



**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA**

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE ECONOMICHE**

**ED AZIENDALI "M. FANNO"**

**DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E CRITICA DEL DIRITTO**

**CORSO DI LAUREA MAGISTRALE**

**IN ECONOMIA E DIRITTO**

**CREDITO IMMOBILIARE AI CONSUMATORI:**

**ANALISI DELLA MORTGAGE CREDIT DIRECTIVE**

**RELATORE:**

**CH.MO PROF. LUPOI ALBERTO**

**LAUREANDA: TURRI ZANONI GIULIA**

**MATRICOLA N. 1081581**

**ANNO ACCADEMICO 2016 – 2017**



Il candidato dichiara che il presente lavoro è originale e non è già stato sottoposto, in tutto o in parte, per il conseguimento di un titolo accademico in altre Università italiane o straniere.

Il candidato dichiara altresì che tutti i materiali utilizzati durante la preparazione dell'elaborato sono stati indicati nel testo e nella sezione "Riferimenti bibliografici" e che le eventuali citazioni testuali sono individuabili attraverso l'esplicito richiamo alla pubblicazione originale.

Firma dello studente

---



## INDICE

INTRODUZIONE .....	1
CAPITOLO PRIMO: RICONOSCIMENTO GIURIDICO DEL CONSUMATORE .....	5
1.1 Introduzione .....	5
1.2 Il consumatore e le sue molteplici definizioni .....	7
1.3 ( <i>segue</i> ) Il riconoscimento del consumatore nel diritto comunitario e italiano .....	9
CAPITOLO SECONDO: EVOLUZIONE DEL CREDITO AL CONSUMO .....	13
2.1 Il credito al consumo come tutela del consumatore .....	13
2.2 Il credito al consumo nella disciplina comunitaria e italiana e nascita del codice del consumo .....	14
2.3 La direttiva 2008/48/CE: credito ai consumatori.....	16
CAPITOLO TERZO: IL CREDITO IPOTECARIO.....	23
3.1 Credito fondiario, mutui ipotecari e caratteristiche dell’ipoteca.....	23
3.1.1. Cenni giurisprudenziali sulla differenza tra mutuo ipotecario e mutuo di scopo .....	28
3.2 L’inefficienza delle procedure esecutive immobiliari in Italia.....	30
CAPITOLO QUARTO: PROFILI RILEVANTI DELLA DIRETTIVA 2014/17/UE .....	33
4.1 I lavori preparatori alla Direttiva MCD, premesse e finalità .....	33
4.1.1 La genesi della Direttiva 2014/17/UE.....	33
4.1.2 La Direttiva MCD e le sue finalità .....	36
4.2 Il Capo I: oggetto della direttiva e ambito di applicazione .....	39
4.3 ( <i>segue</i> ) I soggetti creditori .....	43
4.4 Gli obblighi di <i>disclosure</i> contenuti nel Capo IV e il servizio di consulenza .....	44
4.5 La valutazione del merito creditizio .....	56
4.6 Prestiti in valuta estera e tasso variabile nel Capo IX.....	59
4.7 Buona esecuzione dei contratti di credito e diritti connessi: il Capo X .....	61

4.7.1 L'estinzione anticipata dei mutui nell'esperienza italiana .....	64
CAPITOLO QUINTO: MOROSITA' E PIGNORAMENTI DEL DEBITORE, CONFIGURAZIONE DI UN PATTO MARCIANO .....	67
5.1 L'art. 28 della Direttiva MCD.....	67
5.2. Il patto marciano nell'art. 120- <i>quinquiesdecies</i> del d. lg. n. 72 del 21 aprile 2016 .....	70
5.3 Il patto marciano .....	75
5.3.1 Il patto marciano nelle recenti novità legislative.....	78
5.4. Origine e fondamento del divieto di patto commissorio.....	79
5.4.1. Il patto commissorio autonomo e le alienazioni a scopo di garanzia .....	83
5.5 ( <i>segue</i> ) Le <i>rationes</i> dei patti commissorio e marciano.....	87
CONCLUSIONI .....	91
BIBLIOGRAFIA.....	95
RINGRAZIAMENTI .....	103

## INTRODUZIONE

La presente tesi si pone come obiettivo quello di favorire spunti di riflessione in merito alla Direttiva 2014/17/UE, anche nota come Direttiva MCD (*Mortgage Credit Directive*), recepita in Italia con d. lg. 2016 n. 72 del 21 aprile 2016.

Si tratta di un provvedimento comunitario molto particolare, non «*a soggetto*» ma «*ad oggetto*»<sup>1</sup>, destinata a trovare applicazione nei confronti del consumatore quale soggetto debole del rapporto contrattuale.

Il consumatore era già destinatario della disciplina protezionistica del credito al consumo, che dalla Direttiva MCD viene colmata nella sua lacuna riguardante il credito immobiliare; ciò che mancava nella tutela del consumatore era appunto una disciplina che lo proteggesse in caso di contratti di credito relativi ad immobili ipotecari, ossia beni non tipicamente di consumo, precedentemente esclusi dal raggio d'azione della Direttiva 2008/48/CE<sup>2</sup>.

Sebbene la direttiva MCD rappresenti il traguardo di un lungo percorso normativo iniziato nel 2001 con una Raccomandazione della Commissione in merito al codice di condotta sulle informazioni precontrattuali, lo scenario economico e finanziario che ha reso ancora più chiara la reale necessità di una rivisitazione della disciplina è stato quello del crollo dei *mutui subprime* americani, protagonisti indiscussi della crisi del 2007-2008.

La crisi finanziaria che ne è nata ha traumatizzato le istituzioni di tutto il mondo e il consumatore medio non ne è di certo rimasto illeso.

Spesso a causa della perdita del posto di lavoro, i consumatori impegnati nella restituzione dei mutui loro erogati si sono trovati in difficoltà nell'onorare il proprio debito e ciò ha inevitabilmente portato ad un aumento degli inadempimenti e delle vendite forzate.

Come riportato nel *considerando* numero 3 della Direttiva MCD il crollo dell'economia globale ha dimostrato che la stabilità del sistema finanziario è minata anche da un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato.

La crisi finanziaria del 2007 ha infatti rivelato le insidie nascoste dietro la pratica del *predatory lending*, fenomeno consistente nel concedere credito a soggetti non meritevoli e potenzialmente a rischio *default*, principale causa del crollo dei mutui *subprime*.

---

<sup>1</sup> LUPOLI, *La direttiva 17/2014, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in Banca, Borsa, 2016, pag. 240.

<sup>2</sup> L'art. 2 del Capo I della direttiva 2008/48/CE infatti recita che «*la presente direttiva non si applica ai: a) contratti di credito garantiti da un'ipoteca oppure da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili o da un diritto legato ai beni immobili; b) contratti di credito finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o un immobile costruito o progettato*».

Se è vero che tale pratica è nata e si è diffusa negli Stati Uniti, è altrettanto vero che dalla crisi gli Stati membri dell'Unione Europea hanno il dovere di prendere esempio e di far tesoro dell'esperienza.

Per questo motivo le istituzioni europee hanno prodotto un provvedimento comunitario pensato per uniformare il mercato del credito ipotecario europeo, per renderlo sicuro, stabile ed affidabile al fine di proteggere non solo il consumatore ma l'intero sistema nel suo complesso.

Il *predatory lending*, che ne è stato forse lo scenario iniziale, non deve diventare lo scenario finale e a questo proposito la nuova Direttiva servirà per responsabilizzare i finanziatori nella concessione del credito, attraverso una più efficace valutazione del merito creditizio (il *considerando* numero 22 insiste sull'importanza che in fase di valutazione siano utilizzate disposizioni più rigide rispetto a quelle del credito al consumo) e attraverso un sistema di consulenza da fornire al consumatore (tra le conseguenze del comportamento scorretto degli operatori finanziari non c'è stata solo difficoltà nel rimborso del debito ma anche perdita di fiducia tra le parti coinvolte o nel sistema).

Sempre il *considerando* numero 3 sottolinea l'importanza di proteggere i consumatori degli Stati membri dal c.d. *sovra-indebitamento*, altra componente del crollo dei mutui americani, a maggior ragione per il fatto che il livello di indebitamento del consumatore medio europeo risulta essere concentrato in particolar modo verso gli immobili<sup>3</sup>; da qui l'importanza di erogare il credito in maniera sana.

Come è stato osservato, la Direttiva MCD è caratterizzata da una natura duale<sup>4</sup>: da un lato c'è l'attenzione alla normativa dedicata al mercato creditizio e alla protezione dei consumatori dal problema del sovra-indebitamento, mentre dall'altro lato c'è la volontà di porre rimedio a tutta una serie di danni macroeconomici dovuti al sovrapporsi di una scarsa cultura finanziaria dei clienti e di regimi non efficaci o addirittura inesistenti per gli intermediari del credito, che si è mostrata in tutta la sua gravità durante la crisi.

Tutto ciò si traduce in una sorta di *conformazione* del contratto di mutuo immobiliare, che necessita di un approccio diverso dagli altri, tanto che in fase di attuazione della Direttiva è stato inserito un apposito Capo (il Capo I-bis) al Titolo VI del t.u.b contenente le novità legislative che sarà approfondito nei prossimi capitoli.

---

<sup>3</sup> DOC(2013) 12905 del 12 settembre 2013, pag. 2. Il documento sottolinea l'importanza della direttiva in esame dal momento che il 70% dei cittadini dell'Unione Europea sono titolari di prestiti ipotecari, e che i prestiti ipotecari valgono collettivamente più del 52% del PIL dell'UE.

<sup>4</sup> PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/14/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili)*, in Contr. Impr. Europa, 2014, pag. 523.



Nel primo capitolo della tesi sono state ripercorse le tappe più importanti del riconoscimento giuridico del consumatore, passando per la sua presentazione; nel secondo capitolo l'attenzione si sposta verso il credito al consumo, cavallo di battaglia della legislazione di tutela consumeristica, la cui descrizione svolge un ruolo essenziale ai fini di una miglior comprensione degli obiettivi della Direttiva 2014/17/UE; il terzo capitolo si propone di presentare i caratteri essenziali del mutuo ipotecario, protagonista indiscusso della Direttiva MCD; il quarto capitolo ed il quinto capitolo rappresentano il fulcro della tesi, in quanto viene ripercorsa la Direttiva MCD nei suoi caratteri essenziali e novità introdotte, per poi concludere l'elaborato con l'analisi dell'art. 28 della Direttiva (*Morosità e Pignoramenti*) e del suo allineamento con l'ordinamento italiano (in particolar modo con il divieto di patto commissorio *ex art. 2744 cod. civ.* a favore invece della riconosciuta validità del patto marciano).

Uno degli elementi più innovativi della nuova disciplina del credito immobiliare è infatti il riconoscimento della possibilità di prevedere procedure di escussione della garanzia in caso di inadempimento del debitore che siano però *private*, ossia definite tra il consumatore e l'istituto di credito, senza necessità di ricorrere all'espropriazione immobiliare civilistica.



## CAPITOLO PRIMO: RICONOSCIMENTO GIURIDICO DEL CONSUMATORE

**Sommario:** 1.1 Introduzione – 1.2 Il consumatore e le sue molteplici definizioni – 1.3 (*segue*) Il riconoscimento del consumatore nel diritto comunitario e italiano

### 1.1 Introduzione

Il consumatore di oggi è un consumatore moderno, che gode di un proprio ruolo e che ha conquistato una posizione talmente rivelante nella società corrente da meritare una struttura di tutela *ad hoc*.

Fu la Rivoluzione Industriale a dare via al processo, trasformando il consumatore da soggetto destinato semplicemente ad assorbire l'offerta di prodotti sempre più standardizzati a protagonista di un regime di tutela sempre più efficace, in particolar modo di fronte agli abusi della controparte del rapporto contrattuale.

Il primo riconoscimento giuridico nell'ordinamento italiano della disciplina consumeristica risale agli anni Settanta, quando emerge l'esigenza del consumatore di far valere i propri diritti di fronte a difetti di fabbricazione dei prodotti industriali; si tratta quindi di una disciplina relativamente recente, la cui evoluzione nel corso degli anni non ha seguito un percorso individuale ma è andata di pari passo con la diffusione del c.d. *credito al consumo*.

Inizialmente il finanziamento ai consumatori era limitato solo ad alcune tipologie di beni, prima fra tutte l'abitazione.

La società capitalista necessitava però di nuove forme di credito per rispondere al fabbisogno del popolo di godere dei beni c.d. *di consumo*, frutto della produzione su larga scala e della loro distribuzione di massa.

Se infatti è vero che il capitalismo ha aumentato il tenore di vita del cittadino medio, è anche vero che il capitalismo ha dato una forte spinta alla propensione all'indebitamento del popolo e alla conseguente diffusione del credito al consumo; erano anni in cui il consumatore veniva percepito sempre più spesso come parte debole del rapporto contrattuale e pertanto meritevole di tutela.

Per esempio, quando si diffuse in Italia la pratica dei prestiti personali ai consumatori finalizzati all'acquisto di un determinato bene o servizio, gli schemi tradizionali del diritto privato si dimostrarono inadatti a tutelare i suoi interessi, dal momento che non tenevano in

considerazione che sempre più frequentemente le operazioni di finanziamento diventavano rapporti trilaterali o bilaterali/paralleli, dove i protagonisti non erano più solo due ma erano diventati tre, ossia il consumatore-acquirente, il venditore e il finanziatore<sup>5</sup>.

Quella del credito al consumo è nata e si è sviluppata quindi come una «*disciplina del contratto di finanziamento economicamente e giuridicamente legato al rapporto di consumo*»<sup>6</sup>, dove l'atto di compravendita del bene sottostante viene regolato in maniera tale da proteggere il consumatore.

Negli anni a seguire il fenomeno ha raggiunto una diffusione talmente vasta da essere considerato a sua volta un prodotto di consumo, pubblicizzato e sponsorizzato al pari degli altri beni<sup>7</sup>.

Dagli anni Novanta le operazioni riguardanti il credito al consumo in Italia sono aumentate sempre più seguendo un *trend* di crescita positivo che si è arrestato a causa dello scoppio della crisi finanziaria del 2007, che ha provocato un forte calo del ricorso al credito al consumo soprattutto nel biennio 2010-2012; da quel momento in poi solo nel 2015 si è registrata nuovamente una crescita positiva<sup>8</sup>.

Pur trattandosi di operazioni di finanziamento concluse spesso con consumatori, i mutui immobiliari sono sempre stati esclusi dal vasto insieme del credito al consumo, fino all'introduzione della Direttiva MCD.

Nei prossimi paragrafi dell'elaborato saranno ripercorse le tappe più importanti dello sviluppo della tutela consumeristica, dalla disciplina del credito al consumo a quella riguardante i mutui ipotecari accesi a consumatori, oggetto di una discussa rivisitazione legislativa attraverso la Direttiva 2014/17/UE che sarà invece analizzata in dettaglio nel capitolo quarto e quinto.

Questo recente intervento di legislazione comunitaria può essere considerato a tutti gli effetti in continuità il credito al consumo, per mezzo del quale per la prima volta si prevede una disciplina specialistica di settore (quello dei mutui ipotecari accesi a consumatori).

---

<sup>5</sup> COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in Contr. Impr. Europa, 2011, pag. 263. L'autore osserva anche che dal punto di vista del contraente debole è indifferente la circostanza che il credito sia concesso direttamente dal venditore o da un terzo finanziatore, ciò che conta è solo l'acquisto e quindi il godimento del bene di consumo.

<sup>6</sup> LUPOI, *op. cit.*, pag. 235.

<sup>7</sup> *Ivi*, pag. 236.

<sup>8</sup> MAGRI, PICO, *Il mercato del credito alle famiglie dopo cinque anni di crisi: evidenze dall'indagine sui loro bilanci*, in Questioni di economia e finanza, 2014, n. 241, Banca d'Italia, pag. 6.

## 1.2 Il consumatore e le sue molteplici definizioni

La Costituzione Italiana non presta particolare attenzione al consumatore, così come il codice civile secondo nella sua prima versione.

Bisognerà aspettare fino alla nascita del credito al consumo per riconoscere nel consumatore un soggetto meritevole anche solo di una qualche debole tutela di «*secondo livello*» al pari degli utenti nei confronti della pubblica amministrazione<sup>9</sup>.

Solo di fronte al diffondersi del fenomeno economico-sociale del *consumerism* (pratica che consiste nell'acquisto indiscriminato di beni di consumo da parte della massa, al fine di soddisfare bisogni talvolta creati dalla moderna pubblicità, che aveva già fatto il suo ingresso nell'esperienza statunitense) alcuni paesi europei (Francia, Olanda e Belgio) cominciavano a riconoscere l'importanza di tutelare realmente il consumatore; la vera svolta è avvenuta grazie alla progressiva integrazione europea, ed è proprio grazie al susseguirsi di più direttive comunitarie che la disciplina consumeristica italiana si è evoluta in parallelo<sup>10</sup>.

Prima di analizzare la disciplina è opportuno riflettere sulla problematica legata alla definizione di consumatore e alla sua individuazione, dal momento che sempre il consumatore è il destinatario della Direttiva 2014/17/UE.

Il perno attorno al quale tutta la materia ruota è la effettiva coincidenza tra consumatore e contraente debole; ancora oggi non esiste una definizione unica di consumatore ma ne esistono di svariate contenute talvolta in leggi speciali, valide generalmente solo ai fini del provvedimento che le riporta e quindi prive di carattere universale<sup>11</sup>.

Il codice del consumo stesso ne riporta più di una definizione<sup>12</sup>; mentre l'art. 3, comma 1, lett. a) definisce il consumatore come «*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale, professionale eventualmente svolta*» (definizione pressoché identica a quella riportata all'art. 121 del t.u.b., comma 1, lettera b) ), l'art. 5, comma 1, lo definisce invece come la «*persona fisica cui sono dirette le informazioni commerciali*»<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> TRIPODI, *Consumatore e diritto dei consumatori: le linee di evoluzione e il codice del consumo*, 2005, al sito web [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> LAMANNA DI SALVO, *La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici*, in *Giur. merito*, 2013, pag. 2659.

<sup>12</sup> D.lg. del 6 settembre 2005, n. 206, recante il Codice del consumo, emanato a seguito della delega legislativa contenuta nell'art. 7, l. 29 luglio 2003, n. 229, destinata al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori.

<sup>13</sup> Come osserva DALIA, *Le nozioni di consumatore e il valore della dichiarazione di agire per finalità di consumo*, in *Giur. merito*, 2009, pag. 1733, la nozione dell'art. 5 è destinata all'attuazione del principio di trasparenza, essendo contenuta nella parte del codice relativa alla fase precontrattuale del rapporto; di conseguenza questa

Il consumatore è definito in modo sostanzialmente analogo nel d. lg. n. 50 del 1992 (Attuazione della Direttiva n. 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali) e nel d.lg. n. 185 del 1999 (Attuazione della Direttiva 97/7/CEE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza); rispettivamente, l'art. 2 del primo decreto lo definisce come «*la persona fisica che, in relazione ai contratti o alle proposte contrattuali disciplinati dal presente decreto, agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla propria attività professionale*», mentre l'art. 1 del secondo decreto come «*la persona fisica che, in relazione ai contratti di cui alla lettera a) [contratti a distanza], agisce per scopi non riferibili all'attività professionale eventualmente svolta*».

Ancora, la l. n. 281 del 30 luglio 1998 (Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti) all'art. 2 parla di «*persone fisiche che acquistano o utilizzano dei beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta*», come pure il d. lg. n. 70 del 2003 sul commercio elettronico, che all'art. 2, lettera e) definisce il consumatore con la stessa formula.

Tutto ciò considerato, il criterio adottato dal legislatore sembra essere quello dell'*estraneità dello scopo professionale* per riconoscere la qualifica di consumatore alla persona fisica che usufruisce di beni non strumentali o comunque estranei alla sua attività lavorativa, e quindi il soggetto che agisce come individuo in quanto tale e non come lavoratore<sup>14</sup>; dal momento che il termine non trova corrispondenza col significato che esso ha nella lingua italiana, si tratta comunque di una definizione convenzionale<sup>15</sup>.

L'elemento che permette di distinguere il consumatore dal professionista è quindi quello dello *scopo* per il quale la persona fisica agisce; in questo modo la definizione ricomprende la persona che agisce per scopi attinenti alla sua qualità di lavoratore dipendente, mentre tutti gli atti che riguardano l'avvio di una nuova attività imprenditoriale ne sono esclusi<sup>16</sup>.

---

seconda definizione appare più ampia della prima, ma ciò è coerente con le esigenze di tutela del soggetto debole del mercato.

<sup>14</sup> La scelta del legislatore sembra essere sostenuta da una corposa giurisprudenza, ad esempio la sentenza della Corte Cost. del 22/11/2002 n. 469, che definisce il consumatore come «*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*» richiamando la nozione riportata nella direttiva 93/13/CEE sulle clausole vessatorie all'art. 2, lettera b) e ricordando che «*in numerosi paesi membri dell'unione europea la definizione di consumatore è ristretta alle sole persone fisiche che agiscono per scopi non professionali*»; sulla stessa linea la Corte Giustizia UE, sez. III, si era mossa l'anno precedente con sentenza n. 541 del 22/11/2001, dove la commissione ha sentenziato che «*la nozione di consumatore, come definita dall'art. 2, lett. b) della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, [...] dev'essere interpretata nel senso che si riferisce esclusivamente alle persone fisiche*».

<sup>15</sup> DALIA, *op. cit.*.

<sup>16</sup> DE CRISTOFARO, ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, CEDAM, 2013, pag. 1693.

Anche le direttive comunitarie consumeristiche tendono a definire il consumatore come una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale svolta, in contrapposizione al professionista<sup>17</sup>.

Un valido esempio può essere la definizione riportata all'art. 3, lettera a), della Direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo e che definisce il consumatore come una «*persona fisica che, nell'ambito delle transazioni disciplinate dalla presente direttiva, agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale*».

### **1.3 (segue) Il riconoscimento del consumatore nel diritto comunitario e italiano**

Il consumatore fa la sua prima apparizione ufficiale nell'ordinamento giuridico comunitario con il Trattato di Roma del 1957 costitutivo della Comunità Economica Europea, ma solo in un secondo momento gode di reale attenzione; originariamente infatti il Trattato non considerava la sua tutela come uno specifico settore di intervento e si sosteneva che il termine fosse riportato in alcuni articoli (come i numeri 39, 85 e 86) in modo totalmente generico e accidentale; i sostenitori di questa tesi ritenevano che scopo essenziale del Trattato fosse quello di preservare il mercato e quindi le imprese, non il contraente debole<sup>18</sup>.

Non si trattava di una argomentazione pacifica dal momento che in contrapposizione alla prima tesi ne era emersa una seconda, a sostegno dell'idea che la tutela della concorrenza perseguita dal trattato fosse in realtà finalizzata alla protezione del consumatore stesso<sup>19</sup>.

Nonostante il dibattito iniziale, dal 1957 in poi il consumatore e la sua protezione hanno ricoperto un ruolo sempre più centrale nell'azione comunitaria, tanto che nel 1973 è stato costituito il Comitato Consultivo dei Consumatori e nel 1975 la Comunità Europea ha adottato il Programma preliminare della CEE per una politica di protezione e di informazione del consumatore, dove sono state elencate le cinque categorie di diritti considerati fondamentali (alla protezione della salute e della sicurezza, alla tutela degli interessi economici, al risarcimento dei danni, all'informazione e all'educazione, alla rappresentanza); tra le varie aree di intervento previste dal programma era compresa anche quella del credito al consumo.

Su tale sfondo, un momento fondamentale nel processo di costruzione del diritto europeo consumeristico è stato segnato dall'emanazione dell'Atto Unico Europeo del 1986 e del suo

---

<sup>17</sup> *Ivi*, pag. 11.

<sup>18</sup> *Ivi*, pag. 7.

<sup>19</sup> TRIPODI, *op. cit.*

articolo n. 100 A (ora articolo 114 TFUE), meritevole di aver introdotto nel sistema comunitario una rilevante novità, ossia la possibilità di adottare direttive comunitarie in vista del ravvicinamento delle normative nazionali degli stati membri, che riguardassero però l'instaurazione o il funzionamento del mercato comune<sup>20</sup>.

