delle parti, consentendosi al creditore un più immediato soddisfacimento della propria pretesa ma, altresì, tutelandosi la posizione della parte debole del rapporto, per la quale viene meno il rischio derivante dall'eventuale valore inferiore del bene oggetto di garanzia rispetto alla somma ancora dovuta.

L'analisi sin qui condotta induce a considerare la disciplina esaminata, nonostante le lacune da ultimo menzionate, astrattamente idonea a rafforzare la tutela dei consumatori nel settore del credito

immobiliare e ad arginare il fenomeno del sovraindebitamento, soprattutto grazie alla disciplina della fase patologica del rapporto.

Resta, dunque, da attendere le interpretazioni che si formeranno con riferimento alle su evidenziate lacune legislative e i risultati concreti che deriveranno dall'attuazione del decreto.

Bibliografia

Addis F., *La vendita di beni di consumo*, in *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, in *Contratto e responsabilità* a cura di G. Vettori, Padova, 2013;

Addis F., *Tradizione e innovazione nella vendita di beni di consumo: unità e frammentazione nel sistema delle garanzie*, in *Giust. civ.*, 6, 2004;

Alessi R., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa dir. priv.*, 2013;

Alpa G., *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contr. impr.*, 4-5, 2008;

Antoniolli L., voce *Contratti del consumatore nel diritto dell'Unione europea*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2011;

Astone M., *Inadempimento del consumatore e autotutela del finanziatore tra (divieto del) patto commissorio e patto marciano*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2017;

Azadi G., *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in *Giur. it.*, 2, 2015;

Barcellona P., voce *Errore (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966;

Belfiore A., voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989;

Bellettato S., *Obblighi informativi del finanziatore e misure di tutela del consumatore: la disciplina attuativa della Direttiva n. 2014/17/UE*, in *Studium iuris*, 3, 2017;

Benatti F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963;

Bertolini A., *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi de fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2, 2016;

Bianca C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2015;

Bianca C.M., *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957;

Bianca C.M., voce *Autotutela (dir. priv.)*, in *Enc. dir. IV*, Milano, 2000;

Breccia U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968;

Breccia U., *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica P. Zatti, Milano, 1991;

Bussani M., *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000;

Calvo R., *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Corr. giur.*, 6, 2015;

Camardi C., *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2001;

Camardi C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 6, 2010;

Carnevali U., voce *Patto Commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982;

Carriero G., *Brevi note sulla delega per l'attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*, in *Contr.*, 12, 2009;

Cherti S., Follieri L., Verde C., *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *I contratti bancari*, a cura di F. Piraino e S. Cherti, Torino, 2016;

Ciraolo C., *L'informazione del diritto europeo dei contratti*, Messina, 2004;

Clarizia R., *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, Torino, 1989;

Clarizia R., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, Torino, 2002;

Cordopatri S., *Commento sub art. 3*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016;

Costa A., *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *I contratti del consumatore, Istituti di diritto civile*, a cura di Guido Alpa, Milano, 2014;

D'Amico G., *Alienazioni a scopo di garanzia*, in *I contratti per l'impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti, M. Maugeri, M. Notari, Bologna, 2012;

D'Amico G., *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contr.*, 12, 2012;

D'Amico G., *La resistibile ascesa del patto marciano*, in *Eur. dir. priv.*, 1, 2017;

De Chiara R., *Commento sub art. 124-bis*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. Capriglione, Padova, 2012;

De Cristofaro G. Oliviero F., *I contratti di credito ai consumatori*, in *Trattato dei contratti, V, Mercati regolati*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, Milano, 2014;

De Cristofaro G., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contr.*, 11, 2010;

De Cristofaro G., *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti, V, Mercati regolati*, diretto da V. Roppo e A.M. Benedetti, Milano, 2014;

De Nova G., *La ricezione della direttiva sulle garanzie della vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità*, in *Riv. dir. priv.*, 2001;

De Poli M., *Gli obblighi gravanti sui creditori nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in AA.VV. *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009;

Di Majo A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967;

Di Marzio F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008;

Donadio G., *Commento sub. art. 25*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016;

Falcone G., *“Prestito responsabile” e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, 1, 2017;

Farace D., *Commento sub art. 1*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016;

Fausti P.L., *La nuova direttiva 2014/17 sul credito residenziale riguarda solo i consumatori?*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016;

Ferretti I., *Contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: prime osservazioni sulla direttiva 2014/17/UE*, in *Contr. impr. Eur.*, 2, 2014;

Follieri L., *Il patto marciano tra diritto «comune» e «speciale»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018;

Fragali M., *Del mutuo Art. 1813 – 1822*, in *Commentario del codice civile, Delle obbligazioni*, Bologna - Roma, 1966;

Fragali M., voce *Finanziamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968;

Frattarolo V., *Il mutuo. La promessa di mutuo. Il mutuo condizionato. I contratti affini al mutuo*, in V. Frattarolo, E. Iorio, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009;

Funaioli C.A., voce *Dolo (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, Milano, XIII, 1964;

Gabrielli E. Orestano A., voce *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2000;

Gabrielli E., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - una garanzia reale senza possesso*, in *Giur. it.*, 7, 2017;

Gabrielli E., *Operazione economica e teoria del contratto*, Milano, 2013;

Galasso A., voce *Credito (contratti di)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1989;

Giampiccolo G., voce *Mutuo (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977;

Giorgianni M., voce *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970;

Gorgoni M., *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 4, 2011;