L'articolo 100 A è stato utilizzato come base giuridica per tutti futuri interventi del legislatore europeo in materia di legislazione consumeristica e l'Atto stesso viene tutt'ora considerato come il più ampio riconoscimento dell'interesse comunitario dei confronti del consumatore<sup>21</sup>, dal momento che la norma riconosceva esplicitamente i consumatori come meritevoli di un «*livello di protezione elevato*», obbligando tutte le proposte della Commissione in materia a non discostarsi da quella direttrice.

La politica protezionistica ha trovato spazio anche nel Titolo XI del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992; in questa occasione per la prima volta l'Unione Europea ha introdotto delle specifiche competenze in materia consumeristica e l'art. 129 A ribadiva che l'obiettivo rimaneva quello di garantire al consumatore un livello di protezione elevato sia mediante le misure previste all'art. 100 A sia mediante azioni specifiche di sostegno e di integrazione della politica svolta dagli stati membri.

Il Trattato di Amsterdam del 1997 ha poi ulteriormente valorizzato l'interesse del consumatore con l'introduzione dell'art. 153, che riscrive l'art. 129 A di cui sopra rinnovando i cinque diritti fondamentali del Programma preliminare del 1975.

Un livello di protezione dei consumatori elevato è stato richiesto anche dall'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000, o Carta di Nizza; la collocazione dell'articolo nel capo dedicato alla Solidarietà può essere considerato come il riconoscimento comunitario dei diritti dei consumatori come diritti sociali.

Infine, l'art. 169 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea del 2009, variante l'art. 153 di cui sopra, ha dichiarato formalmente la protezione del consumatore quale politica perseguita dall'Unione Europea.

La legislazione comunitaria consumeristica è poi ricca di direttive, come la Direttiva 1993/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico nel mercato interno, la Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, la Direttiva 2006/114/CE sulla pubblicità ingannevole e comparativa, la Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno, la Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, la Direttiva 2008/48/UE sui contratti di credito ai consumatori, ecc.

---

<sup>20</sup> DE CRISTOFARO, ZACCARIA, *op. cit.*, pag. 8.

<sup>21</sup> *Ibidem*.



Le prime di queste direttive si caratterizzano per la presenza del principio c.d. di *armonizzazione minima*, per mezzo del quale gli Stati membri sono legittimati a mantenere in vigore o a prevedere disposizioni più protettive per il consumatore rispetto a quanto previsto dal testo comunitario.

Solo dagli anni Duemila a questo modello viene preferito il criterio *dell'armonizzazione massima*, che non consente più ai Paesi membri di discostarsi dal tenore delle direttive né in positivo né in negativo; ovviamente tutto ciò ha consentito una generale riduzione delle differenze esistenti fra le varie legislazioni nazionali.

Nel 2004 la Commissione Europea aveva avviato un processo di revisione della disciplina a tutela del consumatore, che si è concluso nel 2007 con l'emanazione di un apposito Libro Verde intitolato *Revisione dell'acquis relativo ai consumatori* (COM(2006) n. 744 del 8 febbraio 2007); nel documento si sottolineava l'esigenza di disciplinare la materia non con il ricorso al tradizionale approccio verticale (ossia mediante l'aggiornamento delle singole direttive), ma piuttosto ad un approccio di tipo orizzontale, consistente nell'adozione di direttive quadro che regolassero profili comuni dell'*acquis* secondo una certa coerenza sistematica<sup>22</sup>.

Per quanto concerne l'ordinamento italiano, il consumatore ha fatto la sua prima apparizione nel cod. civ. grazie alla legge n. 52 del 6 febbraio 1996 (in attuazione alla Direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive), che ha previsto l'inserimento del capo XIV-bis nel Libro Quarto relativo proprio alla disciplina dei contratti del consumatore<sup>23</sup>.

In realtà il panorama legislativo italiano si presentava frammentato e disordinato a causa delle numerosi leggi speciali in materia, tanto che nel 2005 si è tentato di riordinare l'intera disciplina consumeristica attraverso l'emanazione del d. lg. n. 206 del 6 settembre c.d. *codice del consumo*.

Tutta l'evoluzione normativa della tutela del consumatore nell'ordinamento italiano ha seguito di pari passo il diritto comunitario, attraverso il recepimento delle direttive emanate in materia, delle quali la più recente (Direttiva 2014/17/UE) rappresenta l'oggetto della tesi e la cui analisi è rimandata al capitolo quarto.

---

<sup>22</sup> CAPO, voce Codice del consumo, Enciclopedia del diritto, Annali VII, 2014, Giuffrè Editore, pag. 216.

<sup>23</sup> TRIPODI, *op. cit.*



## CAPITOLO SECONDO: EVOLUZIONE DEL CREDITO AL CONSUMO

**Sommario:** 2.1 Il credito al consumo come tutela del consumatore – 2.2 Il credito al consumo nella disciplina comunitaria e italiana e nascita del codice del consumo – 2.3 La direttiva 2008/48/CE: credito ai consumatori

### 2.1 Il credito al consumo come tutela del consumatore

Il credito al consumo viene definito come la «*concessione nell'esercizio di una attività commerciale o professionale di credito sotto forma di dilazione di pagamento o di prestito o di analoga facilitazione finanziaria (finanziamento) a favore di una persona fisica (consumatore) che agisce, in tale rispetto, per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta*»<sup>24</sup>.

Si tratta di un fenomeno unitario sia dal punto di vista sociale che economico, la cui complessità è dovuta al suo manifestarsi in molteplici forme giuridiche, sebbene la funzione rimanga sempre la stessa, ossia quella di consentire al consumatore di acquistare un bene o un servizio attraverso una agevolazione finanziaria.

E' proprio l'utilizzo di termini generici che permette di superare limiti puramente formali e di ricomprendere nella normativa di riferimento una serie di fattispecie anche molto diverse l'una dall'altra accomunate solo dallo stesso scopo.

La disciplina che si è evoluta nel corso degli anni non ha cercato di tipizzare un unico contratto, ma ha voluto regolare una indefinita serie di fattispecie negoziali, sia sotto il profilo soggettivo (dal momento che il numero e la qualità delle parti coinvolte è variabile) che oggettivo (dal momento che il consumatore sceglie lo schema negoziale che più si adatta alle sue esigenze)<sup>25</sup>.

Il fenomeno appare ancora più complesso se si considera che ogni tipologia negoziale ha poi le proprie problematiche e caratteristiche, che si affiancano in questo caso alle esigenze di tutela del consumatore.

---

<sup>24</sup> L. 1992/142, Capo II, Sezione I, art. 18, comma 1. La medesima definizione viene riportata alla pari all'art. 121 t.u.b. (secondo la versione anteriore all'emanazione del d.lg. 2010/141), con l'aggiunta del secondo comma, secondo il quale «*L'esercizio del credito al consumo è riservato: a) alle banche; b) agli intermediari finanziari; c) ai soggetti autorizzati alla vendita di beni o di servizi nel territorio della Repubblica, nella sola forma della dilazione del pagamento del prezzo*».

<sup>25</sup> COSTA, *op. cit.*, pag. 267.

Quelle del credito al consumo sono operazioni che, di norma, hanno una durata variabile fra i 12 e i 72 mesi e che sono prive di garanzia reale o personale<sup>26</sup>; generalmente sono rivolte a beni c.d. *durevoli*, come mezzi di trasporto, televisori, elettrodomestici, strumenti musicali.

Come illustrato nel par. 1.1, fino agli anni Settanta l'interesse del legislatore nei confronti di questo fenomeno si è rivelato scarso, e in assenza di una apposita disciplina di settore gli schemi tipici del diritto privato, applicati alle operazioni di credito al consumo e associati alla mancanza di potere contrattuale da parte del consumatore, hanno condotto spesso e volentieri a rapporti contrattuali dove l'acquirente si trovava in una posizione di soggezione e di debolezza rispetto alla controparte; da cui l'importanza di prevedere una disciplina di settore.

## **2.2 Il credito al consumo nella disciplina comunitaria e italiana e nascita del codice del consumo**

La disciplina del credito al consumo è riconducibile ad una pluralità di fonti normative sia comunitarie che nazionali (nell'ordine: le Direttive 87/102/CEE e 90/88/CEE, recepite con la legge del 19 febbraio 1992 n. 142; il d. lg. 1 settembre 1993 n. 385 - testo unico bancario; il d. lg. 6 settembre 2005 n. 206, denominato codice del consumo; la Direttiva 2008/48/CE recepita con d. lg. 141 del 2010, ecc.); a queste si sommano poi gli art. 1341 e 1342 del cod. civ. sui contratti nonché gli art. dal 1469-bis e ss. inerenti alla disciplina delle clausole abusive nei contratti dei consumatori (poi confluiti nel codice del consumo).

L'originaria lacuna normativa viene per la prima volta colmata quindi nel 1987 dalla Direttiva comunitaria n. 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo, che ha introdotto una disciplina unitaria al fine di eliminare le differenze esistenti fra gli Stati membri e di evitare distorsioni della concorrenza<sup>27</sup>; il secondo scopo del provvedimento comunitario era l'introduzione del TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale), l'indicatore matematico che permette al consumatore di sapere in anteprima quale sarà il costo complessivo del credito ricevuto<sup>28</sup>.

La Direttiva del 1987 è stata poi emendata dalla Direttiva n. 90/88/CEE, recepita nell'ordinamento italiano con la legge del 19 febbraio 1992 n. 142; nella legge in esame la

---

<sup>26</sup> CASSANO, *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, 2009, Padova, pag. 558.

<sup>27</sup> DE CRISTOFARO, ZACCARIA, *op. cit.*, pag. 1691.

<sup>28</sup> In realtà, come osservano DE CRISTOFARO, ZACCARIA, *op. cit.*, pag. 1691, bisognerà aspettare la Direttiva 90/88/CEE per formulare una regola matematica per il calcolo del TAEG comune a tutti i Paesi membri, regola che poi è stata perfezionata con la successiva Direttiva 98/7/CE.

definizione del TAEG è confluita nell'articolo 19, dove viene definito come il «*costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua del credito concesso e comprensivo degli interessi e degli oneri da sostenere per utilizzarlo, calcolato conformemente alla formula matematica che figura nell'allegato II alla direttiva del Consiglio 90/88/CEE*»<sup>29</sup>; successivamente le disposizioni della l. 142/1992 relative al credito al consumo sono state traslate nel t.u.b. (d. lg. 1 settembre 1993 n. 385), nello specifico nei Capi II (*Credito al consumo*) e III (*Regole generali e controlli*).

In un'ottica di riordino della disciplina interna viene emanato il codice del consumo con d.l. del 6 settembre 2005 n. 206; la disciplina viene in realtà stravolta e collocata in più fonti, infatti una parte viene traslata negli articoli 40, 41, 42 e 43 del codice del consumo e l'altra parte rimane nel t.u.b.<sup>30</sup>, più precisamente negli articoli dal numero 115 al 120-*quater* e dal numero 121 al 126.

Il codice del consumo è stato confezionato in modo da seguire la direttrice dell'affermazione dei diritti riconosciuti al consumatore nonché la disciplina degli strumenti di tutela degli stessi<sup>31</sup>.

I primi tre articoli (che compongono la parte prima) illustrano le disposizioni generali, le finalità del codice nonché i principi comunitari che stanno alla base del codice stesso (il diritto alla tutela della salute, il diritto alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi, il diritto ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, il diritto all'educazione e al consumo, il diritto alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali, il diritto alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti, il diritto all'erogazione dei servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza).

La parte seconda (Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità) contiene una serie di disposizioni intese a promuovere la crescita *culturale* del consumatore nel suo agire come soggetto delle relazioni di mercato.

La parte terza è dedicata al rapporto di consumo e riguarda la disciplina delle dinamiche contrattuali di cui posso essere destinatari i consumatori; questa parte ospita anche la

---

<sup>29</sup> Questa definizione coincide con quella riportata all'art. 121 t.u.b., comma 1, lettera *m*), che definisce appunto il TAEG come *costo totale del credito per il consumatore espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito*.

<sup>30</sup> In breve, l'art. 40 conferiva al CICR (Comitato interministeriale per il credito e il risparmio) il compito di adeguare la normativa nazionale alla direttiva 98/7/CE che modificava la direttiva 87/102/CEE, soprattutto per la parte relativa al TAEG, mentre l'art. 42, in cui sono confluiti senza modifiche i commi 4 e 5 dell'art. 125 t.u.b., riguardava l'inadempimento del fornitore.

<sup>31</sup> CAPO, *op. cit.*, pag. 221.

disciplina sulle clausole vessatorie, originariamente dettata dagli articoli 1469-*bis* al 1469-*sexies* cod. civ.

La quarta parte riguarda norme in materia di sicurezza e qualità dei prodotti.

La quinta parte è relativa invece alle associazioni dei consumatori e accesso alla giustizia, ed è seguita dalla sesta parte che contiene le disposizioni finali.

L'obiettivo del legislatore era sì quello di dare ordine sistematico ad un materiale legislativo frammentario, tuttavia la suddivisione che invece ne è seguita è stata dovuta alla legge delega n. 229 del 2003, che purtroppo lasciava poco spazio per eventuali interventi che andassero al di là della semplice raccolta di fonti.

Nonostante ciò, il riassetto della normativa previgente mediante il codice del consumo ha comunque dischiuso nuovi orizzonti al diritto dei consumatori e l'evoluzione della disciplina non si è arrestata.

Come anticipato nel capitolo precedente, la Direttiva 87/102/CEE e le successive rispondevano al principio *dell'armonizzazione minima*, e pertanto era permesso agli Stati membri di adottare o mantenere in vigore disposizioni più rigorose per tutelare i consumatori; tuttavia ciò ha provocato il formarsi di significative disparità fra i vari regimi normativi, al punto che per i consumatori era impossibile beneficiare del sistema del credito transfrontaliero<sup>32</sup>.

Inoltre, la presenza di regimi giuridici asimmetrici avrebbe avuto l'inevitabile effetto di rendere inefficace la protezione del consumatore.

Il legislatore comunitario ha cercato di trovare una soluzione al problema con l'adozione di una nuova direttiva, la n. 2008/48/CE del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e abrogante la direttiva del 1987.

### **2.3 La direttiva 2008/48/CE: credito ai consumatori**

La Direttiva 2008/48/CE ha avuto un forte impatto in materia di credito al consumo e, rispetto alle precedenti, ha segnato il passaggio al principio della *armonizzazione massima* (o piena), al fine di creare un vero unico mercato europeo dove fosse possibile offrire ai consumatori un'ampia offerta di credito raggiungendo contemporaneamente un livello di protezione omogeneo, e al fine di realizzare un ambiente giuridico strutturato rimuovendo le differenze fra i diversi ordinamenti.

---

<sup>32</sup> DE CRISTOFARO, ZACCARIA, *op. cit.*, pag. 1692.

Proprio alla luce di tutti questi nuovi obiettivi, *l'iter* di approvazione della direttiva non è stato semplice; la prima proposta della Commissione, risalente al 2002, aveva generato non poche perplessità, così come la seconda versione del 2004, tanto che la versione definitiva è stata approvata solo nel 2007<sup>33</sup>.

La Direttiva 2008/48/CE è stata recepita nell'ordinamento italiano attraverso l'emanazione del d.lg. n. 141 del 13 agosto 2010, meritevole di aver riunificato la disciplina del credito al consumo integralmente nel t.u.b.<sup>34</sup>.

Il decreto n. 141/2010 ha introdotto anche una serie di innovazioni che non hanno nulla a che vedere con il credito al consumo e la cui adozione non è stata richiesta dalla comunità europea ma è stata decisa esclusivamente dal legislatore italiano (le innovazioni in oggetto riguardano per esempio il codice del consumo, la legge sulla cartolarizzazione dei crediti, il t.u.f. ecc.).

Il decreto n. 141/2010 si componeva infatti di cinque corposi titoli, di cui solo i primi relativi al credito al consumo.

Qui la tutela del consumatore seguiva a sua volta due direttrici: la prima consistente nell'adozione di norme finalizzate a garantire l'informazione e la trasparenza di fronte alla contrattazione di massa, mentre la seconda consistente nell'adozione di norme che delineavano una disciplina del rapporto limitante dell'autonomia contrattuale delle parti<sup>35</sup>.

Il Titolo I, dedicato ai contratti di credito ai consumatori e quindi al recepimento vero e proprio della Direttiva 2008/48/CE, introduceva tutta la nuova disciplina al Capo II del Titolo VI del t.u.b.

In contemporanea, abrogava quanto necessario ai fini del coordinamento, ossia gli articoli 40, 41 e 42 del codice al consumo, mentre rimaneva in vigore l'art. 43 con la sola soppressione della parola «*restante*» (si trattava comunque solo di un articolo di rinvio della disciplina ai capi II e III del Titolo VI del t.u.b).

La modifica del Capo II del t.u.b. non riguardava solo il contenuto delle disposizioni ma anche dell'intestazione del capo stesso, precedente rubricato «*credito al consumo*» e modificato in «*credito ai consumatori*»: non si trattava di una casualità, ma era frutto della

---

<sup>33</sup> COSTA, *op. cit.*, pag. 272.

<sup>34</sup> La scelta del legislatore di riportare l'intera disciplina del credito al consumo nel t.u.b. in luogo del codice al consumo non è stata priva di critiche, come illustrato in COSTA, *op. cit.*, pag. 266, dove l'autore segnala che solo l'Italia ha adottato questo tipo di modello normativo.

Dello stesso avviso l'autore De Cristofaro, in DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, I Contratti, 2010, pag. 1049. L'autore giudicava già irragionevole il precedente smembramento della disciplina in sede di emanazione del codice del consumo, per poi trovare la sua nuova collocazione nel testo unico una palese contraddizione alla decisione di creare un unico codice per i consumatori. L'autore stesso ricorda che altri giuristi considerano invece preferibile la nuova collocazione nel t.u.b. (si veda) CARRIERO G. in *Brevi Note sulla delega per l'attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*, I contratti, 2009, pag. 1146.

<sup>35</sup> COSTA, *op. cit.*, pag. 277-279.

necessità di rendere coerenti le direttive comunitarie e dell'intenzione di collocare l'individuo e la sua tutela al centro della Direttiva.

Il Titolo II del decreto n. 141/2010 si occupava invece del coordinamento del t.u.b. con altre disposizioni in tema di trasparenza.

Oltre ad unificare la disciplina del credito al consumo, il legislatore l'ha resa anche autonoma rispetto alla disciplina sulla trasparenza delle operazioni e servizi bancari e finanziari del Capo I del Titolo VI del t.u.b.<sup>36</sup>, dal momento che l'art. 115 t.u.b., comma terzo, sottraeva i contratti di credito ai consumatori alla disciplina sulla trasparenza contenuta nel Capo I, salvo alcuni aspetti espressamente richiamati dall'art. 125-bis, comma 2<sup>37</sup>.

Tuttavia, sembra che il legislatore poco si fosse interessato al coordinamento del nuovo t.u.b. con le altre discipline consumeristiche, dal momento che dopo il recepimento della Direttiva del 2008/48/CE la disciplina consumeristica si trovava nuovamente sparsa in più fonti legislative e di difficile collegamento l'una con l'altra: Capi II e III del Titolo VI del t.u.b., disposizioni del Capo I espressamente richiamate dal comma secondo dell'art. 125-bis, le norme del cod. civ. in materia di contratto di mutuo e contratti bancari (art. 1813 e ss.) nonché la disciplina delle pratiche commerciali scorrette (art. 18, cod. cons.), delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori (art. 33, cod. cons.)<sup>38</sup>, ecc..

Un'altra novità introdotta dal decreto n. 141/2010 in oggetto era la definizione dei contratti di credito, cui era rivolta la disciplina del credito al consumo, nell'art. 1 come i contratti 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*». Emerge il carattere *transtipico* di questa disciplina, dal momento che comprende numerose e differenti tipologie di contratti il cui comune denominatore è rappresentato però dalla causa di finanziamento<sup>39</sup>.

Un criterio utile per la classificazione delle operazioni coinvolte riguarda la loro propensione a rappresentare operazioni di credito al consumo *finalizzato* oppure di credito al consumo *diretto*<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Non bisogna dimenticare che la nascita della legislazione interna sul credito al consumo è stata parallela a quella sulla trasparenza bancaria, che è stata introdotta dalla l. n. 154 del 17 febbraio 1992; da subito sono emersi problemi di coordinamento legati soprattutto alla discussa equivalenza fra norma speciale sul credito al consumo e norma generale sulla di trasparenza. Il dibattito è stato risolto con il coordinamento delle due discipline nel titolo VI del t.u.b. in seguito all'attuazione della direttiva 2008/48/CE.

<sup>37</sup> Art. 125-bis, comma 2: «*Ai contratti di credito si applicano l'articolo 117, commi 2, 3 e 6, nonché gli articoli 118, 119, comma 4, e 120, comma 2*».

<sup>38</sup> DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pag. 1050.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> PELLEGRINO, *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori*, in *Obbl. e contr.*, 2011, pag. 127.



Il primo gruppo riguarda le operazioni nelle quali il finanziamento è finalizzato all'acquisto di uno specifico bene o servizio. In genere gli esercizi commerciali stipulano a questo scopo una convenzione con le società finanziarie per poter offrire ai clienti la possibilità di acquistare un bene pagandolo a rate.

Senza alcuna pretesa di completezza, le tipologie contrattuali più diffuse che appartengono a questo gruppo sono le vendite a rate con riserva di proprietà, i crediti su pegno, i mutui di scopo e contratti di leasing traslativo.

I mutui di scopo rappresentano un'operazione di finanziamento con cui una parte eroga all'altra un finanziamento finalizzato al raggiungimento di uno scopo specifico, e l'altra si impegna a restituire il capitale con gli interessi e ad usare la somma per realizzare il fine prefissato.

Si tratta quindi di una operazione che coinvolge tre diversi soggetti, ossia il consumatore, il venditore e il finanziatore, i cui rapporti reciproci sono regolati da altrettanti contratti: quello di compravendita stipulato tra consumatore e venditore, quello di finanziamento stipulato tra consumatore e finanziatore e infine la convenzione tra finanziatore e venditore (tramite il quale si consente al cliente il pagamento rateale).

Il mutuo di scopo si differenzia dal mutuo ordinario (art. 1813 ss. cod. civ.) per la presenza della clausola di destinazione della somma finanziata<sup>41</sup>; per approfondimenti si rimanda al par. 3.1.1.

I contratti di leasing traslativo (o di consumo) sono i contratti di leasing che terminano con l'acquisto della proprietà del bene da parte del consumatore; si distinguono dal leasing di godimento proprio per l'intenzione del cliente di esercitare, al termine del contratto, l'opzione di acquisto (come i mutui di scopo i soggetti coinvolti sono tre).

La vendita a rate con riserva della proprietà è un'operazione disciplinata dall'art. 1523 cod. civ.; è uno dei contratti di credito al consumo più diffusi specialmente per la sicurezza che offre, dal momento che il venditore è garantito dal fatto che il trasferimento della proprietà al consumatore è sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento integrale.

A differenza delle prime due tipologie di operazioni, in questo caso i protagonisti sono solo due, ossia il venditore e il cliente.

Il credito al consumo diretto (o non finalizzato) riguarda invece le forme di finanziamento che vengono concesse al consumatore senza un vincolo di destinazione.

Le operazioni più conosciute che rientrano in questo gruppo sono i prestiti personali, i prestiti concessi a fronte della cessione del quinto dello stipendio, e i finanziamenti erogati tramite

---

<sup>41</sup> *Ivi*, pag. 128.

carta di credito *revolving* (generalmente collegata ad una apertura di credito in conto corrente).

I prestiti personali sono i tradizionali finanziamenti, che vengono concessi al cliente/consumatore da parte di una banca o di una società finanziaria di fronte ad una esigenza economica generale senza essere finalizzati all'acquisto di un determinato bene.

E' usuale che il rimborso avvenga secondo un piano di ammortamento c.d. *alla francese*, ossia a metodo progressivo, dove la quota di interessi dovuti decresce nel corso dell'ammortamento mentre aumenta la quota capitale.

I prestiti personali comprendono anche le aperture di credito in conto corrente, dove la banca si impegna a mettere a disposizione del cliente una determinata somma di denaro o a tempo indeterminato o a tempo determinato che viene utilizzato a sua discrezione.

I prestiti contro la cessione del quinto dello stipendio costituiscono dei finanziamenti dove il consumatore/mutuatario cede una quota pari a fino ad un quinto di un proprio credito futuro (sia esso la pensione o lo stipendio) a garanzia del rimborso delle rate dovute. In genere il rimborso è appunto rateizzato e avviene mediante trattenute mensili in busta paga effettuate direttamente dal datore di lavoro, che li versa poi al finanziatore.

In questi ultimi anni questo tipo di contratto è stato spesso al centro di decisioni dell'ABF (Arbitro Bancario Finanziario) soprattutto per quanto concerne l'addebito, da parte della banca, di commissioni pagate e non maturate dal consumatore anche dopo aver estinto anticipatamente il finanziamento; per esempio, nella decisione dell'ABF n. 4406 del 12 maggio 2016 il consumatore lamentava l'addebito di commissioni pagate e non maturate di fronte all'estinzione anticipata del contratto di finanziamento, commissioni che secondo l'istituto di credito sarebbero però *up-front* (non ripetibili) e quindi non rimborsabili. Il collegio in questo caso ha riconosciuto la vessatorietà della clausola contenuta nel contratto relativa alle commissioni, che non permetteva di riconoscere quali fossero appunto *up-front* (non rimborsabili) e quali *recurring* (rimborsabili pro quota), dal momento che nel contratto era indicato solo l'ammontare forfettario<sup>42</sup>.

In un'altra decisione dell'ABF (la n. 1233 dell'11 febbraio 2016) il Collegio aveva condannato l'istituto di credito alla restituzione delle commissioni trattenute anche di fronte all'estinzione anticipata del contratto di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio; in questo caso è stata richiamato il criterio proporzionale *ratione temporis*, per cui l'importo complessivo delle voci di costo da restituire viene calcolato mediante la suddivisione del totale per il numero complessivo delle rate e poi moltiplicato per il numero delle rate residue; in questo caso inoltre è stato rilevato che le commissioni applicate

---

<sup>42</sup> Dello stesso avviso era la Decisione dell'ABF n. 3583 del 5 maggio 2015.

difettassero di sufficiente specificità per poterle classificare integralmente come *up-front*, per cui sono state qualificate come *recurring*.

In un'altra Decisione l'ABF (la n. 6556 del 19 luglio 2016) ha condannato la banca alla restituzione delle commissioni trattenute dopo l'estinzione anticipata del finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio; per il calcolo delle commissioni da restituire è stata indicata la regola equitativa della proporzionalità al tempo mancante alla scadenza naturale del rapporto. Tutti i costi relativi ai servizi destinati a trovare realizzazione fino al pagamento dell'ultima rata di rimborso (costi *recurring*) diventano infatti indebiti in conseguenza della prematura estinzione; resta invece ferma la non rimborsabilità delle voci di costo relative alle attività preliminari alla concessione del finanziamento (costi *up-front*).

In generale, si può affermare che l'indirizzo pressoché costante dell'ABF in materia di rimborsabilità delle commissioni e degli oneri non goduti in sede di estinzione anticipata dei contratti di finanziamento contro cessione del quinto dello stipendio sembra essere quello di restituire al consumatore il totale della quota parte non maturata.

Infine, per chiudere il cerchio sulle tipologie di operazioni tipiche del credito al consumo, ci sono le carte di credito *revolving*, ossia carte di credito a rimborso rateale: al cliente viene messa a disposizione una somma di denaro che egli può spendere tramite l'utilizzo della carta ma a differenza di quanto avviene con le carte di credito tradizionali (dove la somma utilizzata viene addebitata in conto corrente una volta al mese a saldo), le somme spese non vengono addebitate integralmente ma a rate e maggiorate di una quota di interessi. E' la presenza di interessi dovuti al finanziatore che colloca le carte *revolving* tra le tipologie di credito al consumo e non fra i normali sistemi di pagamento.

L'art. 122 t.u.b. (secondo la versione antecedente la Direttiva 2014/17/UE) ridimensionava poi questo vasto insieme delle tipologie negoziali elencando quelle che erano espressamente escluse dalla disciplina del credito al consumo, ossia provvedeva ad escludere una serie di operazioni economico-giuridiche che altrimenti vi sarebbero state assoggettate; ne erano escluse i finanziamenti di importo inferiore a 200 euro o superiore a 75000 euro, i contratti di somministrazione e di appalto, i finanziamenti esenti dal pagamento di interessi o altri oneri, finanziamenti a fronte dei quali il consumatore è tenuto a corrispondere esclusivamente commissioni per un importo non significativo (qualora il rimborso del credito debba avvenire entro tre mesi dall'utilizzo delle somme), i finanziamenti garantiti da pegno su un bene mobile (a patto che il consumatore non sia obbligato per un ammontare eccedente il valore del bene, ecc.).

La lettera e) dell'art. 122 t.u.b. escludeva dal *genus* dei contratti di credito al consumo anche i «finanziamenti destinati all'acquisto o alla conservazione di un diritto di proprietà su un

*terreno o su un immobile edificato o progettato»; l'espressione «diritto di proprietà» va estesa a tutti i diritti reali quindi in via interpretativa<sup>43</sup>.*

La lettera f) dell'art. escludeva invece dalla disciplina anche i «*finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili aventi durata superiore a cinque anni*», ossia i mutui ipotecari.

La normativa nazionale limitava l'esclusione solo a quelli di durata superiore a cinque anni, ovvero i contratti in cui il termine ultimo fissato per la restituzione del capitale erogato eccedeva tale limite temporale.

L'esclusione valeva anche per i contratti in cui la garanzia reale fosse costituita dal pegno purché l'importo non superasse il valore del bene costituente la garanzia.

Nella seguente stesura dell'elaborato si vedrà che questa parte della disciplina subirà delle modifiche a seguito del recepimento della Direttiva MCD.

Dopo aver introdotto la figura del consumatore nel primo capitolo, il secondo ha voluto introdurre le principali caratteristiche del fenomeno del credito al consumo, dal momento che la nuova Direttiva rappresenta una disciplina *di nicchia* all'interno di questo vasto campo.

La tesi prosegue con il terzo capitolo dove sono state richiamate le caratteristiche principali del credito ipotecario e sul suo confronto con i mutui di scopo, soggetti alle regole sul credito al consumo.

---

<sup>43</sup> DE CRISTOFARO, ZACCARIA, *op. cit.*, pag. 1703.

## CAPITOLO TERZO: IL CREDITO IPOTECARIO

**Sommario:** 3.1 Credito fondiario, mutui ipotecari e caratteristiche dell'ipoteca – 3.1.1. Cenni giurisprudenziali sulla differenza tra mutuo ipotecario e mutuo di scopo – 3.2 L'inefficienza delle procedure esecutive immobiliari in Italia

### 3.1 Credito fondiario, mutui ipotecari e caratteristiche dell'ipoteca

La trattazione della figura mutuo ipotecario e dei suoi fondamenti si rende necessaria alla luce del fatto che oggetto della Direttiva MCD sono essenzialmente questo tipo di contratti di credito; si anticipa infatti che, ai sensi dell'art. 3 della Direttiva 2014/17/UE, la nuova disciplina riguarda contratti di credito garantiti da un'ipoteca (o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali) oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali, così come contratti di credito finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata.

Il mutuo, uno dei contratti più diffusi, è disciplinato dall'art. 1813 cod. civ. che lo definisce come il *«contratto col una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità»*.

Ai sensi dell'art. 1815 cod. civ., salvo diversa pattuizione tra le parti, il mutuo si presume oneroso, nel senso che il mutuatario è obbligato a corrispondere al mandante degli interessi su quanto ricevuto; è fatta salva comunque la facoltà per le parti di concludere un mutuo gratuito.

Il mutuo bancario rappresenta una delle forme più conosciute di mutuo<sup>44</sup>; in questo caso il mutuante, generalmente un istituto di credito, eroga un determinato ammontare di capitale al mutuatario, che si impegna a restituirlo pagando anche degli interessi che vengono calcolati sulla base di un parametro finanziario chiamato tasso di interesse.

---

<sup>44</sup> Il mutuo bancario si differenzia dal mutuo di scopo, che è soggetto alla disciplina del credito al consumo al contrario del primo. Entrambe le tipologie di mutuo sono invece soggette alla trasparenza bancaria, art. 115 t.u.b.e ss.

La restituzione del capitale erogato e il versamento degli interessi avviene in modo graduale nel tempo mediante versamenti periodici (rate) la cui cadenza può variare da mensile ad annuale.

Una forma tipica di mutuo bancario è il c.d. mutuo *fondario*, che non gode di una specifica disciplina codicistica ma è disciplinato invece dagli articoli dal 38 al 42 del t.u.b..

L'art. 38 t.u.b. definisce il credito fondiario quale istituto riguardante « *la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili*».

Si tratta quindi di una forma speciale di mutuo, concesso da banche o società finanziarie, diretto al miglioramento, costruzione, acquisto di proprietà immobiliari rurali o urbane garantito da ipoteca di primo grado sulle stesse.

A differenza del mutuo di scopo, il credito fondiario non è soggetto alla disciplina sul credito al consumo, come previsto dall'art. 122 t.u.b., comma primo, dove la lettera *f*) esclude dal raggio di applicazione della disciplina contenuta nel Capo II (Credito ai consumatori) i «*finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili*».

Per comprendere a fondo il ruolo del mutuo fondiario e dell'ipoteca è necessario partire dall'art. 2740 cod. civ. riguardante la responsabilità patrimoniale del debitore, ossia la previsione secondo la quale debitore è chiamato a rispondere dei propri debiti in caso di inadempimento con tutti i suoi beni presenti e futuri; è questa una garanzia patrimoniale generica, che investe non solo tutti i beni attuali ma anche quelli che verranno acquistati in futuro dal debitore.

Tuttavia, si tratta di uno strumento non di certo sufficiente a garantire il creditore in caso di inadempimento del soggetto, specialmente in caso di operazioni rilevanti dal punto di vista economico come possono essere i contratti di mutuo bancario.

Di fronte a questo tipo di operazioni la disciplina codicistica supera la generale garanzia patrimoniale prevedendo garanzie specifiche a carattere personale e reale destinate a tutelare l'interesse del creditore e contemporaneamente rendendo più accessibile al credito anche coloro che non dispongono di risorse economiche proprie.

Le garanzie reali più sovente utilizzate nei contratti bancari sono il pegno e l'ipoteca; sono definite garanzie reali in quanto hanno per oggetto la costituzione di un vincolo su uno o più beni specifici, finalizzati a soddisfare il diritto di credito del creditore in caso di inadempimento tramite la vendita del bene.

Si differenziano dalla fidejussione, altro tipo di garanzia spesso utilizzata nei contratti bancari ma classificata come garanzia personale, in quanto in questo caso non si crea un vincolo su di

un bene ma viene semplicemente prestata da una terza persona (nel contratto di mutuo bancario le garanzie possono essere offerte non solo dal mutuatario ma anche da un terzo).

Il diritto di credito nascente dal contratto di mutuo bancario può essere quindi assistito per volontà delle parti dalla garanzia ipotecaria, la quale rappresenta un elemento accessorio e non essenziale del contratto<sup>45</sup>.

La presenza dell'ipoteca permette al legislatore di riconoscere alle banche una garanzia speciale, consistente nella diretta azione esecutiva che dalle banche può essere proseguita anche dopo la eventuale dichiarazione di fallimento del mutuatario in deroga al principio della *par condicio creditorum*<sup>46</sup>.

Presupposto indispensabile per l'applicazione della normativa di favore rimane comunque l'iscrizione di ipoteca di primo grado, la quale avviene presso l'ufficio dei registri immobiliari competente nella forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata, a pena di nullità della medesima. Essendo l'ipoteca una garanzia accessoria rispetto al contratto di mutuo, questa può costituirsi infatti in un atto separato.

L'iscrizione ipotecaria rappresenta una forma di pubblicità costitutiva che determina l'esistenza dell'ipoteca stessa; è proprio la sua costituzione che consente all'istituto di credito e al mutuatario di usufruire dei vantaggi legati alla normativa in oggetto.

Nel momento in cui l'ipoteca viene iscritta nei registri immobiliari alla stessa viene assegnato un numero d'ordine che prende il nome di grado dell'ipoteca (art. 2852 cod. civ.). L'iscrizione di un'ipoteca di primo grado consente quindi al creditore, a favore del quale risulta costituita, di soddisfarsi sul ricavato della vendita conseguente all'espropriazione del bene vincolato con priorità assoluta rispetto agli altri creditori titolari di una garanzia ipotecaria di grado inferiore.

La garanzia ipotecaria che assiste il contratto di mutuo è espressione di atto di volontà e pertanto si differenzia dall'ipoteca legale (art. 2817 cod. civ.), dove l'iscrizione è automatica a favore di alcuni soggetti determinati dalla legge, e dall'ipoteca giudiziale (art. 2818 cod. civ.), dove invece l'iscrizione avviene tramite sentenza o per provvedimenti giudiziali aventi tale effetto.

---

<sup>45</sup> CASSANO, *op. cit.*, pag. 388.

<sup>46</sup> *Ivi*, pag. 57. L'autore intende comunicare che, alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 cod. civ. viene sostituita una garanzia specifica costituita dal bene ipotecato e corredato di diritto di seguito (nel senso che anche in caso di successive alienazioni di tale bene, il creditore conserverà il proprio diritto a farsi pagare sul bene ipotecato con preferenza su altri eventuali creditori). L' art. 2808 cod. civ. infatti dice che «l'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall'espropriazione». Il creditore in questo caso ha diritto di essere preferito rispetto ad altri creditori ipotecari di grado posteriore e a quelli chirografari.

La concessione della garanzia ipotecaria richiede la presenza di un datore di ipoteca che può essere quindi il mutuatario o un soggetto estraneo al contratto di mutuo, chiamato terzo datore di ipoteca; questa seconda possibilità avviene generalmente in caso di mancanza assoluta di beni da parte del mutuatario o insufficienza o inadeguatezza degli stessi.

L'estraneità del soggetto dal contratto di mutuo non obbliga quest'ultimo a rispondere dell'adempimento del mutuatario, anzi: non sarà chiamato a risponderne ai sensi dell'art. 2740 cod. civ. ma sarà coinvolto sotto il profilo patrimoniale nel procedimento esecutivo e quindi in caso di vendita forzata. L'unico effetto quindi sarà quello di sottrarre al terzo il bene costituente la garanzia alla procedura esecutiva.

L'art. 2810 cod. civ. si occupa dell'oggetto dell'ipoteca, che può essere costituito da beni immobili che sono in commercio e le loro pertinenze, l'usufrutto, il diritto di superficie, il diritto del enfiteuta e quello del concedente sul fondo enfiteutico, le rendite dello Stato e i beni mobili registrati (navi, gli aeromobili, gli autoveicoli).

La garanzia ipotecaria dei contratti di mutuo ha ad oggetto soprattutto immobili, diritti di usufrutto e nuda proprietà e di superficie<sup>47</sup>.

Non sono invece suscettibili di ipoteca e diritti d'uso e d'abitazione, come pure l'usufrutto legale dei genitori esercenti la potestà sui minori in quanto si tratta di beni indisponibili.

Ai sensi dell'art. 2823 cod. civ. è possibile concedere l'ipoteca anche su beni futuri; tuttavia il vincolo è suscettibile di iscrizione solo quando la cosa in oggetto è venuta ad esistenza. Il limite si giustifica in funzione del principio di specialità dell'ipoteca che appunto ne richiede l'individuazione e la descrizione.

Le caratteristiche tipiche dell'ipoteca sono due: l'accessorietà e la specialità. La prima consiste nel fatto che l'ipoteca non è dotata di autonomia ma accede al credito garantito, e viene meno quando il rapporto al quale è legata si estingue. La specialità consiste invece nella necessità di identificare il bene oggetto della garanzia e l'entità della somma in relazione alla quale si iscrive il vincolo.

Nonostante l'ipoteca crei un vincolo molto forte questa non permette al creditore, in caso di mancato adempimento, di soddisfare il proprio credito appropriandosi materialmente del bene costituente la garanzia.

Il divieto in oggetto (divieto di *patto commissorio*) è sancito dall'art. 2744 cod. civ., secondo il quale «è nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno».

---

<sup>47</sup> Ivi, pag. 394.



Sostanzialmente si ha patto commissorio quando il trasferimento o la promessa di trasferimento di un bene è sottoposto alla condizione sospensiva del mancato adempimento.

La funzione del divieto del patto sembra essere quella di tutelare la *par condicio creditorum* e il mutuatario nella sua veste di contraente debole<sup>48</sup>; il patto infatti tende a destabilizzare il sistema delle garanzie, come pure è capace di incidere negativamente sulla posizione del debitore, che è esposto al rischio di subire la privazione del bene per un valore anche superiore al debito esistente<sup>49</sup>; per approfondimenti si rimanda al capitolo quinto.

A questo proposito la sentenza Cass. Civ. sez II del 16 settembre 2004 n. 18655 si esprime nel senso che, ai fini di una più efficace tutela del debitore e per assicurare la *par condicio creditorum*, va «*abbandonato il criterio formalistico della interpretazione strettamente letterale dell'art. 2744 cod. civ., introducendo il criterio ermeneutico [...]*», come anche la sentenza Cass. Civ. sez. III del 15 marzo 2005 n. 5635 pronuncia la nullità del patto rappresentato da una convenzione mediante la quale parti hanno costituito una garanzia reale in funzione di un mutuo, istituendo però un nesso strumentale tra la vendita del bene e il mutuo, prevedendo il trasferimento della proprietà del bene al creditore nel caso di mancato pagamento dell'obbligazione di restituzione del debitore.

Non dovrebbe realizzarsi invece la fattispecie vietata, secondo la sentenza Cass. Civ. sez. III del 6 ottobre 2004 n. 19950, quando il trasferimento di un bene del debitore integri la fattispecie della *datio in solutum*, ossia il risultato di una libera scelta del debitore, nel senso che la promessa di trasferimento viene pattuita puramente allo scopo di soddisfare un precedente credito rimasto insoluto.

Per quanto riguarda la trasparenza dei contratti di mutuo ipotecario si rimanda al quinto capitolo per un confronto con la disciplina innovata dalla direttiva 2014/17/UE e quella precedente.

Per ora basti segnalare che, fino a prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina comunitaria, i mutui ipotecari in quanto contratti bancari rientravano a pieno nella disciplina contenuta nel Titolo VI, Capo I t.u.b., mentre ora il Capo I-bis (*Credito immobiliare ai consumatori*) gode di una disciplina a sé e solo alcuni articoli sono richiamati dall'art. 120-*noviesdecies* t.u.b., comma 1 (nello specifico gli articoli n. 117, 118, 119, 120 comma 2, 120-*ter*, 120-*quater*, 125-*sexies* comma 1).

---

<sup>48</sup> *Ivi*, pag. 410

<sup>49</sup> *Ivi*, pag. 411

### 3.1.1. Cenni giurisprudenziali sulla differenza tra mutuo ipotecario e mutuo di scopo

Esistono delle spiccate differenze tra il mutuo ipotecario ed il mutuo di scopo, illustrato al paragrafo 2.3 tra le fattispecie che rientrano nel *genus* dei contratti tipici del credito al consumo.

La differenza fra i due contratti, talvolta non di immediata comprensione, ha richiamato spesso l'attenzione della giurisprudenza, in particolar modo per quando concerne le sorti del contratto e la disciplina applicabile.

Il mutuo di scopo è caratterizzato dalla clausola di destinazione della somma mutuata, nel senso che il creditore/mutuante pone un vincolo all'utilizzazione delle somme concesse al debitore, che devono essere impiegate per raggiungere un determinato scopo e una determinata finalità.

Questo tipo di contratto era già a tutti gli effetti destinatario della disciplina del credito al consumo così come configurata prima dell'entrata in vigore della Direttiva MCD, mentre il mutuo ipotecario, per i motivi esposti nei paragrafi precedenti, vi era escluso per rientrare invece all'interno della disciplina bancaria prevista dal t.u.b..

Per esempio, la sentenza n. 317 di Cass. Civ. Sez. I del 11 gennaio 2001, ricordava innanzitutto come, al contrario del mutuo ipotecario, il mutuo di scopo fosse preordinato alla realizzazione di una «*finalità convenzionale necessaria [...] tale quindi da contrassegnare la funzione del negozio, consistente nel procurare al mutuatario mezzi economici destinati a utilizzazione vincolata e si caratterizza per il fatto che una somma di danaro viene consegnata al mutuatario esclusivamente per raggiungere una determinata finalità la quale viene espressamente inserita nel sinallagma contrattuale*»; il mutuo fondiario invece non è caratterizzato da una specifica destinazione del finanziamento ma la sua funzione sarebbe quella di garanzia ipotecaria.

In realtà i due contratti di credito si differenziano non solo dal punto di vista strutturale anche degli effetti: il mutuo di scopo infatti ha carattere consensuale<sup>50</sup>, e perciò si perfeziona nel momento del consenso; il mutuo ipotecario rappresenta invece un contratto ad effetti reali che si perfeziona con la consegna, caratterizzato dal fatto che l'obbligazione a carico del

---

<sup>50</sup> Dello stesso avviso è la sentenza n. 7773 Cass. Civ. sez. III del 19/05/2003: «*Il c.d. contratto di finanziamento, o mutuo di scopo, legale o convenzionale che sia, è una fattispecie negoziale consensuale, onerosa e atipica, che assolve essenzialmente funzione creditizia*».

mutuatario non è quella di realizzare l'attività programmata (poiché appunto) non costituisce un mutuo di scopo<sup>51</sup>, ma di restituire quanto ricevuto e i corrispondenti interessi.

Si è rilevato infatti che «A differenza di quanto si verifica nel contratto di mutuo regolato dal codice civile, si rileva che in quello di finanziamento [di scopo] la consegna di una determinata quantità di denaro costituisce l'oggetto di un'obbligazione del finanziatore, anziché elemento costitutivo del contratto»<sup>52</sup>.

Sempre la sentenza n. 317 di Cass. Civ. Sez. I del 11 gennaio 2001 afferma anche che il mutuo di scopo, qualora sia stato stipulato con l'accordo fra la banca e il mutuatario ma sia utilizzato invece per una diversa finalità, è nullo, e la sua nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse; allo stesso risultato sono giunte altre sentenze, come la n. 2409 della Cassazione Civile del 09/02/2015, secondo la quale «La presenza della clausola di destinazione comporta, quindi, che, qualora non sia poi realizzato il progetto il contratto è nullo».

Di notevole importanza è stata la sentenza di Cass. Civ. sez III n. 3589 del 16 febbraio 2010, che ha permesso di riflettere sulla relazione esistente fra il mutuo di scopo e la disciplina del credito al consumo alla luce del collegamento negoziale con il contratto di compravendita sottostante; secondo l'Autorità «Nel contratto di mutuo in cui sia previsto lo scopo del reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un determinato bene, il collegamento negoziale tra il contratto di finanziamento e quello di vendita, in virtù del quale il mutuatario è obbligato all'utilizzazione della somma mutuata per la prevista acquisizione, comporta che della somma concessa in mutuo beneficia il venditore del bene, con la conseguenza che la risoluzione della compravendita ed il correlato venir meno dello scopo del contratto di mutuo, legittimano il mutuante a richiedere la restituzione dell'importo mutuato non al mutuatario ma direttamente ed esclusivamente al venditore».

Il collegamento negoziale (che deve essere comunque accertato) esistente fra il contratto di mutuo e il contratto di compravendita fa sì che, di fronte al venir meno dello scopo (ossia il reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un determinato bene, non solo il contratto di mutuo sia nullo, ma il creditore è altresì legittimato a chiedere la restituzione dell'importo non al consumatore, ma direttamente al venditore, dal momento che il collegamento fra i due contratti darebbe luogo ad un «unico regolamento di interessi»<sup>53</sup>.

Tutto ciò considerato, si può affermare che i finanziamenti erogati come mutui di scopo siano esenti dalla nuova disciplina di tutela del consumatore introdotta dalla Direttiva MCD.

---

<sup>51</sup> Cass. Civ. sez. I del 27/12/2013 n. 28662.

<sup>52</sup> Cass. Civ. sez. III del 03/12/2007 n. 25180.

<sup>53</sup> Cass. Civ. sez III del 16/02/2010 n. 3589.

### 3.2 L'inefficienza delle procedure esecutive immobiliari in Italia

In caso di inadempimento del mutuatario di un mutuo fondiario così come previsto dall'art. 40, comma secondo, t.u.b. (e quindi in caso di ritardato o mancato pagamento di almeno sette rate anche non consecutive), la banca può chiedere la risoluzione del contratto.