Gorgoni M., *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II titolo VI tub, novellato dal titolo I del d.lg. n. 141 del 2010*, in *Giur. mer.*, 2, 2011;

Gorgoni M., voce *Contratto di credito al consumatore*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 2012;

Grisi G., *L'inadempimento dipendente da dolo*, in *www.juscivile.it*, 5, 2018;

Grisi G., *Note in margine ad inadempimento e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.*, 2, 2017;

Iorio E., *Il mutuo di scopo*, in V. Frattarolo, E. Iorio, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009;

Las Casas A., *Commento sub art. 13*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016;

Lobuono M. Lorizio M., *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore. Scenari economici e profili giuridici*, Torino, 2007;

Lojacono V., *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952;

Luminoso A., *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento di credito*, Milano, 1995;

Luminoso A., *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2017;

Luminoso A., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2017;

Mastropaolo F., *Il mutuo*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, *I singoli contratti. I contratti reali*, Torino, 1999;

Mazzamuto S., *Il contratto di diritto europeo*, in *La didattica del diritto civile*, a cura di S. Mazzamuto ed E. Moscati, Torino, 2012;

Modica L., *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2, 2012;

Modica L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2009;

Pagliantini S., *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contr.*, 2009;

Pagliantini S., *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;

Patti F.P., *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. impr.*, 6, 2015;

Pellecchia E., *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione dell'insolvente"*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 5, 2014;

Pellecchia E., *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca borsa*, 2, 2016;

Piraino F., *L'inadempimento del contratto di credito immobiliare ai consumatori e il patto marciano*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, *I nuovi marciari*, Torino, 2017;

Piraino F., *La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale (ipotesi sull'immunità*, in *Contr.*, 1, 2017;

Piraino F., *Nuovi modelli di garanzie patrimoniali - Il patto marciano alla luce della disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Giur. It.*, 7, 2017;

Porcelli G., *Commento sub art. 1843 c.c.*, in *Commentario del codice civile, Dei singoli contratti, III, artt. 1803-1860*, a cura di D. Valentino, Torino, 2011;

Pugliatti S., voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959;

Rende F., *Le regole d'informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2012;

Rende F., *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf*, in *Contr.*, 2, 2017;

Renna M., *Il mutuo di scopo convenzionale: elementi strutturali e funzionali*, in *Contr.*, 4, 2018;

Roppo V. Afferni G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Obbl. contr.*, 1, 2006;

Roppo V., *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 3, 2005;

Rossi G., *Il nuovo d. lgs. 21 aprile 2016, n. 72: c'è davvero aria di cambiamenti in materia di mutui bancari?*, in *Contr. impr.*, 6, 2016;

Rumi T., *Il prestito vitalizio ipotecario tra le nuove soluzioni "marciane" a garanzia del credito immobiliare*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, F. Piraino, T. Rumi, *I nuovi marciani*, Torino, 2017;

Rumi T., *Profili civilistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contr.*, 10, 2014;

Russo D., *Oltre il patto marciano*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile* diretta da Pietro Perlingieri, Napoli, 2017;

Salerno F., *La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 10, 2018;

Sicchiero G., *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. impr.*, 2, 2006;

Sirena P., *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016;

Tommasi S., *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Napoli, 2018;

Venuti M.C., *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Europa dir. priv.*, 4, 2000;

Vettori G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2, 2008;

Visconti G., *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel T.U.B. dal D.Lgs. n. 72/2016*, in *Contr.*, 8-9, 2016;

Viterbo F.G., *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, Napoli, 2018;

Viterbo F.G., voce *Consulenza in materia di investimenti (servizio ed attività di)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Torino, 2012;

Zoppini A., *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca borsa*, 1, 2012;

Zoppini A., *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1, 2016;

GIURISPRUDENZA

a) Corte di Giustizia dell'Unione Europea

CGUE 15 marzo 2012, causa C-453/10, *Perenicová e Perenic c. SOS financ, spol. s r.o.*

CGUE, 27 marzo 2014, causa C- 565/12, *Fesih Kalhan c. LCL Le Credit Lyonnais SA*

CGUE 18 dicembre 2014, causa C-449/13, *CA Consumer Finance c. Ingrid Bakkaus e altri*

CGUE, 16 aprile 2015, C-388/13, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság;*

b) Corte di Cassazione:

- Cass. civ. n. 970 del 30 gennaio 1998, in *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. civ. n. 7116 del 21 luglio 1998, in *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. civ., n. 14911 del 23 novembre 2001, in *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. civ. n. 7773 del 19 maggio 2003, in *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. civ. n. 19024 del 29 settembre 2005, in *Giur. comm.*, 4, 2006;
- Cass. civ. n. 25180 del 3 dicembre 2007, in *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 2674 e 2675, in *Obbl. contr.*, 2, 2008;
- Cass. civ. n. 8663 del 9 aprile 2009, in *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. civ. n. 14628 del 23 giugno 2009 in *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. civ. n. 24418 del 2 dicembre 2010, in *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. civ. n. 7212 del 27 marzo 2014, in *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. civ. n. 12892 del 23 giugno 2015 su *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. civ. n. 19532 del 30 settembre 2015, in *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. civ. n. 14188 del 12 luglio 2016, in *Contr.*, 1, 2017;
- Cass. civ. n. 18777 del 28 luglio 2017, in *www.iusexplorerer.it*;
- Cass. civ., sez. I, ord. n. 13305 del 28 maggio 2018, in *www.iusexplorerer.it*;