Viene avviata in questo caso una procedura esecutiva immobiliare che segue le regole ordinarie, previste dal Libro Terzo del codice di procedura civile, con le specificazioni contenute nell'art. 41 del t.u.b.<sup>54</sup>.

In sostanza attraverso la procedura esecutiva immobiliare si consente al creditore di ottenere la realizzazione forzosa del credito che non gli è stato restituito attraverso la dismissione degli immobili di proprietà del debitore<sup>55</sup>.

Il recupero della proprietà in Italia, così come nei paesi di *civil law*, avviene generalmente attraverso un'asta pubblica per mezzo della quale il creditore acquisirà i ricavi della vendita dell'immobile venduto al miglior offerente; il legislatore italiano guarda ancora con sospetto al procedimento tipico dei paesi di *common law*, come la Gran Bretagna, dove qualora il debitore non fosse in grado di soddisfare le proprie obbligazioni il creditore diviene direttamente in possesso del bene ipotecato.

Non è un segreto che in Italia i tempi delle procedure esecutive immobiliari siano molto dilatati, per una serie di motivi, come la necessità di dover comparire molte volte davanti al giudice, o per comportamenti ostruzionistici posti in essere dal debitore, ecc..

---

<sup>54</sup> Articolo 41 t.u.b. (Procedimento esecutivo): « Nel procedimento di espropriazione relativo a crediti fondiari è escluso l'obbligo della notificazione del titolo contrattuale esecutivo. L'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o proseguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. [...]. La somma ricavata dall'esecuzione, eccedente la quota che in sede di riparto risulta spettante alla banca, viene attribuita al fallimento. I custode dei beni pignorati, l'amministratore giudiziario e il curatore del fallimento del debitore versano alla banca le rendite degli immobili ipotecati a suo favore, dedotte le spese di amministrazione e i tributi, sino al soddisfacimento del credito vantato. Con il provvedimento che dispone la vendita o l'assegnazione, il giudice dell'esecuzione prevede, indicando il termine, che l'aggiudicatario o l'assegnatario, che non intendano avvalersi della facoltà di subentrare nel contratto di finanziamento prevista dal comma 5, versino direttamente alla banca la parte del prezzo corrispondente al complessivo credito della stessa. L'aggiudicatario o l'assegnatario che non provvedano al versamento nel termine stabilito sono considerati inadempienti ai sensi dell'articolo 587 del codice di procedura civile. L'aggiudicatario o l'assegnatario possono subentrare, senza autorizzazione del giudice dell'esecuzione, nel contratto di finanziamento stipulato dal debitore espropriato, assumendosi gli obblighi relativi, purché entro quindici giorni dal decreto previsto dall'articolo 574 del codice di procedura civile ovvero dalla data dell'aggiudicazione o dell'assegnazione paghino alla banca le rate scadute, gli accessori e le spese. [...]».

<sup>55</sup> Queste procedure sono state oggetto, negli ultimi anni, di molti interventi legislativi, di cui i più recenti sono stati il d.l. del 27 giugno 2015 convertito in Legge 6 agosto 2015, n. 132, e il d.l. del 3 maggio 2016, n. 59, che ha sostanzialmente eliminato la vendita con incanto.

In generale, le varie riforme sono intervenute su alcune problematiche tipiche del sistema come i tempi del processo, le modalità di vendita, la distribuzione del ricavato.

Si è rilevato che negli ultimi anni è stato registrato una diminuzione delle procedure iscritte, in particolar modo dal 2014 al 2016; tuttavia, le pratiche pendenti a livello nazionale si assestano ancora su medie decisamente elevate, circa 250000, numeri che mettono a dura prova l'efficienza dei tribunali<sup>56</sup>.

Nel medesimo studio è stato riportato che il tempo di aggiudicazione degli immobili oggetto di procedura esecutiva si assestava, nel 2016, a 5 anni e mezzo; questo produce una situazione di stallo con conseguente abbattimento dei valori di realizzo, che mediamente rappresenta il 39,5% circa del valore di perizia<sup>57</sup>: prezzi molto bassi che si ripercuotono inevitabilmente sul creditore.

Complessivamente, l'Italia è da sempre uno dei paesi europei più in ritardo per efficacia e durata delle procedure esecutive: lo era già nel Duemila, quando la durata media delle procedure esecutive immobiliari era di 76 mesi, mentre nel resto dell'Europa occidentale era di un anno<sup>58</sup>.

E' difficile immaginare che sistemi così inefficienti possano tutelare il consumatore, soprattutto alla luce del fatto che, dopo così tanti anni di attesa, le condizioni del mercato immobiliare potrebbero essere cambiate e magari il valore del bene diminuito in modo considerevole.

L'efficacia delle procedure esecutive può contribuire alla crescita economica: il ritardo nella soddisfazione delle banche le porta inevitabilmente ad essere meno propense a concedere finanziamenti, e ciò ha ripercussioni sull'accesso al credito.

Con le riforme degli ultimi anni, anche in materia di credito immobiliare ai consumatori, sembra che il legislatore abbia preso coscienza delle problematiche delle procedure esecutive e stia cercando di snellire il sistema nel suo complesso.

Si necessita di tempi ragionevoli per l'attuazione delle procedure esecutive in caso di escussione della garanzie ipotecaria soprattutto in fase di crisi economica che già di per sé limita la capacità del mercato di assorbire immobili, creando un eccesso di offerta che può solo allungare ulteriormente i tempi necessari per la vendita riducendo il prezzo di mercato di tutti gli immobili.

---

<sup>56</sup> Osservatorio sulle aste immobiliari in Italia, Evoluzione del mondo delle aste dal 2013 al 2016, svolto da Ribes Spa e disponibile sul sito internet [www.ribes.it](http://www.ribes.it)

<sup>57</sup> *Idem.*

<sup>58</sup> VIGORITO, *Il punto sul processo civile, le procedure esecutive dopo le riforme. Analisi e prospettive*, in *Questione Giustizia*, 4/2015.

La soluzione pensata dal legislatore sembra essere quella di «*avvicinare il più possibile l'esecuzione immobiliare alla vendita su libero mercato, non trascurando però le ragioni di tutela del debitore alla base delle procedure esecutive*»<sup>59</sup>.

Da qui parte il rinnovato interesse negli ultimi anni relativamente al patto marciano, l'accordo con il quale il creditore acquista la proprietà della cosa data in garanzia in caso di inadempimento del debitore, riconoscendogli però l'eventuale eccedenza; sembra che la volontà del legislatore, attraverso la Direttiva MCD, sia quella di creare una seconda via, alternativa a quella esecutiva, per la soddisfazione del creditore in caso di mancata restituzione del finanziamento.

Si auspica che questa nuova strada sia percorribile in tempi più ristretti rispetto a quella ordinaria e si chiuda con valori di realizzo dell'immobile più alti; dal punto di vista normativo non esiste ancora una disciplina specifica per il patto marciano, che non deve sfociare però in un patto commissorio, vietato *ex art. 2744 cod. civ.*

---

<sup>59</sup> CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *Rivista del Notariato*, 2017.

## CAPITOLO QUARTO: PROFILI RILEVANTI DELLA DIRETTIVA 2014/17/UE

**Sommario:** 4.1 I lavori preparatori alla Direttiva MCD, premesse e finalità – 4.1.1 La genesi della Direttiva 2014/17/UE – 4.1.2 La Direttiva MCD e le sue finalità - 4.2 Il Capo I: oggetto della direttiva e ambito di applicazione – 4.3 (*segue*) I soggetti creditori – 4.4 Gli obblighi di *disclosure* contenuti nel Capo IV e il servizio di consulenza – 4.5 La valutazione del merito creditizio – 4.6 Prestiti in valuta estera e tasso variabile nel Capo IX – 4.7 Buona esecuzione dei contratti di credito e diritti connessi: il Capo X – 4.7.1 L'estinzione anticipata dei mutui nell'esperienza italiana

### 4.1 I lavori preparatori alla Direttiva MCD, premesse e finalità

#### 4.1.1 La genesi della Direttiva 2014/17/UE

La Direttiva sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali 2014/17/UE rappresenta il traguardo di un lungo e travagliato *iter* normativo.

Nel 2003 la Commissione ha avviato uno studio volto a «*stabilire e a valutare l'impatto delle barriere che ostacolano la realizzazione del mercato interno dei contratti di credito relativi a beni immobili residenziali*»<sup>60</sup>, ma in realtà già nel 2001, attraverso una Raccomandazione relativa al codice di condotta sulle informazioni precontrattuali, si era ribadita la necessità di un riesame della disciplina.

Lo *step* successivo è avvenuto con il Libro Verde del 19 luglio 2005 (COM(2005) 327 definitivo, intitolato «*Il credito ipotecario nell'UE*»), dove la Commissione ha richiesto uno studio sui costi e i vantaggi di un eventuale mercato comunitario del credito ipotecario al fine di valutarne l'appetibilità.

Secondo la Commissione infatti il credito ipotecario rappresenta uno dei fenomeni che più caratterizzano la vita dei consumatori di oggi: la stipula di un mutuo garantito da ipoteca rappresenta per la maggior parte dei cittadini europei il principale investimento finanziario di tutta una vita. Lo svolgimento di uno studio approfondito di un'analisi costi/benefici di settore appare ancora più importante se si considera che il mercato del credito ipotecario rappresenta oggi una corposa percentuale del PIL europeo: da cui l'importanza di idealizzare una disciplina comunitaria che potesse generare un mercato interno efficiente e stabile.

---

<sup>60</sup> Considerando n. 1 della direttiva 2014/17/UE.

Il 18 dicembre 2007 la Commissione ha poi adottato il Libro Bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario (COM(2007) 807 definitivo).

In questa occasione la Commissione, dopo aver svolto tutti gli studi necessari, ha optato per un approccio più concreto alla discussione in corso, evidenziando quali potessero essere i mezzi cui gli Stati membri avrebbero potuto ricorrere per contribuire a creare un mercato del credito più consapevole: l'aumento della diversificazione dei prodotti (in modo da aumentare i consumatori coinvolti coinvolgendo fette del mercato fino ad ora escluse), la ricerca della fiducia dei consumatori (in particolar modo dopo l'esperienza dei mutui *subprime*, fornendo loro informazioni chiare, corrette e comparabili), l'assistenza al cliente mediante una corretta consulenza.

Sempre nel Libro Bianco la Commissione ha riconosciuto l'importanza di considerare fattori ostacolanti come la lingua, la distanza, le preferenze dei consumatori, che chiaramente potrebbero intralciare l'integrazione dei mercati europei; sono quindi state avanzate delle proposte per superare tali tipologie di barriere, come il ricorso a forme di stabilimento degli operatori nello Stato membro del consumatore<sup>61</sup>.

In sostanza, è attraverso il Libro Verde e il Libro Bianco che la Commissione Europea ha esaminato attentamente l'opportunità di intervenire sulla normativa interna dei Paesi membri per rimodellare il sistema delle garanzie del credito ipotecario, al fine di tutelare il consumatore ma anche per permettere l'accesso anche a classi economicamente più deboli per le quali l'indebitamento rappresenta ormai un mezzo necessario al sostentamento della famiglia.

Il cammino di elaborazione della Direttiva MCD è stato ricco di lavori preparatori, di cui il primo risalente al 2011 (Documento di accompagnamento della proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali, SEC(2011)355 definitivo del 31 marzo 2011), dove la Commissione ha voluto affrontare due questioni fondamentali per la buona realizzazione della Direttiva 2014/17/UE: innanzitutto il fenomeno del crescente indebitamento delle famiglie europee, e in secondo luogo il fenomeno dell'aumento delle loro difficoltà ad onorare i debiti (stando a quanto riportato nel documento in esame, nel 2008 il 16% delle famiglie ha dichiarato di avere difficoltà a far fronte alle proprie abituali bollette e il 10% è risultato essere moroso). Non è un mistero che la crisi finanziaria abbia inoltre aggravato la situazione di molte famiglie europee, portando ad un inevitabile aumento dei tassi di inadempimento e dei pignoramenti<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> COM(2007) 807 def. del 18 dicembre 2007.

<sup>62</sup> SEC(2011) 355 def. del 31 marzo 2011.



Nel 2011 il 70% dei cittadini europei occupava un'unità immobiliare acquistata grazie alla concessione di un mutuo, e lo *stock* dei mutui ipotecari in essere nell'area UE rappresentava il 52% del PIL europeo<sup>63</sup>: da queste percentuali è facile comprendere l'importanza nonché il peso del credito ipotecario sull'economia europea e l'impatto stravolgente che l'insolvibilità dei debitori avrebbe sull'intero sistema economico.

Fatte tutte le necessarie premesse, la Commissione ha ritenuto opportuno anticipare nel documento del 2011 quali sarebbero state le aree di intervento della direttiva, elencando fra i settori meritevoli di rivisitazione: l'inadeguatezza del materiale pubblicitario e di marketing (nello specifico, la carenza di materiale adeguato interesserebbe tutta l'area UE), che sarebbe anche colmo di lacune e di incoerenze tali da non permettere ai consumatori di effettuare paragoni tra i vari prodotti; la carenza e la complessità delle informazioni precontrattuali nonostante gli sforzi fatti in passato per migliorarne la qualità, per esempio attraverso l'adozione del codice di condotta europeo in materia di informativa precontrattuale per i mutui e l'implementazione dell'innovativo PIES (*Prospetto Informativo Europeo Standardizzato*); l'inappropriatezza della consulenza fornita al cliente tale da danneggiare il consumatore con dei cattivi consigli; la mancanza di incentivi ad effettuare una corretta valutazione dell'idoneità all'accesso al credito e del merito creditizio del cliente; la scarsa mobilità dei consumatori dovuta alla difficoltà di confronti fra i prodotti offerti dagli Stati membri e quindi una conseguente attività transfrontaliera di scarsa rilevanza<sup>64</sup>.

Se da una parte è vero che tutte queste problematiche e lacune hanno un ruolo importante nel concedere credito *cattivo* al consumatore, è altrettanto vero che parte della colpa è da imputare al comportamento irresponsabile degli operatori di mercato, considerato all'origine della crisi finanziaria<sup>65</sup>.

Il Documento di accompagnamento si chiude con la definizione di due obiettivi generali che saranno poi la base della Direttiva MCD, ossia la creazione di un mercato efficiente e competitivo per i consumatori e i creditori, che garantisca ai consumatori un elevato livello di protezione e che possa creare un clima di fiducia nei confronti degli istituti di credito, e un'attività transfrontaliera più dinamica nonché parità dei condizioni fra gli Stati membri; il secondo obiettivo dichiarato è quello di promuovere la stabilità finanziaria del sistema.

La proposta di Direttiva è stata favorevolmente accolta dalla Banca Centrale Europea il 5 luglio del 2011, che nell'occasione ha ribadito l'impegno dell'Autorità a sostenere «le

---

<sup>63</sup> DOC(2013) 12905 del 12 settembre 2013, pag. 2.

<sup>64</sup> RUMI, *Profili privatistici nella nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in I contratti, 2016, pag. 71.

<sup>65</sup> SEC (2011) 355 def. del 31 marzo 2011.

*misure volte a garantire la concessione e accensione responsabile dei mutui e a ripristinare la fiducia dei consumatori»<sup>66</sup>.*

Nel documento di approvazione la BCE ha chiesto di apportare qualche piccolo accorgimento al testo della Direttiva per quanto concerne i prestiti erogati in valuta estera, ritenuti dall'Autorità europea pericolosi per la stabilità economica in quanto «*tali prestiti convertono un'esposizione diretta del sistema bancario al rischio di cambio in un rischio di credito ed espongono l'economia a significativi rischi macrofinanziari*»<sup>67</sup>.

Pertanto la BCE ha richiamato l'attenzione dei *policy-maker* nell'adozione di misure volte sia ad evitare una proliferazione eccessiva di questo tipo di mutui sia di vigilanza e di regolamentazione degli stessi.

Il 12 settembre 2013 la proposta Direttiva della Commissione è stata emendata dal Parlamento europeo<sup>68</sup> per poi essere adottata il 17 febbraio 2014; per quanto riguarda le tempistiche del recepimento, l'articolo 42 della Direttiva MCD prevede che «*gli Stati membri adottano e pubblicano, entro il 21 marzo 2016, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva*».

#### 4.1.2 La Direttiva MCD e le sue finalità

La Direttiva MCD sembra possedere un'anima non unica bensì *duale*<sup>69</sup>, dal momento che persegue tanto la protezione dei consumatori quanto la regolamentazione del settore creditizio, al punto da produrre un nuovo contratto di mutuo che potrebbe definirsi *standard* o quantomeno conformato.

È proprio la sua duplice natura a sollevare dubbi in merito all'adozione, da parte del legislatore comunitario, di un approccio *responsible lending* o *responsible borrowing*<sup>70</sup>, dove per *responsible lending* si intende la concessione responsabile di mutui da parte degli istituti di credito che rispondano realmente alle esigenze del consumatore, consumatore che sia però informato e che abbia potuto adottare una decisione consapevole<sup>71</sup>.

L'approccio *responsible borrowing* sarebbe invece ispirato dalla finalità di permettere al consumatore di compiere autonomamente delle scelte consapevoli in materia di finanziamento attraverso un fitto schema di regole sulla trasparenza e di comunicazione che gli istituti di

---

<sup>66</sup> CON(2011) 58 del 5 luglio 2011.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> DOC(2013) 12905 del 12 settembre 2013.

<sup>69</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, pag. 523.

<sup>70</sup> PELLECCIA *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali*, in Banca, Borsa, 2016, pag. 206.

<sup>71</sup> SEC (2011) 355 def. del 31 marzo 2011.

credito sono tenuti ad adottare; l'idea è quindi quella di responsabilizzare il debitore attraverso una serie di informazioni che gli siano state fornite in modo chiaro.

Il primo tipo di approccio percorre la strada sostanzialmente inversa, ossia quella di responsabilizzare il creditore, per esempio attraverso l'applicazione di regole da utilizzare per negare l'accesso al credito a soggetti non meritevoli o comunque ad alto rischio di insolvenza. E' importante risolvere il dubbio in merito all'approccio prescelto dal legislatore comunitario per utilizzare la corretta chiave di lettura e di interpretazione del testo del provvedimento e questa analisi presuppone lo studio degli ottantacinque *considerando* precedenti gli articoli della Direttiva MCD.

A sostegno del criterio del *responsible lending* sembrerebbero essere, per esempio, le prime righe del terzo *considerando*, dove il legislatore afferma che «*la crisi finanziaria ha 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*».

Sempre il terzo *considerando*, nelle righe seguenti, richiama l'attenzione sul fatto che sebbene sia vero che casi di comportamento scorretto da parte degli istituti di credito siano avvenuti soprattutto oltreoceano (si pensi al caso dei mutui *sub-prime* americani), è anche altrettanto vero che i consumatori europei sono consumatori i cui debiti sono concentrati in particolar modo sui beni immobili residenziali.

Da qui nasce l'esigenza nonché la volontà del legislatore comunitario di regolamentare il settore per creare un sistema solido e che eviti il sovra-indebitamento.

E ancora, il *considerando* numero 22 riconosce la specificità dei contratti di credito relativi a beni immobili residenziali e giustifica l'utilizzo di un differenziato dovuto alle potenziali conseguenze che «*essi possono avere per il consumatore*».

Tutto il *considerando* in esame ribadisce l'esigenza che il credito avvenga in maniera sana, prevedendo disposizioni più rigide per la valutazione del merito creditizio del debitore rispetto a quelle utilizzati nel il credito al consumo.

Tuttavia, è pur vero che il legislatore comunitario chiede agli Stati membri di promuovere anche iniziative di educazione dei consumatori in materia finanziaria in modo da permettere loro di prendere decisioni consapevoli e informate in materia di accensione di prestiti o mutui, come fa per esempio nel *considerando* numero 29, in particolar modo di fronte a consumatori che per la prima volta contraggono un credito ipotecario<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> A tal proposito l'art. 6 della direttiva, intitolato *Educazione finanziaria dei consumatori*, secondo il quale «*Gli Stati membri promuovono misure atte a favorire l'educazione dei consumatori in merito a un indebitamento e a*

Sempre a sostegno dell'approccio *responsible borrowing* il considerando numero 40, secondo il quale «*i consumatori dovrebbero inoltre ricevere informazioni personalizzate in tempo utile prima della conclusione del contratto di credito, in modo da poter confrontare e riflettere sulle caratteristiche dei prodotti creditizi*».

Il dibattito sulla prevalenza di un criterio piuttosto che dell'altro va approfondito considerando gli studi e i documenti che stanno alla base della direttiva stessa o che ne sono in qualche modo collegati.

Per esempio, l'EBA (*European Banking Authority*) ha pubblicato due pareri relativi al credito ipotecario risalenti a giugno 2013 e rivisitati nel marzo 2016: il primo, *Opinion on Good Practices for Responsible Mortgage Lending*, riguarda le prassi da utilizzare per una responsabile concessione di mutui ipotecari, mentre il secondo (*Opinion on Good Practices for the Treatment of Borrowers in Mortgage Payment Difficulties*) riguarda nello specifico il trattamento riservato ai mutuatari in caso di difficoltà di pagamento di un prestito.

I due pareri sono rivolti alle autorità competenti negli Stati membri; nelle righe dell'EBA risalta l'approccio *responsible lending*, dal momento che il fine ultimo di questi due documenti sarebbe quello di creare ed inserire nel sistema comunitario una tutela forte per il consumatore richiedente un prestito o che si trovasse in difficoltà con un prestito già contratto. In particolar modo il primo parere, riguardante i mutui ipotecari, impone all'operatore di adottare una serie di accorgimenti per proteggere il consumatore ma che vanno contemporaneamente anche a contribuire in modo indiretto alla stabilità del sistema finanziario<sup>73</sup>.

Già le prime righe del *paper* fanno capire l'importanza di adottare delle linee guida a livello macroeconomico, dal momento che il credito ipotecario rappresenta in molti Paesi europei la principale forma di indebitamento e che per la maggior parte dei consumatori l'accensione di un mutuo rappresenta il più importante impegno finanziario della loro vita<sup>74</sup>.

Com'è vero questo, è anche altrettanto vero che il credito ipotecario è una forma di finanziamento rischiosa sia per il mutuante che per il mutuatario al punto da poter minare la stabilità dell'intero sistema finanziario.

La crisi ha permesso di riflettere sulle principali condotte degli operatori finanziari e sui rischi che queste comportavano per i clienti: se prima era credenza comune, in special

---

*una gestione del debito responsabili, in particolare per quanto riguarda i contratti di credito ipotecario. 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. [...]».*

<sup>73</sup> EBA, *Opinion on Good Practices for Responsible Mortgage Lending*, 2013, punto 7. Il punto successivo spiega inoltre che i principi guida si basano a loro volta su di un altro documento redatto nell'aprile 2012 dallo FBS (*Financial Stability Board*) ed intitolato *Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices*.

<sup>74</sup> *Ivi*, punti 1 e 2.

modo negli Stati Uniti d'America, che ogni mutuo garantito fosse anche un mutuo sostenibile, oggi l'approccio è totalmente differente e le Autorità Europee stanno cercando, col passare degli anni e attraverso svariati interventi normativi, di creare un mercato di credito ipotecario solido, competitivo, efficiente e trasparente<sup>75</sup>.

Gli studi preparatori della Direttiva MCD, nonché le linee guida emanate dalle Autorità EBA e FBS di cui sopra, come pure una parte della dottrina relativa alla direttiva in oggetto, sembrerebbero propendere per l'approccio *responsible lending*, senza però dimenticare la necessità di responsabilizzare il consumatore attraverso un'apposita educazione finanziaria.

## 4.2 Il Capo I: oggetto della direttiva e ambito di applicazione

L'articolo 1 della Direttiva MCD introduce *l'oggetto* della disciplina nonché la materia cui tutta la direttiva verte con più chiarezza rispetto a quanto fece il legislatore comunitario nella Direttiva 2008/48/CE, dove l'oggetto era definito in modo scarno<sup>76</sup>.

Per questo motivo l'articolo 1 ricopre un ruolo importante nella definizione della *ratio* della direttiva e viene ritenuto meritevole di considerazione ai fini dell'interpretazione della disposizione<sup>77</sup>.

La descrizione dell'oggetto della direttiva non manca comunque di una certa genericità, in particolar modo nel rinvio ad *alcuni aspetti* delle disposizioni legislative e nella definizione di un *quadro comune*, genericità che verrà poi superata in altri articoli seguenti o tramite collegamenti con altre direttive comunitarie.

L'interpretazione dell'articolo in oggetto va accompagnata della lettura dei *considerando* ad esso connessi, come i numeri 6 e 15, grazie ai quali si ricavano con facilità i due obiettivi<sup>78</sup> portanti della Direttiva, ovvero la realizzazione di un «*mercato interno più trasparente, efficiente e competitivo, grazie a disposizioni uniformi, flessibili ed eque per i contratti di credito relativi a beni immobili, promuovendo sostenibilità nell'erogazione e assunzione dei*

---

<sup>75</sup> Ivi, punto 4.

<sup>76</sup> Art. 1 Direttiva 2014/17/UE: «*La presente direttiva definisce un quadro comune per alcuni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti contratti concernenti i crediti ai consumatori garantiti da un'ipoteca o altrimenti relativi a beni immobili residenziali, compreso l'obbligo di effettuare una valutazione del merito creditizio prima di concedere un credito, come base per lo sviluppo di standard efficaci per la stipula in relazione a beni immobili residenziali negli Stati membri, e per alcuni requisiti prudenziali e di vigilanza, anche per quanto riguarda lo stabilimento e la vigilanza di intermediari del credito, rappresentanti designati e enti non creditizi*».

<sup>77</sup> SIRENA (a cura di), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, in I quaderni della fondazione italiana del notariato, 2015, Sole 24 ore, pag. 117.

<sup>78</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, pag. 523.

*prestiti» nonché la volontà di garantire un «elevato livello di protezione dei consumatori che sottoscrivano contratti di credito relativi a beni immobili».*

L'oggetto della Direttiva MCD è rappresentato quindi dall'ampio settore dei «*contratti concernenti i crediti ai consumatori garantiti da un'ipoteca o altrimenti relativi a beni immobili residenziali*»<sup>79</sup>, settore che sarà poi ridimensionato dall'articolo 3 che quale avrà il compito di identificare quali fra i contratti di credito di cui sopra saranno realmente i destinatari del provvedimento e quali invece ne saranno esclusi.

Per ora basti indicare le caratteristiche richieste ai contratti di credito dall'articolo 1 della Direttiva MCD, ossia i tre requisiti sui quali tutto il provvedimento insiste e che devono essere sempre presenti<sup>80</sup>.

Innanzitutto, la qualità soggettiva delle parti (di cui una appunto deve essere un consumatore<sup>81</sup>, così come definito dal capitolo primo, e l'altra un operatore professionale); in secondo luogo la causa di finanziamento; ed infine la natura del bene, che deve essere un immobile destinato ad uso residenziale.

Ovviamente non si tratta di requisiti alternativi né facoltativi, ma complementari e obbligatori, dal momento che l'assenza di anche solo una di queste caratteristiche escluderebbe quel contratto dall'ambito di applicazione del nuovo provvedimento comunitario

L'articolo 3, paragrafo 1, lettere *a)* e *b)* della Direttiva MCD chiude il cerchio sulla definizione del contesto applicativo, prevedendo che la direttiva si applichi a «*contratti di credito garantiti da un'ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali*» e «*contratti di credito finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata*», dove per contratto di credito la direttiva intende «*un 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*»<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Art. 1 Direttiva 2014/17/UE.

<sup>80</sup> SIRENA (a cura di) *op. cit.*, pag. 119.

<sup>81</sup> Il *considerando* n. 13 ricorda che la Direttiva non impedisce agli Stati membri di estendere le misure adottate in conformità della stessa ad altre forme di contratti di credito o contratti di credito relativi ad altre forme di beni immobili. Potrebbe per esempio essere presa in considerazione l'estensione dell'ambito di applicazione anche a soggetti diversi dai consumatori come i clienti al dettaglio, eventualità già prevista in Lupo, *La direttiva 17/2014, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, in Banca, Borsa, 2016, pag. 240-241. Nello specifico l'autore ritiene la separazione della categoria del cliente al dettaglio da quella del consumatore sia un mero artificio formale e per di più ingiustificato.

<sup>82</sup> Art. 4 Direttiva 2014/17/UE, n. 3. La definizione di contratto di credito è coincidente a quella riportata all'art. 1 della direttiva 2008/48/CE, che definisce il contratto di credito come un contratto con cui «*un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di*

Dall'ambito di applicazione sono invece esclusi tutti quei contratti che si presentano come specializzati rispetto ai contratti di credito *standard* o che da questi si distinguono per natura e rischi.

Nello specifico, l'art. 3, paragrafo 2, lettera *a*) esclude dall'ambito di applicazione della direttiva MCD i contratti di credito della tipologia *equity release*, in cui il creditore: «*i) versa una tantum o periodicamente una somma di denaro o effettua altre forme di erogazione creditizia in cambio di una somma derivante dalla futura vendita di un bene immobile residenziale o di un diritto relativo a un bene immobile residenziale; ii) non chiederà il rimborso del credito fino al verificarsi di uno o più eventi specifici della vita del consumatore, come definiti dagli Stati membri, salvo in caso di violazione, da parte del consumatore, dei propri obblighi contrattuali che consenta al creditore di risolvere il contratto di credito*».

Si ritiene che l'esclusione di questo primo gruppo di contratti sia finalizzata a favorire il consumo di prodotti basati su prestito vitalizio ipotecario o prodotti equivalenti<sup>83</sup>.

La seconda categoria di contratti esclusi riguarda invece i contratti di credito mediante i quali un datore di lavoro, al di fuori della sua attività principale, conceda ai dipendenti crediti senza interessi o a un TAEG inferiore a quello prevalente sul mercato e non offerti al pubblico in genere, 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 alla garanzia del credito; e contratti di credito nella forma di concessione di scoperto, qualora il credito sia da rimborsare entro un mese (rispettivamente articolo 3, paragrafo 2, lettere *b*), *c*) e *d*)).

Infine, la nuova Direttiva non si applica a quei contratti di credito risultanti da un accordo raggiunto davanti al giudice o altra autorità prevista dalle legge (lettera *e*)) e a quei contratti di credito relativi alla dilazione, senza spese, del pagamento di un debito esistente che non rientrano nell'ambito di applicazione del paragrafo 1, lettera *a*) (lettera *f*)).

L'articolo 3 della Direttiva MCD, paragrafo 3, indica una serie di contratti di credito che possono essere esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina su facoltà degli Stati

---

*prestito o di altra facilitazione finanziaria*». Il d.lgs. 72/2016, attuativo della direttiva MCD, identifica invece il contratto di credito come un «*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, 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*». Essendo però il decreto attuativo privo di una disposizione parallela a quella dell'art. 3, paragrafo 1 della direttiva, si può tranquillamente affermare che l'ambito di applicazione è lo stesso.

<sup>83</sup> RUMI, *op. cit.*, pag. 72. Il considerando n. 16 affronta le ragioni dell'esclusione di questa tipologia di contratto: trattasi di contratti dotati di caratteristiche specifiche lontane dalla Direttiva, dove per esempio anche solo la valutazione del merito creditizio del debitore non sarebbe pertinente dal momento che i pagamenti sono effettuati dal creditore e non dal debitore. Qui di fatto non si eroga credito, e pertanto anche le informazioni precontrattuali sarebbero diverse.

membri, a patto che sia garantita comunque un'adeguata tutela<sup>84</sup>; a titolo di esempio, rientrano in questo insieme i contratti di credito garantiti da ipoteca o altra garanzia simile non finalizzati all'acquisto o alla conversione di un diritto sul bene immobile residenziale, destinatari pertanto di una disciplina *ad hoc* collocata agli articoli numero 4 e 5 della Direttiva 2008/48/CE nonché negli allegati II e III della medesima Direttiva (lettera a)).

Ancora, sono esenti dall'applicazione della Direttiva MD i contratti di credito relativi a un bene immobile ove il contratto preveda che detto bene non possa mai essere occupato come abitazione, appartamento o altro luogo di residenza dal consumatore o da un familiare del consumatore ed è invece destinato ad essere occupato come abitazione, appartamento o altro luogo di residenza in base a un contratto di locazione (articolo 3, comma 3, lettera b)).

Il *considerando* numero 18 richiama l'attenzione del legislatore ad una modifica necessaria: i contratti di credito non garantiti finalizzati al restauro di un bene immobile residenziale per un ammontare del credito superiore a 75000 euro dovrebbero ricadere nell'ambito della direttiva 2008/48/CE, al fine di assicurare ai consumatori titolari di questi contratti un livello di protezione equivalente a quello degli altri consumatori<sup>85</sup>.

La lacuna normativa è stata colmata: l'articolo 46 della direttiva 2014/17/UE modifica l'articolo 2 della direttiva 2008/48/CE inserendo il paragrafo *2-bis*, secondo il quale «*In deroga al paragrafo 2, lettera c), la presente direttiva si applica a contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale, con un importo totale del credito superiore a 75 000 EUR.*».

La direttiva MCD è stata formulata rispettando il principio dell'armonizzazione minima per rispettare la specificità dei contratti di credito e per tenere conto delle differenze nell'evoluzione e nelle condizioni del mercato negli Stati membri (basti pensare all'offerta di prodotti diversi).

Per questo motivo «*La presente direttiva non impedisce agli Stati membri 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*»<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Come richiesto dall'art. 3 della Direttiva MCD, paragrafi 4 e 5.

<sup>85</sup> La Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, secondo l'originaria impostazione, non si applicava a finanziamenti di importo inferiore a 200 euro o superiore a 75000 euro (art. 122, lettera a) t.u.b.) e nemmeno a finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili aventi una durata superiore a cinque anni (art. 122 lettera f), t.u.b.). Il d.lg. 72/2016 attuativo della Direttiva 2014/17/UE ha modificato l'art. 122: oggi la Direttiva 2008/48/CE non si applica a finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili a prescindere dalla durata (art. 122, lettera f), t.u.b., così come novellato dal d.lg. 72/2016). Inoltre, all'art. 122 è stato inserito il comma *1-bis*, secondo il quale la disciplina dei contratti di credito ai consumatori si applica, in deroga a quanto previsto dall'art. 122 lettera a) t.u.b., anche a contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un immobile residenziale pur se il finanziamento ha un importo superiore a 75000 euro.

<sup>86</sup> Art. 2 della Direttiva 2014/17/UE.



Tale approccio, secondo il *considerando* numero 7, è necessario per evitare di incidere negativamente sul livello di protezione dei consumatori.

Il legislatore comunitario ha preferito però il ricorso al principio di armonizzazione massima per le disposizioni riguardanti le informazioni precontrattuali (da fornire mediante il Prospetto Informativo Europeo Standardizzato, denominato *PIES*) e per la formula utilizzata per il calcolo del TAEG dal momento che sono proprio questi gli aspetti che, disciplinati in modo omogeneo ed uniforme, possono assicurare la trasparenza e l'efficienza del mercato del credito ipotecario<sup>87</sup>.

L'articolo 2 della Direttiva MCD, paragrafo 2, prevede infatti che *«In deroga al paragrafo 1, gli Stati membri non mantengono né introducono 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), e all'articolo 17, paragrafi da 1 a 5, e all'articolo 17, paragrafi 7 e 8, e all'allegato I con riguardo a uno standard dell'Unione comune e coerente per il calcolo del tasso annuo effettivo globale (TAEG)»*

### **4.3 (segue) I soggetti creditori**

Una volta definito il consumatore nel primo capitolo, resta da definire chi sia la controparte del rapporto di credito, ossia il professionista. Ai sensi dell'articolo 4 della Direttiva MCD, numero 2, il creditore altro non è che una *«persona fisica o giuridica che concede o s'impegna a concedere crediti rientranti nell'ambito d'applicazione dell'articolo 3 nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale»*.

La definizione di creditore appare molto generica ed in linea con quella di professionista, ossia si tratta di un soggetto che nell'esercizio della propria attività professionale o commerciale si occupa di concedere credito ai consumatori, finalizzato all'acquisto di immobili; il professionista in oggetto sarà nella maggior parte dei casi un ente creditizio<sup>88</sup>, tradizionalmente individuato nel modello di banca, ma può essere anche un ente non creditizio, ossia persone fisiche e giuridiche che possono essere abilitate ai fini della Direttiva

---

<sup>87</sup> *Considerando* numero 7.

<sup>88</sup> L'articolo 4 della Direttiva MCD, numero 9) definisce l'ente creditizio come all'articolo 4, paragrafo 1, punto 1, del regolamento (UE) n. 575/2013, ossia come un'impresa la cui attività consiste nel raccogliere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto.

MCD a concedere credito ai consumatori e che saranno soggette ad un'apposita vigilanza ai sensi dell'articolo 35<sup>89</sup>.

Oltre agli enti creditizi e non creditizi, il provvedimento in oggetto ricomprende nel nucleo dei creditori anche la figura dell'intermediario del credito, definito dall'articolo 4 della Direttiva, lettera 5, come una «*persona fisica o giuridica che non agisce come creditore o notaio e non presenta semplicemente — direttamente o indirettamente — un consumatore a un creditore o intermediario del credito e che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, dietro versamento di un compenso, che può essere costituito da una somma di denaro o da qualsiasi altro corrispettivo finanziario pattuito: a) presenta od offre contratti di credito ai consumatori; b) assiste i consumatori svolgendo attività preparatorie o altre attività amministrative precontrattuali per la conclusione di contratti di credito diverse da quelle di cui alla lettera a); o c) conclude con i consumatori contratti di credito per conto del creditore*».

Tale attività può essere svolta *una tantum* oppure tramite un vincolo di mandato che lega l'intermediario del credito a un solo creditore, un solo gruppo di creditori oppure, ad un numero di creditori o gruppi che non rappresenta la maggior parte del mercato<sup>90</sup>.

Gli intermediari possono talvolta decidere di nominare dei rappresentanti designati<sup>91</sup>, ossia persone fisiche o giuridiche che svolgono le attività tipiche dell'intermediario del credito sotto la responsabilità piena e incondizionata di quest'ultimo; sia i rappresentanti che gli intermediari saranno sottoposti ad un'apposita attività di vigilanza ai sensi dell'articolo 34 della direttiva MCD.

#### **4.4 Gli obblighi di *disclosure* contenuti nel Capo IV e il servizio di consulenza**

Fra i pilastri portanti della Direttiva MCD spiccano gli adempimenti informativi in capo ai soggetti finanziatori, raccolti in sette articoli del Capo IV (*Informazioni e pratiche preliminari alla conclusione del contratto di credito*) che spaziano dall'informazione c.d. *di base* (articoli 10 e 11), alle informazioni generali rivolte a potenziali clienti (articolo 13), alle informazioni precontrattuali (articolo 14).

---

<sup>89</sup> Articolo 35 Direttiva MCD: «*Gli Stati membri assicurano che gli enti non creditizi siano soggetti ad un'adeguata procedura di abilitazione, che comprenda l'iscrizione dell'ente non creditizio in un registro, nonché alla vigilanza da parte di un'autorità competente*».

<sup>90</sup> Articolo 4 Direttiva MCD, numero 7.

<sup>91</sup> Articolo 4 Direttiva MCD, numero 8.

L'imposizione di determinati obblighi di informazioni agli intermediari del credito non è una novità nel panorama del credito ai consumatori, come ricorda il *considerando* n. 20, dove il legislatore comunitario chiede espressamente che la Direttiva MCD segua, per quanto possibile, il percorso iniziato con la Direttiva sul credito al consumo 2008/48, con particolare riferimento ai «*i principi che stabiliscono che le informazioni contenute nella pubblicità relativa ai contratti di credito concernenti beni immobili residenziali siano fornite al consumatore con un esempio rappresentativo, che al consumatore siano fornite informazioni precontrattuali dettagliate su un prospetto informativo standardizzato, che il consumatore riceva spiegazioni adeguate prima della conclusione del contratto di credito, una base comune da definire per il calcolo del tasso annuo effettivo globale (TAEG), spese notarili escluse, e che i creditori valutino il merito di credito del consumatore prima di erogare un credito*».

Il Capo IV va quindi a confermare un fondamento della strategia comunitaria contro l'asimmetria informativa dal quale il contraente-consumatore è per definizione colpito.

Se è vero che il legislatore comunitario persegue una sorta di coerenza fra gli obblighi di *disclosure* contenute nelle due direttive, è altrettanto vero che l'utilizzo talvolta di un approccio differenziato rispetto al credito al consumo è giustificato dalla specialità che caratterizza il mercato del credito, generalmente luogo di asimmetrie informative dovute talvolta dalla complessità delle clausole contrattuali, talvolta dalla mancanza di conoscenza da parte del consumatore, che lo colloca in una posizione di debolezza<sup>92</sup>.

Le esigenze di protezione del cliente si fanno ancora più accentuate dal fatto che i contratti di credito tendono a dare vita a relazioni contrattuali di lunga durata; è palese che, in particolar modo nel settore considerato, è necessario che la comunicazione sia funzionale alla conoscenza e che questa si traduca in comprensione da parte del cliente.

Una particolarità che caratterizza gli obblighi illustrati nel Capo IV della Direttiva MCD è che questi non si basano sulla mero passaggio di informazioni dal creditore al cliente seguendo una logica *bidirezionale*, ma al contrario rientrano all'interno di un più generale quadro normativo contraddistinto dalla circolarità dell'informazione<sup>93</sup>: al professionista compete l'osservazione degli obblighi informativi del capo in oggetto e quindi la comunicazione di una serie di dati alla controparte, ma è anche vero che allo stesso consumatore l'articolo 20 della Direttiva 2014/17/UE richiede di fornire una serie di

---

<sup>92</sup> *Considerando* n. 22. Lo stesso *considerando* ricorda inoltre come un approccio differenziato sia giustificato anche dalla necessità di imparare dagli insegnamenti tratti dalla crisi finanziaria e dall'esigenza che il credito avvenga in maniera sana. Alla luce di tutto ciò, è pertanto necessario che le disposizioni relative al credito ipotecario siano più rigide di quelle previste per il credito al consumo, non solo per la protezione del singolo consumatore ma di quella dell'intero sistema economico.

<sup>93</sup> SIRENA (a cura di) *op. cit.*, pag. 286.

informazioni in fase precontrattuale che sono considerate prodromiche alla valutazione del merito creditizio.

Queste informazioni serviranno al professionista non solo ad esaminare l'affidabilità o meno del cliente ma anche ad individuare quale tra i contratti di credito collocabili sia il più adatto e quindi quale siano le informazioni da fornire al cliente ai sensi dell'articolo 14.

L'imposizione di una serie di regole da onorare non può che responsabilizzare sia cliente che creditore; inoltre si ritiene che le regole di informazione previste, se che da un lato presentano un alto livello di standardizzazione nella modalità di trasmissione delle stesse (tipico del credito al consumo), dall'altro danno vita ad una vera circolarità del flusso informativo e di valutazione posta in capo alle parti<sup>94</sup>.

Il filo conduttore del Capo IV della Direttiva 2014/17/UE è l'introduzione di strumenti di tutela del consumatore che intervengono a monte della stipula del contratto, secondo una logica di *gradualità* del dovere informativo (di cui saranno testimonianza soprattutto gli articoli 13 e 14), dal momento che gli obblighi informativi partono da un livello generale, per poi aumentare e raggiungere un livello sempre più specializzato e personalizzato<sup>95</sup>.

Il Capo IV si apre con l'articolo 10 (*Disposizioni generali in materia di pubblicità e marketing*), secondo il quale gli Stati membri devono assicurarsi che le comunicazioni di pubblicità e di marketing relative ai contratti di credito siano «*corrette, chiare e non ingannevoli*», in particolar modo quelle formulazioni che possono ingannare il consumatore o produrre false aspettative circa la disponibilità o il costo del credito.

La norma lascia intendere la pericolosità del primo incontro fra cliente e istituto di credito<sup>96</sup>, dal momento che le informazioni divulgate tramite pubblicità possono talvolta trarre in inganno inconsapevoli consumatori che magari senza quella pubblicità non avrebbero preso contatto con i creditori o che comunque possono sentirsi commercialmente aggrediti.

Ci si colloca qui in momento precedente all'instaurazione di un contatto col cliente, anticipatorio di una eventuale e futura fase precontrattuale, momento dove però si deve evitare l'agganciamento sleale del consumatore<sup>97</sup>.

Alla luce di questo articolo quindi le informazioni divulgate tramite pubblicità devono essere corrette, chiare e non ingannevoli, concetti questi già conosciuti nella disciplina sulle pratiche

---

<sup>94</sup> Si ricorda che l'art. 6 della Direttiva 2014/17/UE persegue proprio l'obiettivo di educare finanziariamente i consumatori. Pertanto la richiesta di fornire determinate informazioni da parte della clientela non può che contribuire allo scopo di responsabilizzazione del cliente.

<sup>95</sup> RUMI, *op. cit.*, pag. 76.

<sup>96</sup> *Ivi*, pag. 73.

<sup>97</sup> A questo proposito il *considerando* n. 37: «*I creditori e gli intermediari del credito fanno spesso ricorso ad annunci pubblicitari, annunciando frequentemente condizioni speciali, per attirare i consumatori verso un particolare prodotto. I consumatori dovrebbero pertanto essere protetti contro pratiche pubblicitarie scorrette o fuorvianti, e dovrebbero avere la possibilità di confrontare le offerte pubblicitarie*».

commerciali scorrette della direttiva 2005/29/CE<sup>98</sup>, che viene appunto richiamata dall'*incipit* dell'articolo 10 e pertanto fatta salva.

Il significato di questi tre requisiti è lasciato all'interpretazione di chi legge, dal momento che la Direttiva MCD non ne riporta alcuna definizione; tuttavia la lettura della versione originale dell'articolo 10 contenuta nella proposta di direttiva può essere d'aiuto all'interprete: in luogo alla correttezza inizialmente era previsto l'uso termine *lealtà*, al contrario dei termini chiarezza e non ingannevolezza che erano già stati decisi<sup>99</sup>.

Ciò che emerge è che i tre termini compongono un insieme, un trittico, dove ogni elemento è essenziale ma dove la non ingannevolezza occupa comunque la posizione centrale<sup>100</sup>.

Appare inoltre evidente come i concetti ivi chiamati dalla Direttiva MCD si riferiscano tanto alla clausola di scorrettezza di cui all'articolo 20 cod. cons.<sup>101</sup>, quanto alla specifica categoria delle pratiche ingannevoli di cui all'art. 21 cod. cons..<sup>102 103</sup>.

La seconda parte dell'articolo 10 vieta le formulazioni che possano indurre nel consumatore false aspettative circa la disponibilità o il costo del credito, indicazioni che appaiono sempre in linea con la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, dal momento che secondo l'art. 21 cod. cons. due fra gli elementi che sono presi in considerazione nel giudizio sull'ingannevolezza di una pratica commerciale sono appunto la disponibilità del prodotto (art. 21 cod. cons., lettera *b*) e il prezzo o il modo in cui esso è calcolato (art. 21 cod. cons., lettera *d*)).

Accertato quindi che l'articolo 10 della direttiva MCD non sia derogatorio della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette ma che con essa si fondi, si ritiene che la differenza di terminologia utilizzata dal cod. cons. (che parla di pratiche scorrette e ingannevoli) e dalla norma in commento (che impone invece standard di chiarezza e non ingannevolezza) non sia rilevante<sup>104</sup>.

---

<sup>98</sup> Le pratiche commerciali scorrette vietate dalla direttiva 2005/29/CE sono quelle pratiche che, contrarie alla diligenza professionale, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio, siano esse ingannevoli o aggressive.

<sup>99</sup> COM(2011) 142 def. del 31 marzo 2011

<sup>99</sup> COM(2007) 807 def. del 18 dicembre 2007

<sup>100</sup> SIRENA (a cura di), *op. cit.*, pag. 249.

<sup>101</sup> Secondo l'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 [...].

<sup>102</sup> Secondo l'art. 21 cod. cons. è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo ad uno o più elementi e, in ogni caso, lo induce o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

<sup>103</sup> SIRENA (a cura di), *op. cit.*, pag. 245.

<sup>104</sup> *Ivi*, pag. 246.

Se la chiarezza dei dati forniti al consumatore fin dalla pubblicità gioca un ruolo essenziale nella prevenzione dell'inganno allo stesso, fondamentale è anche la previsione di informazioni di base che la pubblicità deve necessariamente includere; a questo proposito l'articolo successivo contiene l'elenco delle informazioni cosiddette *di base* da inserire negli annunci pubblicitari, ma che a differenza dell'articolo 10 non rappresenta una novità di settore, dal momento che gran parte del testo dell'articolo 11 ricopia la struttura dell'articolo 4 della direttiva 2008/48/CE.

Il primo paragrafo dell'articolo 11 della Direttiva MCD opera una distinzione a seconda che la pubblicità dei contratti di credito debba contenere o meno i dati relativi ai tassi d'interesse o a qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito per il consumatore; nel primo caso, il secondo paragrafo dell'art. 11 richiede che tali informazioni precisino «*in maniera chiara, concisa ed evidenziata*»<sup>105</sup> un elenco di dati riguardanti il creditore e il contratto di credito, ossia: l'identità del creditore o, se del caso, dell'intermediario del credito o del rappresentante designato; l'eventuale ipoteca o garanzia analoga; il tasso debitore, precisando se fisso o variabile o una combinazione dei due tipi, corredato di informazioni dettagliate relative alle commissioni comprese nel costo totale del credito per il consumatore; l'importo totale del credito; il TAEG, che deve avere un'evidenza all'interno dell'annuncio almeno equivalente a quella di ogni tasso di interesse; la durata del contratto di credito; l'importo delle rate; l'importo totale che il consumatore è tenuto a pagare; il numero delle rate; se del caso, un'avvertenza relativa al fatto che eventuali fluttuazioni del tasso di cambio potrebbero incidere sull'importo che il consumatore è tenuto a pagare; la necessità di sottoscrivere contratti in merito a servizi accessori (come le assicurazioni) per ottenere il credito alle condizioni offerte qualora il costo del servizio non possa essere determinato in anticipo, in caso contrario lo stesso concorre alla determinazione del TAEG<sup>106</sup>. In sintesi, attraverso questo schema viene richiesto al creditore di palesare la propria identità fin dal primo contatto col cliente, e di dichiarare subito l'esborso complessivo richiesto per l'accensione di un credito anche attraverso la spendita del TAEG. Nel secondo caso invece è rimessa alla discrezionalità degli Stati membri la scelta di non applicare l'obbligo di specificare le informazioni di base nei casi in cui la normativa interna richieda l'indicazione del TAEG nelle pubblicità relative ai contratti di credito, anche in assenza dell'indicazione di altri dati numerici.

---

<sup>105</sup> L'art. 11 della Direttiva MCD, paragrafo 3, persegue ulteriormente lo scopo della chiarezza prevedendo che le informazioni elencate nel paragrafo precedente siano accompagnate da esempi rappresentativi, come pure il *considerando* n. 53 che ricorda l'importanza della spiegazione del TAEG attraverso l'uso appunto di un esempio rappresentativo che non sia in conflitto con quanto previsto nella direttiva 2005/29/CE.

<sup>106</sup> Quest'ultimo dato è contenuto dall'art. 11 della Direttiva MCD, paragrafo 4, ma ai fini dell'analisi si ritiene opportuno elencarlo insieme alle informazioni del secondo paragrafo in un'ottica di completezza.

Come l'articolo 10, anche la disposizione in esame va a regolare il momento antecedente l'eventuale fase precontrattuale fra cliente e creditore, e pertanto la disciplina riportata nei due articoli è tesa a regolare quella pubblicità che deve solamente attirare quel cliente che non si sia ancora recato in filiale o in ufficio. Si tratta di norme di portata generale, supportate da una pubblicità che non per forza deve essere fornita mediante supporti durevoli ne cartacei, ma al contrario, viene semplicemente richiesto che le informazioni siano facilmente leggibili o chiaramente udibili a seconda del mezzo utilizzato<sup>107</sup>.

Si ritiene<sup>108</sup> che le informazioni in oggetto siano però ben più analitiche rispetto a quelle previste dalla trasparenza bancaria, che si limita ad imporre la riconoscibilità (per il cliente) della natura pubblicitaria con finalità promozionale del messaggio e la necessità che il cliente faccia riferimento ai fogli informativi per le condizioni contrattuali, l'indicazione del TAEG e del periodo di validità solo per gli annunci che riportano il tasso di interesse o un altro dato numerico relativo al costo del credito<sup>109</sup>.

Il cuore del nuovo regime di *disclosure* tra banca e cliente è costituito dagli articoli 13 e 14 della Direttiva MCD, riguardanti rispettivamente le informazioni generali e precontrattuali.

Alle due disposizioni in esame è accreditata una duplice funzione: da una parte la spiegazione degli effetti giuridici reali posti dietro a clausole contrattuali dal linguaggio complesso, e dall'altra quella di illustrare il significato economico del contratto e dei rischi che la sua esecuzione potrebbe comportare per il consumatore<sup>110</sup>.

Il primo articolo (*Informazioni generali*) richiede che al consumatore sia resa disponibile la gamma di prodotti offerti dal soggetto finanziatore nonché i loro costi e le loro principali caratteristiche, e pertanto viene considerata come la disposizione riassuntiva della strategia informativa dell'offerta di mutui immobiliari<sup>111</sup>.

Al pari delle norme di cui sopra, le informazioni generali dell'articolo 13 della Direttiva MCD devono essere *chiare e comprensibili*, ma non solo: il legislatore comunitario richiede questa volta che queste siano fornite al cliente mediante un supporto cartaceo o su altro supporto durevole o attraverso forma elettronica in modo da potervi accedere in qualsiasi momento.

Al fine di assicurare che tutti gli istituti di credito degli Stati membri forniscano il medesimo catalogo di informazioni, la seconda parte del primo paragrafo dell'articolo ne

---

<sup>107</sup> Art. 11 Direttiva MCD, paragrafo 5.

<sup>108</sup> SIRENA (a cura di), *op. cit.*, pag. 254.

<sup>109</sup> Si veda il Provvedimento Banca d'Italia del 9 febbraio 2011, sezione II, paragrafo 5.

<sup>110</sup> SIRENA (a cura di), *op. cit.*, pag. 285-286.

<sup>111</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, pag. 524.

riporta un elenco formato da un insieme eterogeneo, un catalogo minimo di informazioni, che per comodità viene illustrato in nota<sup>112</sup>.

Ora, il confronto fra gli articoli riguardanti la pubblicità e l'articolo 13 potrebbe generare confusione nel lettore, in particolar modo con riferimento alla elevata quantità di informazioni richieste dalla direttiva MCD; per chiarire ogni dubbio e riuscire a dare un senso alle disposizioni relative alla *disclosure* si può ricorrere al *considerando* n. 38, che illustra come tra la pubblicità (e quindi informazioni di base) e le informazioni generali ci sia una sostanziale differenza di ruolo: mentre la prima ha il compito di illustrare uno o più prodotti, sono le seconde che permettono al consumatore di compiere una scelta ponderata e consapevole dal momento che le informazioni di base riportano i costi dei contratti dei credito offerti dal creditore nonché le proprie caratteristiche.

La *ratio* dell'articolo 13 della Direttiva MCD di fatto non è una novità nel panorama creditizio e gioca il ruolo dell'informazione a largo spettro disposizione *in incertam personam* e rivolta al mercato; lo stesso non si può dire dell'articolo 14, contenitore delle informazioni cosiddette *precontrattuali*, disposizione che si rende necessaria di fronte all'esigenza del consumatore, tutelata dalla direttiva stessa, di poter confrontare prodotti differenti per mezzo delle informazioni che gli istituti di credito gli hanno fornito prima della eventuale sottoscrizione di uno di essi.

Questo si rende necessario soprattutto in caso di stipulazione di mutuo ipotecario, momento in cui il cliente potrebbe essere emotivamente vulnerabile e quindi bisognoso di ulteriore protezione per poterlo portare alla condizione tale da prendere una *scelta consapevole*.

---

<sup>112</sup> Art. 13 Direttiva MCD, paragrafo 1: «Le informazioni generali comprendono almeno i seguenti elementi: a) l'identità e l'indirizzo geografico dell'emittente delle informazioni; b) gli scopi per i quali il credito può essere utilizzato; c) le forme di garanzia, con indicazione, ove applicabile, della possibilità che il bene sia ubicato in un diverso Stato membro; d) la possibile durata dei contratti di credito; e) i tipi di tassi debitore disponibili, precisando se fissi o variabili o di entrambe le tipologie, con una breve descrizione delle caratteristiche di un tasso fisso e di un tasso variabile, comprese le relative implicazioni per il consumatore; f) qualora siano disponibili crediti in valuta estera, un'indicazione della valuta o delle valute estere, compresa una spiegazione delle implicazioni per il consumatore quando il credito è denominato in una valuta estera; g) un esempio rappresentativo dell'importo totale del credito, del costo totale del credito per il consumatore, dell'importo totale che il consumatore deve pagare e del TAEG; h) un'indicazione degli eventuali ulteriori costi, non inclusi nel costo totale del credito per il consumatore, da pagare in relazione a un contratto di credito; i) la gamma delle diverse opzioni disponibili per rimborsare il credito al creditore (compresi numero, frequenza e importo delle rate periodiche di rimborso); j) se del caso, una dichiarazione chiara e concisa che affermi che il rispetto delle condizioni contrattuali dei contratti di credito non garantisce il rimborso dell'importo totale del credito, in base al contratto di credito; k) una descrizione delle condizioni direttamente connesse al rimborso anticipato; l) l'eventuale necessità di una perizia sul valore dell'immobile e, in tal caso, chi sia responsabile di provvedere alla sua esecuzione, e gli eventuali costi che ne derivano per il consumatore; m) un'indicazione dei servizi accessori che il consumatore è obbligato ad acquistare al fine di ottenere il credito, oppure di ottenerlo alle condizioni offerte, e, se del caso, la precisazione che i servizi accessori possono essere acquistati da un fornitore diverso dal creditore; e n) un'avvertenza generale relativa alle possibili conseguenze dell'inosservanza degli impegni legati al contratto di credito».



Si ritiene che la disposizione in oggetto, a differenza di quella precedente, mostri una doppia veste, che traspare palesemente dal fatto che da un lato l'articolo dimostra che al cliente verranno fornite una serie di informazioni facenti parte di una realtà documentale a contenuto vincolato, ma contemporaneamente emerge dai vari paragrafi della norma un'autentica libertà decisoria del consumatore<sup>113</sup>.

Ai sensi dell'articolo 14 le informazioni precontrattuali che permettono al consumatore di confrontare più contratti di credito disponibili sul mercato sono fornite mediante supporto cartaceo o altro supporto durevole<sup>114</sup> mediante il Prospetto Informativo Europeo Standardizzato, detto PIES, riportato nell'allegato II della direttiva MCD<sup>115</sup>.

Il PIES è un documento dal contenuto analitico preimpostato, composto da quindi sezioni su quale ricade il velo della armonizzazione massima<sup>116</sup>, pertanto non è possibile modificare il documento se non per quanto previsto nell'allegato II della Direttiva MCD; qualsiasi informazione aggiuntiva che il creditore fornisca al consumatore deve essere consegnata mediante un documento distinto che può poi essere allegato al PIES<sup>117</sup>.

La scelta del legislatore non è certamente casuale, ma persegue l'obiettivo di evitare che troppe informazioni finiscano per sviare il cliente e per focalizzare la sua attenzione su quelle che non rivestono un ruolo prioritario.

Questa sorta di separazione documentale riflette una certa gerarchia fra le informazioni, nel senso che le informazioni che compongono il PIES si presumono essenziali e inderogabili, mentre tutto ciò che viene fornito in più rispetto al prospetto e quindi su scelta del finanziatore appare secondario<sup>118</sup>.

Da notare che alcune delle informazioni da inserire nel PIES erano già state comunicate al consumatore ai sensi dell'articolo 13 della Direttiva MCD, dove però erano ridotte all'essenzialità e comunque erano compresi solo i dati funzionali allo scopo di offrire al cliente una panoramica completa dei prodotti.

L'articolo 14 della Direttiva 2014/17/UE è considerata una delle disposizioni chiave della direttiva stessa nella parte in cui innesta una certa circolarità nel sistema di *disclosure* tra

---

<sup>113</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, pag. 525.

<sup>114</sup> A differenza invece delle informazioni generali di cui all'articolo 13, le quali possono essere fornite anche attraverso un mezzo elettronico.

<sup>115</sup> I *considerando* n. 40 e 41 della Direttiva MCD aggiungono inoltre che il linguaggio del PIES non debba essere troppo tecnico ma piuttosto semplice e che il prospetto stesso debba rispettare determinati criteri grafici e tipografici prestabiliti.

<sup>116</sup> Articolo 2 Direttiva MCD. Tra l'altro, il PIES non è una novità nel settore creditizio ma aveva già fatto la sua prima apparizione nel 2001 nel codice di condotta volontario. Secondo il *considerando* n. 40 della Direttiva un'indagine svolta dalla Commissione ha dimostrato la necessità di rivedere il contenuto del PIES per garantire una maggior chiarezza e ciò ha giustificato l'intervento del legislatore comunitario in materia.

<sup>117</sup> Articolo 14, paragrafo 8.

<sup>118</sup> RUMI, *op. cit.*, pag. 78.

creditore e consumatore: il primo paragrafo prevede infatti che siano fornite al cliente le informazioni precontrattuali che gli consentano di prendere una decisione informata e consapevole, ma tali informazioni vanno comunicate: «a) 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 b) in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta».

Non a caso infatti le informazioni precontrattuali diventano informazioni personalizzate, ma appunto perché sono ricamate sul ciò che il cliente ha a sua volta dichiarato al finanziatore per permettergli di valutarne correttamente il merito creditizio.

Sostanzialmente, un primo obbligo informativo viene assolto dal professionista tramite le informazioni generali ai sensi dell'articolo 13 della Direttiva MCD; a ciò segue un onere di comunicazione in capo al cliente e nella fase immediatamente successiva, ossia quella precontrattuale, ed un terzo onere di comunicazione in capo di nuovo al professionista relativo invece alle informazioni personalizzate.

L'articolo 14 prosegue introducendo una specifica disciplina per l'ipotesi in cui il finanziatore sia irrevocabilmente vincolato all'offerta di credito, mentre spetta ovviamente al consumatore decidere se accettare la proposta o meno; in questo caso il terzo paragrafo dice che quando al consumatore sia proposta un'offerta vincolate per il creditore (ovviamente fornita su supporto cartaceo o comunque durevole), questa deve essere accompagnata da un PIES se non è stato fornito in precedenza o da un PIES diverso dal primo consegnato qualora le caratteristiche dell'offerta siano ora differenti.

Di per sé il PIES avrebbe valenza esclusivamente informativa e non rappresenterebbe un'offerta contrattuale, di conseguenza non sarebbe possibile pensare di vincolare il creditore a quanto in esso contenuto, potendo le condizioni cambiare lungo la trattativa; questa disposizione va quindi letta alla luce del principio di necessaria corrispondenza tra offerta contrattuale e il PIES, principio che quindi impone di offrirne uno nuovo in caso di modifiche.

Gli Stati membri devono inoltre garantire ai consumatori un periodo di riflessione di almeno sette giorni durante il quale possano confrontare le offerte; il sesto paragrafo ricorda l'importanza di stabilire se il periodo di sette giorni sia un periodo di riflessione prima della conclusione del contratto di credito oppure un periodo per l'esercizio di recesso dopo la conclusione del contratto stesso, oppure una combinazione dei due.

La classificazione del periodo di sette giorni non è casuale ma è importante ai fini del comportamento delle parti del contratto: se è previsto un periodo di riflessione antecedente la conclusione del un contratto di credito infatti, sempre secondo il sesto paragrafo, «l'offerta è vincolante per il creditore per la durata del periodo di riflessione»; spetta solo al

consumatore decidere se aderire o meno all'offerta, e nel caso di decisione positiva può accettare l'offerta in qualunque momento durante il periodo di riflessione.

Agli Stati membri è consentito di imporre un periodo di riflessione in luogo al diritto di recesso dove il consumatore possono solo valutare l'offerta e non accettarla, ma devono quindi limitarsi ad un suo studio; l'articolo 14 stabilisce che tali periodi di riflessione non possano durare più di dieci giorni.

Ai sensi del paragrafo 11, nei casi in cui sussiste il periodo di riflessione anticipato alla conclusione del contratto, il creditore deve fornire al consumatore una copia della bozza del contratto all'atto della presentazione dell'offerta vincolante per il creditore.

Il Capo IV della Direttiva MCD introduce un ulteriore elemento in ambito consumeristico che si concretizza nell'obbligo di fornire *assistenza* sui prodotti creditizi che sono offerti al consumatore<sup>119</sup>.

Nello specifico, il primo paragrafo dell'articolo 16 prevede l'obbligo di fornire al consumatore *«spiegazioni adeguate 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»*, a prescindere dalla presentazione di una richiesta di chiarimenti da parte del consumatore o meno.

All'*incipit* del primo paragrafo segue l'elenco delle informazioni che in particolare rientrano nell'obbligo, ossia: le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi degli articoli 14 e 15 della Direttiva, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti, gli effetti specifici che questi possono avere per il consumatore incluse le conseguenze di un suo eventuale mancato pagamento, e infine spiegazioni riguardanti quando servizi accessori sono aggregati ad un contratto di credito con la precisazione se per ciascuno dei componenti del pacchetto è possibile recedere separatamente ed eventualmente con quali implicazioni.

In sostanza, si tratta di un obbligo che si traduce nel dovere di spiegare più approfonditamente le informazioni già fornite al cliente (anche per esempio mediante il PIES) sulla scorta di una *«informazione-consulenza»*<sup>120</sup>; l'elenco non è da considerarsi esaustivo ma si limita a ricordare quali siano le informazioni più importanti, di fatto l'oggetto dell'assistenza è molto ampio e non prevedibile a priori.

Rilevante è anche il secondo paragrafo dell'articolo 16, il quale recita che gli Stati membri possono adattare le modalità e la portata delle spiegazioni di cui al paragrafo 1 e il soggetto che le fornisce al contesto nel quale il contratto di credito è offerto, al destinatario e

---

<sup>119</sup> Non si tratta di una novità del panorama della legislazione consumeristica che aveva già previsto un obbligo fornire spiegazioni adeguate all'art. 5 della direttiva 2008/48/UE, ma rispetto alla disposizione del 2008 quella dell'articolo 16 fa un ulteriore passo avanti.

<sup>120</sup> SIRENA (a cura di), *op. cit.*, pag. 359.

alla natura del credito offerto; si capisce quindi come l'adattamento dell'informazione al caso concreto sia a discrezione degli Stati membri che, esercitando l'opzione, possono incaricare i creditori di plasmare il livello delle spiegazioni sul consumatore concreto andando così a colmare un *deficit* cognitivo.

Nell'eventualità invece in cui gli Stati non esercitassero l'opzione il *target* di riferimento rimarrebbe il consumatore astratto, ossia il consumatore medio che sia normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto<sup>121</sup>.

Il *considerando* n. 48 della Direttiva MCD, che sta alla base di questo articolo, ricorda che i creditori dovrebbero assicurare assistenza al consumatore che si trovi di fronte all'offerta di più contratti di credito, spiegando le pertinenti informazioni, le caratteristiche essenziali dei prodotti offerti in modo personalizzato, ecc., per permettere alla clientela di comprenderne i potenziali effetti sulla propria situazione economica; spiegazioni però che devono adattarsi alla conoscenza ed esperienza in campo finanziario dei consumatori e che non devono sfociare in una raccomandazione personale, nel senso che ogni valutazione di merito sulla conclusione del contratto di credito spetta comunque solamente al consumatore e che quindi il creditore deve limitarsi a prestare la propria consulenza<sup>122</sup>.

Se infatti è vero che l'obbligo di assistenza si colloca fra le informazioni obbligatorie ai sensi degli articoli 14 e 15 della Direttiva e l'attività di consulenza ai sensi dell'articolo 22 al punto che talvolta le tre fasi tendono a sovrapporsi<sup>123</sup>, è anche vero che la decisione finale spetta sempre e solo al consumatore.

L'obbligo di assistenza valorizza quindi la componente collaborativa del finanziatore nella decisione che spetta comunque al consumatore, componente collaborativa che va di pari passo con l'educazione finanziaria del consumatore richiesta dall'articolo 6 della Direttiva, e che consiste nell'accompagnare *pedagogicamente* il proprio cliente che potrebbe trovarsi confuso di fronte ad una serie di informazioni fornitegli attraverso prospetti o oralmente, andando a riempire di significato l'impersonalità del PIES.

Si va quindi a guidare il consenso del consumatore verso scelte che non siano solo libere e consapevoli ma anche giuste e adeguate rispetto alle esigenze e alla situazione finanziaria.

Per concludere, si è osservato che l'obbligo di assistenza si inserisce all'interno di una regola prudenziale unica, che passa per il *prius* della valutazione del merito creditizio dell'articolo 18 della Direttiva 2014/17/UE, il medio delle informazioni precontrattuali personalizzate

---

<sup>121</sup> Considerando n. 18 della Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali.

<sup>122</sup> RUMI, *op. cit.*, pag. 80.

<sup>123</sup> SIRENA (a cura di), *op. cit.*, pag. 351.

dell'articolo 14 e il *posterius* delle spiegazioni adeguate dell'articolo 16, in modo da permettere al consumatore di prendere una decisione consapevole ed informata<sup>124</sup>.

L'analisi della *disclosure* non può che terminare con l'articolo 22 della Direttiva MCD (*Standars in materia di servizi di consulenza*) e inserito nell'apposito Capo VIII; ai sensi della disposizione in oggetto agli Stati membri viene richiesto di garantire che «*nel contesto di una determinata operazione, il creditore, l'intermediario del credito o il rappresentante designato indichino esplicitamente al consumatore se i servizi di consulenza vengono prestati o possono essere prestati al consumatore*».

Gli operatori del settore creditizio, sui quali incombono obblighi di fornire determinate informazioni e spiegazioni adeguate per consentire al cliente di prendere una decisione consapevole, non sarebbero obbligati per legge a prestare servizi di consulenza al consumatore; tuttavia i lavori preparatori alla Direttiva MCD, in particolar modo il Libro Bianco del 2007, hanno rilevato come una consulenza inadeguata sia capace di generare un danno finanziario in capo al cliente, il quale potrebbe trovarsi a versare un prezzo più elevato per un prodotto che potrebbe invece trovare ad un prezzo inferiore<sup>125</sup>.

E' immanente nello spirito della Direttiva MCD la consapevolezza che non tutti i consumatori necessitino dello stesso livello di consulenza, ma è altrettanto fondamentale che i creditori, nel fornire il servizio di consulenza relativi a contratti di credito, agiscano in «*onesta, equa, trasparenza e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori*»<sup>126</sup>.

Quindi, i consumatori devono essere informati circa la possibilità di ricevere consulenza e, in tal caso, in che settori e relativamente a quali prodotti ed il prezzo da corrispondere; a questo proposito il secondo paragrafo dell'articolo 22 prevede che prima della fornitura del servizio di consulenza o comunque prima della conclusione di un contratto di consulenza il creditore fornisca al consumatore una serie di informazioni su di un supporto cartaceo o altro supporto durevole; nello specifico le informazioni riguardano il compenso per il servizio fornito o comunque il metodo usato per calcolarlo nonché la specificazione se la raccomandazione<sup>127</sup> prenderà in considerazione solo i prodotti specifici del creditore o riguarderà invece una vasta gamma di prodotti reperibili sul mercato.

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, pag. 350.

<sup>125</sup> *Ibidem*, pag. 402.

<sup>126</sup> Articolo 7 Direttiva MCD.

<sup>127</sup> L'articolo 4, lettera 21) definisce il servizio di consulenza come delle «*raccomandazioni personalizzate fornite a un consumatore in merito a una o più operazioni relative a contratti di credito, [...]*».

E' interessante notare come secondo il legislatore comunitario tali informazioni possano essere fornite al consumatore sotto forma di *informazioni precontrattuali* secondo le modalità dell'articolo 14 di cui sopra, in un'ottica di unitarietà.

Dal momento che la raccomandazione non può basarsi sul risultato ottenuto dalla valutazione del merito creditizio ai sensi dell'articolo 18, essendo esso uno strumento dal fine diverso rispetto a quello della consulenza, l'articolo 22, paragrafo 3) prevede che il creditore sia tenuto a delineare un *profilo del credito*<sup>128</sup> del consumatore attraverso l'acquisizione di informazioni come i bisogni del cliente, la sua situazione finanziaria, ecc.

#### **4.5 La valutazione del merito creditizio**

Secondo il *considerando* n. 55 della Direttiva MCD è essenziale che la «*capacità e la propensione del consumatore a rimborsare il credito sia valutata e accertata prima della stipula del relativo contratto*»; si introduce qui il vasto tema della valutazione del merito creditizio, già centrale nella Direttiva 2008/48/CE e qui ma in un'ottica di potenziamento, come dimostra il suo richiamo nell'articolo 1 in sede di definizione dell'oggetto.

Trattasi di un tema dal contenuto delicato affrontato negli articoli 18, 19 e 20 della Direttiva, la cui importanza emerge proprio nell'ipotesi in cui il finanziatore non abbia un effettivo e reale interesse a svolgere la valutazione del merito creditizio per svariati motivi, come la presenza di un'operazione semplice o la presenza di garanzie<sup>129</sup>; basti ricordare i famosi mutui *subprime*, dove palese è stata la scelta delle banche americane di svolgere operazioni di cartolarizzazione su larga scala provocando un abbassamento della qualità dei crediti ed un correlato aumento dei rischi di insolvibilità.

D'altra parte, è innegabile che nell'esperienza bancaria europea, per certi versi diversa da quella americane e meno propensa al rischio, si sia ormai consolidata l'idea che il creditore debba essere in grado di analizzare la capacità di rimborso del debitore.

La pratica inerente alla valutazione della solvibilità del consumatore era presente nella prassi bancaria già prima del suo inserimento come obbligo di legge con la Direttiva 2008/48/CE; nonostante ciò la recente crisi ha reso necessaria la revisione della disciplina in materia di valutazione del merito creditizio in funzione anche dell'acquisita consapevolezza che il principio del *prestito responsabile* e quindi tutelante il consumatore richieda non solo

---

<sup>128</sup> LUPOI, *op. cit.*, pag. 245.

<sup>129</sup> RUMI, *op. cit.*, pag. 81.

l'applicazione rigorosa della trasparenza bancaria ma anche una corretta analisi dell'affidabilità del soggetto debitore.

L'articolo 18 della Direttiva 2014/17/UE quindi impone agli Stati membri di provvedere affinché i creditori svolgano una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, che deve tenere conto di una serie di fattori pertinenti all'esame delle prospettive di adempimento; ovviamente la fase di analisi deve avvenire prima della conclusione del contratto di credito e, sempre ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 2, il creditore è tenuto a mantenere aggiornate le informazioni su cui l'analisi si basa.

Viene posta in essere una vera e propria attività istruttoria riguardante i profili reddituali e patrimoniali del soggetto richiedente il credito, come eventuali pagamenti futuri, aumenti dovuti ad ammortamenti negativi o pagamenti differiti del capitale o degli interessi; ma non solo, è necessario che l'operatore valuti anche la presenza di altre spese periodiche, altri debiti o impegni finanziari, la sussistenza di redditi, risparmi del consumatore<sup>130</sup>.

Le informazioni riguardanti la situazione economico-finanziaria, come il reddito e le spese, possono essere ottenuti da varie fonti interne ed esterne, *in primis* interrogando il consumatore stesso, e le informazioni raccolte devono essere poi opportunamente verificate dall'operatore ai sensi dell'articolo 20 della Direttiva MCD<sup>131</sup>.

In capo al consumatore vige quindi l'obbligo di fornire determinate informazioni, in quanto la loro mancata comunicazione condurrebbe al «*probabile rifiuto del credito richiesto*»<sup>132</sup>.

Non è rilevante invece ai fini della valutazione il fatto che il valore dell'immobile sia superiore all'importo del credito o che l'immobile potrebbe nel tempo acquisire valore, a meno che fine del contratto sia quello di costruire o ristrutturare il bene<sup>133</sup>.

Ai sensi del paragrafo 4 dell'articolo 18 della Direttiva, il creditore non può risolvere né modificare in un secondo tempo un contratto di credito che si sia rivelato dannoso per il consumatore come conseguenza di una valutazione del merito creditizio condotta in modo scorretto, anche se a causa di informazioni incomplete; viene esclusa dall'ambito di applicazione di questa disposizione la fattispecie in cui la scorretta valutazione sia stata

---

<sup>130</sup> Considerando n. 55 della Direttiva MCD, che ricorda inoltre la necessità di tenere ragionevolmente conto ai fini della valutazione del merito creditizio anche di eventi futuri, come la riduzione del reddito a fronte del pensionamento, o l'aumento del tasso debitore, ecc.

<sup>131</sup> Secondo l'art. 20 infatti «*La valutazione del merito creditizio di cui all'articolo 18 è effettuata sulla base delle informazioni sul reddito e le spese del consumatore e altre informazioni sulla situazione economica e finanziaria necessarie, sufficienti e proporzionate. Le informazioni sono ottenute dal creditore da pertinenti fonti interne o esterne, incluso il consumatore, e comprendono le informazioni fornite all'intermediario del credito o al rappresentante designato nel corso della richiesta di credito. Le informazioni sono opportunamente verificate, anche attingendo, se necessario, a documentazione indipendente verificabile*».

<sup>132</sup> Considerando n. 58 della Direttiva MCD.

<sup>133</sup> Art. 18 Direttiva MCD, paragrafo 3. Nell'attività istruttoria il creditore potrebbe sì ricorrere a fonti esterne come il Catasto, ma è evidente che la valutazione del merito creditizio sia comunque meramente previsionale.

causata dal fatto che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire o abbia falsificato le informazioni ai sensi dell'articolo 20 della direttiva MCD.

La verifica del merito creditizio potrebbe produrre tre diversi risultati; nel primo caso il creditore ha valutato positivamente il merito e quindi ha concesso il credito<sup>134</sup>, nel secondo caso il merito è stato valutato negativamente e quindi il credito non viene concesso al consumatore immeritevole, nel terzo caso il creditore non valuta il merito creditizio (o lo valuta negativamente) ma decide comunque di concedere credito al consumatore privo dei requisiti.

Nel caso di rifiuto alla concessione del credito, l'articolo 18, paragrafo 5, lettera c) della Direttiva 2014/17/UE prevede che il consumatore sia informato senza indugio del rifiuto con l'indicazione dei risultati della consultazione della banca dati qualora la motivazione del diniego derivi proprio dai dati presenti in questa.

La concessione del credito deve quindi essere subordinata ad una prognosi fondata sulla valutazione del merito creditizio del consumatore, che ai sensi del paragrafo 5, lettera a) dell'articolo 18 sta ad indicare che «*gli obblighi derivanti dal contratto saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito*»; emerge il nesso di funzionalità esistente fra la valutazione e la decisione dell'operatore in ordine all'erogazione del credito, che deve appunto avvenire solo se il regolare adempimento delle obbligazioni assunte dal finanziato sia almeno verosimilmente possibile, senza dover ricorrere a misure straordinarie come rateizzazioni, dilazioni, ecc.<sup>135</sup>.

In sostanza, si introduce qui la tematica del finanziamento *sostenibile*, sia in termini di proporzionalità rispetto al patrimonio del debitore che si possibilità di regolare adempimento, con un chiaro collegamento agli obiettivi della Direttiva MCD e riportati al *considerando* n. 6, secondo il quale è necessario promuovere la sostenibilità nell'erogazione e assunzione dei prestiti ai consumatori<sup>136</sup>.

Sebbene la valutazione del merito creditizio si basi solo sulla capacità di adempimento del consumatore, il fatto che oggetto del contratto di credito sia un immobile implica comunque la necessità di valutazione anche l'immobile stesso, dal momento che il valore stimato rappresenta un fattore importante per stabilire l'importo finanziabile; l'articolo 19

---

<sup>134</sup> Ricordiamo che secondo il *considerando* n. 57 della Direttiva MCD la decisione del creditore se concedere o meno il credito dovrebbe essere coerente con l'esito dell'analisi del merito creditizio, tuttavia una valutazione positiva non dovrebbe tradursi nell'obbligo di erogare il credito.

<sup>135</sup> PELLECCCHIA, *op. cit.*, pag. 206.

<sup>136</sup> E' meritevole di citazione il collegamento all'art. 7 della direttiva 2014/17/UE, relativo alle politiche di retribuzione degli operatori del credito, dove il legislatore cerca di neutralizzare l'azzardo nella concessione del credito prevedendo una politica di retribuzione per il personale responsabile della valutazione del merito creditizio coerente con una sana ed efficace del rischio e non incoraggiante all'assunzione di rischi troppo alti. In sostanza la retribuzione non deve dipendere dal numero di domande accolte.



della Direttiva MCD prevede a tal proposito che ai fini della valutazioni siano utilizzati degli *standards*, la cui corretta applicazione deve essere controllati dalle Autorità competenti.

#### **4.6 Prestiti in valuta estera e tasso variabile nel Capo IX**

Nell'articolo 4, n. 28 della Direttiva 2014/17/UE il prestito in valuta estera viene definito come un «*contratto di credito in cui il credito: a) è denominato in una valuta diversa da quella in cui il consumatore percepisce il suo reddito o detiene gli attivi con i quali dovrà rimborsare il finanziamento, o b) è denominato in una valuta diversa da quella dello Stato membro in cui il consumatore risiede*».

Mentre nella prima ipotesi si fa un riferimento incolore alla valuta, nel secondo caso emerge il criterio della residenza del consumatore<sup>137</sup>; questo secondo criterio, che a prima lettura potrebbe apparire di scarsa utilità, trova ragion d'essere nella fattispecie in cui un consumatore, pur percependo reddito in valuta estera, voglia disporre di risorse economiche nel proprio paese di residenza e necessita magari anche di un mutuo.

In estrema sintesi, i contratti espressi in valuta estera sono motivo di rischio per due motivi: il primo è che essi implicano un'asimmetria informativa per il cliente, dal momento che il consumatore che risiede in un Paese in cui la valuta non è la stessa in cui il mutuo è stato acceso deve considerare le fluttuazioni della valuta e tale situazione genera un clima di incertezza; il secondo è che il consumatore potrebbe perdere del denaro qualora la rata del mutuo fosse pagata in una valuta che ha registrato un incremento rispetto a quella del proprio paese, ossia se la valuta in cui il mutuo è espresso si sia apprezzata<sup>138</sup>.

L'attenzione sui prestiti in valuta estera viene richiamata dai *considerando* n. 4 e 30; in particolar modo il primo evidenzia come uno dei problemi tipici dei mercati del credito ipotecario europeo riguardi proprio i crediti denominati in valuta estera, stipulati dai consumatori in tale valuta solo al fine di beneficiare del tasso offerto, ma in realtà inconsapevoli del rischio di cambio a causa di mancanza di una adeguata informazione e della scarsa cultura finanziaria di cui spesso i mutuatari sono colpiti.

---

<sup>137</sup> Secondo SIRENA (a cura di), *op. cit.*, pag. 411, in mancanza di una specifica definizione del criterio di residenza nella direttiva in oggetto è necessario richiamare la definizione riportata in altre direttive comunitarie, come all'art. 12 della direttiva 2006/126/CE secondo il quale «*per residenza normale si intende il luogo in cui una persona dimora abitualmente, vale a dire per almeno 185 giorni all'anno, per interessi personali e professionali o, nel caso di una persona che non abbia interessi professionali, per interessi personali che rivelino stretti legami tra la persona e il luogo in cui essa abita*».

<sup>138</sup> DE GIOIA-CARABELLESE P., CHESSA C., *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a bene immobili residenziali*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, pag. 1434.

Il *considerando* n. 30 della Direttiva MCD prosegue introducendo il tipo di intervento che il legislatore comunitario ritiene opportuno per risolvere la problematica, ossia la previsione di *«misure atte a garantire che i consumatori siano consapevoli del rischio che stanno assumendo e abbiano la possibilità di limitare la propria esposizione al rischio di cambio per la durata del credito»*, per esempio attraverso il rilascio di determinate avvertenze o l'introduzione di meccanismi come la previsione di limiti massimi<sup>139</sup>.

Il primo paragrafo dell'articolo 23 della Direttiva 2014/17/UE impone agli Stati membri di mettere a punto un quadro regolamentare adeguato nel momento in cui sia concluso un contratto di credito in valuta estera, in modo da assicurare che il consumatore abbia il diritto di convertire il contratto di credito in una valuta alternativa a determinate condizioni (lettera *a*) o esistano comunque altri meccanismi volti a limitare il rischio di cambio a cui il consumatore è esposto in forza del contratto di credito (lettera *b*); è facoltà degli Stati membri precisare se il cliente potrà beneficiare di entrambe le scelte o solo di una di esse.

Come anticipato nelle righe precedenti, la valuta cui la lettera *a*) fa riferimento è quella in cui il consumatore percepisce il proprio reddito o detiene attivi con cui rimborserà il credito, oppure può essere quella dello Stato membro in cui il consumatore risiede al momento della conclusione del contratto di credito o sia attualmente residente.

Trattandosi pur sempre di un contratto di credito ai sensi della Direttiva MCD, sarà necessaria anche in questo caso una valutazione del merito creditizio come previsto dagli articoli 18 e 20; il creditore dovrà quindi raccogliere informazioni inerenti al reddito, alle spese del consumatore, ecc., in particolare dovrà essere analizzata anche l'informazione relativa alla valuta in cui si esprime la fonte principale del reddito del consumatore e tutti gli elementi attivi del suo patrimonio.

Il terzo paragrafo dell'articolo 23 stabilisce che, nell'eventualità in cui non siano stati previsti meccanismi di limitazione al rischio di cambio, lo Stato membro debba garantire che *«il tasso di cambio al quale avviene la conversione sia il tasso di mercato applicabile il giorno della domanda di conversione, salvo se diversamente precisato nel contratto di credito»*; in questo modo il consumatore viene tutelato dalla discrezionalità di decisione del creditore.

L'articolo seguente, il numero 24, si occupa invece di crediti a tasso variabile; prima di approfondire l'articolo in oggetto è utile ricordare che il tasso debitore, sia esso fisso o variabile, è uno degli elementi che il legislatore comunitario impone al creditore di comunicare al consumatore con chiarezza in più occasioni: nelle informazioni di base

---

<sup>139</sup> SIRENA (a cura di), *op. cit.*, pag. 413.

(articolo 11), nelle informazioni generali (articolo 13), nelle informazioni precontrattuali (articolo 14), nel PIES.

Emerge dallo spirito della direttiva MCD la necessità che il consumatore conosca e comprenda in modo specifico il tasso di interesse a debito del proprio prestito, ed è anche vero che la scelta tra tasso fisso e variabile non è una scelta di poco conto.

Nel primo caso il tasso si fissa in sede di stipula del contratto in base al tasso di riferimento del mercato Eurirs o Irs: essendo appunto un tasso fisso il cliente ha la possibilità di conoscere fin dall'accensione del prestito l'importo delle future rate comprensive di capitale, interessi dovuti e spese.

Il tasso variabile invece rappresenta un parametro flessibile che tende a seguire l'andamento del mercato o che segue i parametri indicati nel contratto di credito; generalmente le banche calcolano il tasso variabile aggiungendo uno spread definito internamente all'istituto di credito (in base al rischio di default del debitore) ad un indice che nella maggior parte dei casi è l'Euribor a 3 o 6 mesi oppure Libor.

L'interesse del legislatore comunitario nel tema in esame è giustificato dalla delicatezza della tematica, soprattutto se si considera che il tasso variabile si presta a manipolazioni da parte delle banche generando fluttuazioni anche di considerevole entità.

Il legislatore comunitario sembra ricercare la massima trasparenza anche in questo caso, come si nota dal primo paragrafo dell'articolo 24, secondo il quale *«se il contratto di credito è un credito a tasso variabile, gli Stati membri assicurano che: a) ogni indice o tasso di riferimento utilizzato per calcolare il tasso debitore sia chiaro, accessibile, obiettivo e verificabile dalle parti contrattuali e dalle autorità competenti; e b) gli archivi storici degli indici per il calcolo dei tassi debitori siano mantenuti dai fornitori di tali indici o dai creditori»*.

Si intende in questo modo rendere trasparente la procedura di calcolo dell'interesse applicato non solo alle Autorità competenti ma anche ai consumatori stessi.

#### **4.7 Buona esecuzione dei contratti di credito e diritti connessi: il Capo X**

Il Capo X rappresenta uno dei capi più corposi e interessanti della Direttiva 2014/17/UE (in particolar modo l'articolo 28 *Morosità e pagamenti* che sarà il protagonista del quinto capitolo).

Il Capo si apre collocando al primo posto la regolazione, mediante l'articolo 25, dell'eventuale previsione di estinzione anticipata di un contratto di finanziamento da parte del consumatore;

si tratta di un fatto già noto al panorama italiano, dove essa ricalca la facoltà del debitore di chiudere il proprio debito in anticipo rispetto alla naturale scadenza e contemporaneamente la facoltà del consumatore di effettuare un rimborso anticipato del finanziamento, così come previsto dalle disposizioni del credito al consumo<sup>140</sup>.

Ai sensi del primo paragrafo dell'articolo 25 della Direttiva MCD gli Stati membri devono assicurare che il «*consumatore abbia il diritto di adempiere in tutto o in parte agli obblighi che gli derivano da un contratto di credito prima della scadenza di tale contratto*».

Viene ribadita la facoltà del consumatore di sciogliere il *vincolo negoziale* che lo lega al finanziatore, così come il suo diritto di ridurre il costo totale del credito, inibendo la produzione di nuovi interessi debitori e corrispondendo al creditore una somma pari a quanto dovuto per sorte capitale e interessi già maturati, al netto dei costi che sarebbero stati dovuti durante la rimanente durata del contratto.

Ovviamente la facoltà di estinguere il prestito non è riconosciuta per tutta la durata dal contratto, ma il creditore può prevedere sia limiti temporali sia trattamenti diversi a seconda per esempio del tasso debitore o delle condizioni accordate al cliente<sup>141</sup>.

Anche di fronte alla presenza di limiti all'esercizio del diritto, la possibilità di sciogliersi dal contratto in anticipo rappresenta comunque un concreto vantaggio per il consumatore, non solo alla luce di un eventuale risparmio di costi ma anche per la possibile portabilità del mutuo e quindi di una eventuale surrogazione<sup>142</sup>, mentre rappresenta per il creditore un chiaro svantaggio dovuto alla perdita di interessi futuri su cui la valutazione del merito creditizio del cliente si era anche basata.

Proprio lo svantaggio subito dal creditore e quindi il timore che questo potesse penalizzare la pratica di estinzione anticipata con il pagamento di ingenti penali e caricamento di ulteriori spese in capo al cliente ha reso necessaria l'introduzione di apposite disposizioni contenute sempre nell'articolo 25 che, al terzo paragrafo, permettono al creditore di percepire un indennizzo equo e obiettivo per eventuali costi direttamente connessi al rimborso

---

<sup>140</sup> SIRENA (a cura di), *op. cit.*, pag. 450. Nello specifico, la disciplina del mutuo fondiario è regolata dall'articolo 40 del t.u.b., mentre la disciplina del credito al consumo si trova nell'art. 125-*sexies* del t.u.b..

<sup>141</sup> L'articolo 25, paragrafo 2, della Direttiva MCD precisa infatti che «*Gli Stati membri possono provvedere affinché l'esercizio del diritto di cui al paragrafo 1 sia soggetto a determinate condizioni. Tra queste condizioni possono figurare restrizioni temporali sull'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*».

<sup>142</sup> L'istituto della surrogazione è disciplinato dall'art. 120-*quater* del t.u.b.; trattasi di un istituto che comporta il trasferimento del contratto, alle condizioni stipulate tra il cliente e l'intermediario subentrante, con esclusione di penali o altri oneri di qualsiasi natura. Ai sensi del primo comma inoltre, effetto della surrogazione il mutuante surrogato subentra nelle garanzie, personali e reali, accessorie al credito cui la surrogazione si riferisce.

anticipato, senza però poter imporre alcuna sanzione penale al consumatore; un indennizzo con natura non sanzionatoria che però non è a totale descrizione del creditore ma che è comunque limitato, nel senso che non potrà essere superiore alla perdita economica sofferta dal creditore e non può superare un determinato livello fissato dagli Stati membri.

Il paragrafo successivo precisa poi che, in caso di interesse da parte del consumatore nella pratica di estinzione anticipata del proprio mutuo, questi ha diritto ricevere dal creditore tutte le informazioni necessarie riguardanti l'esercizio del diritto, che vanno consegnate senza indugio, dopo la ricezione della richiesta, su supporto cartaceo o altro supporto durevole.

La seconda parte del quarto paragrafo dell'articolo 25 ricorda che le informazioni devono riportare le implicazioni per il consumatore in caso di estinzione anticipata così come le ipotesi in cui la facoltà sarebbe riconosciuta al debitore, ipotesi che devono essere ragionevoli e giustificabili.

Per concludere l'analisi del Capo X (per l'articolo 28 si rimanda al quinto capitolo), si riporta una breve descrizione dell'articolo 27 riguardante le informazioni relative alle modifiche del tasso debitore che, come spiegato precedentemente, rappresenta uno degli elementi più delicati nell'informativa al cliente al debole.

La *ratio* di questa norma si ricalca nel *considerando* n. 67, secondo il quale al consumatore va assicurata una trasparenza sufficiente a chiarire la natura degli impegni contratti e dovrebbe ricevere informazioni sul tasso debitore non solo nella fase precontrattuale ma anche in fase contrattuale; nel caso di modifiche relative al tasso, il cliente ha inoltre diritto a ricevere una tabella di ammortamento aggiornata.

Quindi, ai sensi dell'articolo 27 della direttiva MCD il creditore deve informare il consumatore di «*eventuali modifiche del tasso debitore dandone comunicazione su supporto cartaceo o altro supporto durevole prima che decorrano gli effetti della modifica*».

La disposizione delinea uno statuto dell'informazione a geometria variabile, nel senso che in base alla tipologia e/o causa della modifica del tasso debitore risponderà una diversa modulazione dell'obbligo di trasparenza gravante sul creditore<sup>143</sup>; l'informativa, prosegue il primo paragrafo, «*comprende almeno l'importo dei pagamenti da effettuare dopo che il nuovo tasso debitore sia divenuto applicabile e, se il numero o la frequenza dei pagamenti sono modificati, i relativi dettagli*».

Attraverso l'inserimento dell'avverbio *almeno* è ragionevole pensare che il contenuto minimo della norma in commento potrebbe essere arricchito di ulteriori informazioni relative alle modifiche del tasso.

---

<sup>143</sup> SIRENA (a cura di), *op. cit.*, pag. 474.

Il secondo paragrafo dell'articolo 27 della Direttiva MCD introduce poi una deroga rispetto alla regola definita nel paragrafo precedente, prevedendo la facoltà di prevedere che in sede di stipula del contratto i consumatori possono convenire l'informativa relativa alla modifica del tasso debitore sia resa *periodicamente*, a condizione che la modifica del tasso sia correlata ad una modifica del tasso di riferimento (generalmente un parametro di dominio pubblico), l'informazione sia resa al pubblico con mezzi appropriati e comunque sia disponibile anche nei locali del creditore, ed infine che la modifica sia personalmente comunicata al consumatore insieme all'importo delle nuove rate aggiornate.

#### 4.7.1 L'estinzione anticipata dei mutui nell'esperienza italiana

Come esposto nelle righe precedenti di questo capitolo l'estinzione anticipata di contratti di credito sottoforma di mutui non è una novità per il legislatore italiano e si tratta di una disciplina che nel 2007 è stata oggetto di una importante rivisitazione.

Le basi della disciplina in oggetto si collocano nell'articolo 40 del t.u.b. che ammette la corresponsione da parte del debitore che voglia estinguere anticipatamente il rapporto di una compenso *onnicomprensivo* contrattualmente stabilito, la cosiddetta *penale*, talvolta talmente elevata da scoraggiare il potere di *exit*.

La prima rilevante modifica della disciplina vigente risale al 2007 con l'emanazione del Decreto Bersani-*bis* (articolo 7), dove è stata sancita la nullità di patti dove il mutuatario richiedente l'estinzione anticipata si impegnasse a svolgere una prestazione nei confronti del soggetto mutuante<sup>144</sup>.

Nel campo di applicazione del divieto rientrano i contratti di credito stipulati per l'acquisto o la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione; l'istituto, che è stato pensato per agevolare i processi di surrogazione e nel contempo tutelare il cliente, è stato inserito nell'articolo 120-*ter* t.u.b. proprio dal d.lgs. 141/2010, attuativo della direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo.

Sebbene il confronto fra la disciplina del Decreto Bersani-*bis*, l'articolo 40 t.u.b. e l'articolo 25 della direttiva MCD possa generare confusione nel lettore, ogni dubbio in merito alla disciplina da applicare viene risolto dal fatto che la direttiva MCD è costruita intorno al principio di armonizzazione minima: l'istituto in esame non rientra fra le fattispecie cui viene richiesta l'armonizzazione massima, pertanto è fatta salva la possibilità per gli Stati membri di

---

<sup>144</sup> Secondo il primo comma dell'articolo 7 del decreto Bersani-*bis*: «*E' nullo qualunque patto, anche posteriore alla conclusione del contratto, ivi incluse le clausole penali, con cui si convenga che il mutuatario, che richieda l'estinzione anticipata o parziale di un contratto di mutuo per l'acquisto o per la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche, sia tenuto ad una determinata prestazione a favore del soggetto mutuante*»

mantenere o introdurre disposizioni più rigide rispetto a quelle previste dal legislatore comunitario per tutelare i consumatori.

Alla luce di ciò la disciplina vigente sull'estinzione anticipata continuerà ad essere quella dell'articolo 7 del Decreto Bersani-*bis*, che vieta l'applicazione di qualsiasi spesa o sanzione a carico del consumatore mutuatario in caso di estinzione anticipata del proprio prestito; più precisamente, le disposizioni dell'art. 120-*ter* si applicano ai contratti di mutuo per l'acquisto della prima casa stipulati dal 2 febbraio 2007, mentre la misura massima dell'importo della penale dovuta in caso di estinzione anticipata di mutui per la prima casa stipulati prima del 2 febbraio 2007 è quella indicata dall'Associazione bancaria italiana nell'accordo siglato il 2 maggio 2007.

Per quanto concerne il credito al consumo, ai sensi dell'art. 125-*sexies* t.u.b., in caso di rimborso anticipato del finanziamento il consumatore ha diritto alla riduzione del costo totale del debito pari agli interessi e ai costi dovuti per la vita residua del contratto, ma il finanziatore ha diritto ad un «indennizzo *equo ed oggettivamente giustificato*»<sup>145</sup>.

Quello dell'estinzione anticipata dei mutui immobiliari è uno degli argomenti più ricorrenti sottoposti all'attenzione dell'Arbitro Bancario Finanziario.

Per esempio, tra le decisioni più recenti dell'ABF, la n. 9200 del 16 dicembre 2015, ricorda che il Decreto Bersani stabilisce la nullità di qualsiasi clausola penale a condizione che il mutuo sia stato sottoscritto successivamente al 2 febbraio 2007 e che sia stati richiesti da persone fisiche per l'acquisto/ristrutturazione di un immobile adibito ad abitazione o allo svolgimento dell'attività professionale; nel caso in questione, la banca è stata condannata a restituire parte della penale addebitata al cliente in seguito all'estinzione anticipata del mutuo acceso presso di essa, ad eccezione della parte di penale calcolata sulla percentuale del finanziamento che era stato utilizzato per estinzione un mutuo precedente (cui la banca ha diritto in quando stipulato precedentemente all'entrata in vigore del Decreto Bersani).

Un'altra decisione, questa volta del 16 giugno 2015 n. 4877, ha invece ritenuto che nel caso in questione non potesse trovare applicazione l'art. 120-*ter* t.u.b., dal momento che la finalità indicata per il mutuo concesso era differente a quelle previste dalla disposizione; il caso in oggetto rientra invece a tutti gli effetti nei limiti dell'applicazione dell'art. 120-*quater*, comma terzo, del t.u.b., che prevede l'esclusione di penali in caso di surrogazione del

---

<sup>145</sup> L'art. 125-*sexies* t.u.b. fissa anche le soglie massime per l'equo indennizzo, prevedendo che «L'indennizzo non può superare l'1 per cento dell'importo rimborsato in anticipo, se la vita residua del contratto è superiore a un anno, ovvero lo 0,5 per cento del medesimo importo, se la vita residua del contratto è pari o inferiore a un anno. In ogni caso, l'indennizzo non può superare l'importo degli interessi che il consumatore avrebbe pagato per la vita residua del contratto. [...]».

contratto di mutuo e quindi la gratuità dell'operazione, affermando che la clausola prevedente la penale fosse nulla e la banca è stata condannata al rimborso di quanto incassato.

La decisione n. 7305 del 31 agosto 2016, relativa invece ad un contratto tipico del credito al consumo, ossia quello del finanziamento mediante cessione del quinto dello stipendio, di fronte alla cui estinzione anticipata con conseguente applicazione della penale l'ABF si è interrogata circa l'applicazione dell'art. 125-*sexies* t.u.b; nel caso in questione si rileva che, alla luce della disposizione richiamata, la penale di estinzione non fosse applicabile in quanto l'importo restituito era meno di 10000 euro e la banca è stata condannata alla restituzione.

La tendenza sembra essere quella di proteggere il consumatore/mutuatario di fronte a comportamenti scorretti da parte dell'intermediario, anche in caso di addebito non dovuto della penale di estinzione anticipata; inoltre, sembra pacifico che, sebbene l'art. 25 della Direttiva MCD preveda la possibilità di applicare, da parte delle banche, equi indennizzi per estinzione anticipata, questa disposizione non sia stata recepita dal legislatore italiano alla luce del Decreto Bersani e della clausola di armonizzazione minima.



## CAPITOLO QUINTO: MOROSITA' E PIGNORAMENTI DEL DEBITORE, CONFIGURAZIONE DI UN PATTO MARCIANO

**Sommario:** 5.1 L'art. 28 della Direttiva MCD – 5.2 Il patto marciano nell'art. 120-*quinquiesdecies* del d. lg. n. 72 del 21 aprile 2016 – 5.3 Il patto marciano – 5.3.1 Il patto marciano nelle recenti novità legislative - 5.4 Origine e fondamento del divieto di patto commissorio – 5.4.1 Il patto commissorio autonomo e le alienazioni a scopo di garanzia – 5.5 (*segue*) Le *rationes* dei patti commissorio e marciano

### 5.1 L'art. 28 della Direttiva MCD

L'art. 28 della Direttiva 2014/17/UE (intitolato *Morosità e pagamenti* – nella versione inglese *Arrears and foreclosure*<sup>146</sup>) riguarda la fase patologica del rapporto tra finanziatore e consumatore ed è collocato all'interno del Capo X intitolato *Buona esecuzione dei contratti di credito e diritti connessi* (per un approfondimento si rimanda al capitolo quarto); con questo articolo il legislatore europeo consente agli Stati membri di introdurre disposizioni che incidono sulla responsabilità patrimoniale del debitore-consumatore conseguente ad un eventuale inadempimento di quest'ultimo<sup>147</sup>.

La norma in esame si apre con un richiamo, al primo comma, al principio della buona fede oggettiva, prevedendo 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*»<sup>148</sup> (nella versione inglese: *Member States shall adopt measures to encourage creditors to exercise reasonable forbearance before foreclosure proceedings are initiated*).

La *ratio* di questa previsione sembra essere la tutela del diritto all'abitazione: leggendo la norma si ha la sensazione che il legislatore comunitario voglia proteggere quel consumatore

---

<sup>146</sup> Come rileva LUPOLI, *Le direttive non vanno mai prese alla lettera (breve nota alla Direttiva 17/2014)*, 2016, Rivista di diritto bancario, il titolo dell'art. 28 della versione inglese della Direttiva è *Arrears and foreclosure*: la corretta traduzione letterale per *arrears* è la parola morosità, ma il termine *foreclosure* è indice una vasta categoria di negozi giuridici e pertanto molto complessa, impossibile da tradurre in una sola parola. Questo permette agli Stati membri di poter recepire la Direttiva e applicarla con un amplissimo spazio di manovra.

<sup>147</sup> L'art. 28 della Direttiva MCD si ispira al considerando n. 27 della stessa Direttiva, la cui prima parte dice che: «*Considerate le conseguenze significative di un pignoramento per creditori, consumatori e, potenzialmente, per la stabilità finanziaria, è opportuno che i creditori siano incoraggiati ad affrontare in maniera proattiva il rischio di credito emergente in una fase precoce e che si disponga delle misure necessarie affinché i creditori esercitino un ragionevole grado di tolleranza e compiano ragionevoli sforzi per risolvere la situazione con altri strumenti, prima di dare avvio a procedure di pignoramento. Ove possibile è opportuno trovare soluzioni che tengano conto delle circostanze concrete e dei bisogni ragionevoli del consumatore in termini di spese di sostentamento*».

<sup>148</sup> SIRENA (a cura di), *op. cit.*, pag. 484.

che, per una serie di motivi, probabilmente sanerà il proprio debito in un momento successivo a quello contrattualmente previsto.

Il primo comma lascia comunque irrisolta la questione del rimedio eventualmente applicabile di fronte all'inosservanza della regola di tolleranza da parte del creditore.

L'art. 28 della Direttiva MCD prosegue con il secondo comma, secondo il quale «*Gli Stati membri possono imporre 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*»; segue poi il terzo comma, il quale prevede che «*Gli Stati membri possono consentire ai creditori di imporre oneri aggiuntivi al consumatore in caso di inadempimento. In tal caso, gli Stati membri fissano un limite massimo per tali oneri*» (nella versione inglese, rispettivamente il secondo comma: *Member States may require that, where the creditor is permitted to define and impose charges on the consumer arising from the default, those charges are no greater than is necessary to compensate the creditor for costs it has incurred as a result of the default*; ed il terzo: *Member States may allow creditors to impose additional charges on the consumer in the event of default. In that case Member States shall place a cap on those charges*).

La disposizione contenuta nel secondo comma sembrerebbe autorizzare gli Stati membri ad introdurre una norma escludente la responsabilità del consumatore, consentendo infatti al creditore di recuperare solamente i costi amministrativi derivanti dall'inadempimento e non gli eventuali interessi moratori la cui pattuizione sarebbe, in questo caso, contraria alla norma imperativa<sup>149</sup>.

Il terzo comma introduce invece una previsione che si presenta come alternativa alla precedente e che consente agli Stati membri di introdurre questa volta una norma non tanto di esclusione della responsabilità del debitore ma solamente di limitazione, limitazione da applicare solo al lucro cessante alla luce della compatibilità con il sistema normativo.

In quest'ottica, il terzo comma sembrerebbe ammettere la pattuizione di interessi moratori i quali dovrebbero solamente rispettare il tasso di interesse legale in vigore nel paese di riferimento<sup>150</sup>.

Un esame più attento rivela come la tesi dell'esclusione integrale della responsabilità patrimoniale del debitore sia in realtà poco sostenibile: dalla lettura congiunta dei due commi e andando oltre al loro linguaggio infelice e poco chiaro, si comprende come le due

---

<sup>149</sup> PAGLIANTINI, D'AMICO, PIRAINO, RUMI, *I nuovi marciatori*, 2017, Giappichelli Editore, Torino, pag. 167-168.

<sup>150</sup> *Idem*, pag. 169.

disposizioni si riferiscano in realtà al fenomeno della predeterminazione negoziale degli interessi moratori in misura superiore rispetto ai tassi legali.

L'art. 28 della Direttiva 2014/17/UE prosegue con il quarto comma, secondo il quale: «*Gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito*» (nella versione inglese: *Member States shall not prevent the parties to a credit agreement from expressly agreeing that return or transfer to the creditor of the security or proceeds from the sale of the security is sufficient to repay the credit*).

Questa disposizione rappresenta è stata una delle più discusse dell'intera Direttiva, portando con sé un'importante novità che fino all'entrata in vigore del provvedimento comunitario era completamente estranea al credito immobiliare<sup>151</sup>.

Si rimanda al paragrafo 5.2 per un approfondito esame di questa disposizione nell'ordinamento italiano; per ora si segnala che una delle critiche più pesanti mosse al quarto comma dell'art. 28 della Direttiva MCD è quella di rappresentare una vera e propria deroga al patto commissorio, che in Italia è vietato dall'art. 2744 cod. civ.<sup>152</sup>.

Il comma quarto sembra essere una norma ambigua, ma il senso è comunque univoco, ossia quello di orientare l'interprete nel senso di una liceità del pagamento solutorio quale forma di estinzione alternativa dell'obbligazione inadempita dal debitore; si ritiene che una norma di questa portata (una portata che per alcuni Paesi, tra qui l'Italia, è decisamente innovativa) sia stata dovuta dalla crisi del mercato immobiliare, che l'autore citato in nota definisce come un'emergenza sociale<sup>153</sup>: il deprezzamento degli immobili, nonché l'avvio di procedure esecutive nei confronti dei debitori inadempimenti, ha prodotto l'inevitabile effetto di incrementare le vendite coattive, nelle quali però il realizzo generalmente è inferiore al valore del credito inadempito, con la spiacevole conseguenza di un incremento di azioni esecutive nei confronti del debitore mutuatario per la quota mancante (per approfondimenti si rimanda al paragrafo 3.2). Fenomeno questo avvenuto non solo in Italia ma anche in altri Paesi europei, come la Spagna<sup>154</sup>.

---

<sup>151</sup> Su questo punto la Direttiva non segna un capitolo rivoluzionario con riferimento ad altri settori: per esempio già la direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria aveva introdotto un micro-regime di trasferimento della proprietà del bene oggetto di garanzia reale che autorizzava a tale scopo il beneficiario della garanzia se ciò è oggetto di accordo con il garante – le transazioni interessate sono quelle concluse con banche e istituzioni finanziarie.

<sup>152</sup> DE GIOIA-CARABELLESE P., CHESSA C., *op. cit.*, pag. 1442.

<sup>153</sup> PAGLIANTINI, *op. cit.*, pag. 196.

<sup>154</sup> SIRENA, *op. cit.*, pag. 497: l'autore scrive di come al picco della crisi del 2008 il valore delle case spagnole oggetto di procedure di esecuzione forzata fosse sceso del 72% rispetto al loro valore di mercato.

L'articolo 28 della Direttiva MCD si chiude con il quinto comma, secondo il quale: «*Se il prezzo ottenuto per il bene immobile influisce sull'importo dovuto dal consumatore, gli Stati membri predispongono procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia. Se a seguito di una procedura esecutiva rimane un debito residuo, gli Stati membri assicurano che siano poste in essere misure intese a facilitare il rimborso al fine di proteggere i consumatori*» (nella versione inglese: *Where the price obtained for the immovable property affects the amount owed by the consumer Member States shall have procedures or measures to enable the best efforts price for the foreclosed immovable property to be obtained. Where after foreclosure proceedings outstanding debt remains, Member States shall ensure that measures to facilitate repayment in order to protect consumers are put in place*); ciò che questo comma intende è che attraverso la Direttiva MCD il legislatore comunitario spera di spingere i Paesi membri ad una rivisitazione dei propri procedimenti esecutivi nell'ottica di assicurare che il miglior ricavato possa essere realizzato attraverso la vendita del bene.

In conclusione, la nuova legislazione comunitaria mira ad introdurre un sistema per cui i procedimenti esecutivi dei vari Paesi Membri siano rivisitati nell'ottica di assicurare che, attraverso la vendita del bene, si cerchi di assicurare il miglior ricavato possibile, a salvaguardia del mutuatario/consumatore, non permettendo al creditore a riattaccare il patrimonio del debitore una volta trascorso il periodo di grazia di sei mesi dopo la chiusura della procedura esecutiva<sup>155</sup>.

## **5.2. Il patto marciano nell'art. 120-*quinquiesdecies* del d. lg. n. 72 del 21 aprile 2016**

La Direttiva 2014/17/UE è stata recepita dal legislatore italiano con il d. lg. n. 72 del 21 aprile 2016, a sua volta modificante gli articoli del t.u.b. interessati e introducendo un nuovo capo, il Capo I-bis (*Credito immobiliare ai consumatori*) al Titolo VI (Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti).

L'art. 28 della Direttiva MCD è stato recepito dall'art. 120-*quindiesdecies* intitolato *Inadempimento del consumatore*, articolo che ha suscitato l'interesse di molti interpreti per il suo contenuto (talvolta non chiarissimo) carico di novità normative.

---

<sup>155</sup> DE GIOIA-CARABELLESE P., CHESSA C., *op. cit.*, pag. 1442-1443.

Secondo il primo comma dell'art. 120-*quindiesdecies*: «Fermo restando quanto previsto ai sensi dell'articolo 40, comma 2<sup>156</sup>, il finanziatore adotta procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti. La Banca d'Italia adotta disposizioni di attuazione del presente comma, con particolare riguardo agli obblighi informativi e di correttezza del finanziatore, nonché ai casi di eventuale stato di bisogno o di particolare debolezza del consumatore».

Innanzitutto, emerge qui il principio di tolleranza richiesto dal primo comma dell'art. 28 della Direttiva MCD, in particolar modo nella seconda parte della norma.

La prima parte della disposizione richiama l'art. 40 t.u.b., norma generalmente riservata al rapporto tra mutuatario inadempiente e banca nel credito fondiario; il d. lg. 72/2016 non si preoccupa di coordinare la nuova disciplina con quella del credito fondiario e questa mancanza di coordinamento potrebbe sollevare qualche dubbio proprio con riferimento all'ipotesi di inadempimento del consumatore<sup>157</sup>.

Il rischio di una contemporanea applicazione delle due discipline è comunque scongiurato dal chiarimento secondo il quale, in fase di stipulazione del contratto di mutuo ipotecario tra creditore e consumatore, attraverso una clausola espressa, le parti decidono di ricorrere, in caso di inadempimento, alla risoluzione del mutuo secondo le norme ordinarie (art. 40 t.u.b., comma secondo) o se optare per l'escussione privatistica (art. 120-*quiquiesdecies* t.u.b.), tenendo presente che le due discipline hanno però concetti diversi in tema di inadempimento.

Ai sensi dell'art 40 t.u.b. infatti la banca creditrice ha la facoltà di invocare la risoluzione del contratto di credito di fronte al ritardato pagamento (e con questo termine si vuole indicare il pagamento della rate che sia avvenuto tra il trentesimo ed il centottantesimo giorno dalla scadenza della stessa) che si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive.

La procedura privatistica tra le parti invece sarebbe regolata dall'art. 120-*quindiesdecies*, comma terzo, lettera c), secondo il quale «*costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; non costituiscono inadempimento i*

---

<sup>156</sup> Art. 40 t.u.b., comma 2: «La banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata.

<sup>157</sup> FERRETTI, SANTORO, *Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui*, Rivista di diritto bancario, maggio 2016, pag. 11. Gli autori ricordano che il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili. Ove tali finanziamenti siano concessi a consumatori, essi saranno disciplinati tanto dalla normativa in materia di mutui fondiari, in quanto non derogata dalle norme di recepimento della Direttiva, e da queste ultime. Viceversa, i finanziamenti concessi a consumatori garantiti da ipoteche non di primo grado e quelli non garantiti da ipoteca finalizzati all'acquisto o alla conservazione di un diritto reale su un immobile residenziale saranno soggetti solo alla disciplina di recepimento della Direttiva e non anche a quella dei mutui fondiari».

*ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2».*

L'art. 120-*quindiesdecies* introduce sostanzialmente nell'ordinamento italiano una procedura di escussione della garanzia in caso di inadempimento del consumatore del tutto nuova in campo di credito ipotecario e priva da ogni controllo giudiziario.

La scelta di attivazione di questa procedura o meno non è obbligatoria ma ricade sulla parti in fase di stipulazione del contratto; ovviamente la scelta avrà ripercussioni differenti anche in materia di disciplina da applicare, ed una ovviamente esclude l'altra.

Il secondo comma ripercorre sostanzialmente quanto già previsto dai commi secondo e terzo dell'art. 28: *«Il finanziatore non può imporre al consumatore oneri, derivanti dall'inadempimento, superiori a quelli necessari a compensare i costi sostenuti a causa dell'inadempimento stesso».*

Il terzo comma dell'articolo in esame è sicuramente quello più innovativo ed importante dell'intero Capo I-bis: *«Fermo quanto previsto dall'articolo 2744 del codice civile, le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, 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. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo. La clausola non può essere pattuita in caso di surrogazione nel contratto di credito ai sensi dell'articolo 120-quater»<sup>158</sup>.*

Se la banca ricorre all'applicazione di questa norma, significa che ha rinunciato ad invocare la risoluzione del contratto per inadempimento del debitore ai sensi dell'art. 40 t.u.b., comma secondo, e che ha scelto invece di ricorrere ad un procedimento di escussione della garanzia fra privati, come spiegato nelle righe precedenti.

Questo comma prevede quindi la facoltà per le banche, intermediari finanziari, ecc. di convenire con il cliente, al momento della conclusione del contratto, una clausola espressa che

---

<sup>158</sup> Il termine restituzione sembra riferirsi all'ipotesi in cui il credito fosse stato concesso dalla banca a fronte di un diritto temporaneo sull'immobile; se così fosse, l'inadempimento darebbe luogo alla restituzione del bene al creditore e non al suo trasferimento.

preveda che, in caso di inadempimento del cliente, possa essere preferita una procedura privata di escussione della garanzia a quella ordinaria.

Questa nuova disciplina in tema di contratti di credito immobiliare ai consumatori prevede un modello bifasico che potrebbe essere definito *stop and go*<sup>159</sup>; in caso di inadempimento, inizialmente il legislatore frena, impone al creditore di adottare procedure per gestire i rapporti in modo proattivo e osservando un certo grado di tolleranza.

Nell'eventualità in cui il rapporto diventi irrecuperabile, inizia la fase *go*, consistente nell'utilizzo di strumenti volti ad accelerare l'escussione delle garanzie immobiliari.

Questa è una novità di rilevante importanza per l'Italia che, a differenza di altri paesi europei (Francia e Germania) e non (Stati Uniti), non aveva mai previsto una simile procedura nel settore del credito immobiliare.

La procedura di escussione privata prevede che, accertato l'inadempimento del consumatore per il mancato pagamento di diciotto rate mensili, il creditore abbia la facoltà di essere ripagato del proprio credito mediante o il trasferimento della proprietà del bene immobile oggetto di garanzia reale (nei limiti in cui questo non sfoci in un patto commissorio vietato dalla legge *ex art. 2744 cod. civ.*) o attraverso i proventi di vendita del medesimo bene.

Se il creditore decidesse di attivare la procedura privata, qualora il ricavato dalla vendita o il valore del bene la cui proprietà è stata trasferita sia inferiore al debito residuo, ai sensi del terzo comma dell'art. 120-*quindiesdecies* il debito va comunque considerato come estinto; questo è un altro aspetto che differenzia la procedura ordinaria da quella privatistica: nel primo caso, se il ricavato dell'esecuzione forzata non fosse sufficiente a compensare il debito, il creditore potrebbe esigere il pagamento della parte rimanente decorso il periodo di grazia sei mesi dalla conclusione della procedura esecutiva (periodo di grazia peraltro introdotto dall'art. 120-*quindiesdecies* al sesto comma)<sup>160</sup>; nel secondo caso, invece, il ricorso all'esecuzione privatistica comporta l'estinzione dell'intero debito del consumatore anche se il valore del bene trasferito o venduto sia inferiore all'ammontare del debito.

L'eventuale accordo di escussione privata del bene immobile oggetto di garanzia ipotecaria stipulato dalle parte non può però sfociare in un patto commissorio vietato *ex art. 2744 cod. civ.*, pena la sua nullità.

La soluzione viene fornita dalla norma stessa nella parte in cui prevede che l'eventuale eccedenza di valore del bene o dei proventi della vendita rispetto al debito residuo vada

---

<sup>159</sup> CIVALE, *La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori*, in *Rivista di diritto bancario*, novembre 2016, pag. 24.

<sup>160</sup> Art. 120-*quindiesdecies* t.u.b., comma sesto: «*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*».

restituita al debitore: questa fattispecie introduce di fatto una sorta di c.d. *patto marciano*, che vanta molte differenze rispetto a quello commissorio (per un approfondimento si rimanda ai paragrafi successivi).

Si può quindi affermare che lo stesso meccanismo di esecuzione *privatistica* configurato dall'art. 120-*quinquiesdecies* del t.u.b. in attuazione della Direttiva MCD sia strutturato come un *patto marciano*, con tutte le caratteristiche che ne seguono come, per esempio, la presenza di un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo che stimi il valore del bene immobile al momento dell'inadempimento<sup>161</sup>.

L'art. 120-*quindiesdecies* prosegue con il quarto comma, che arricchisce di significato il *patto marciano* di cui sopra, prevedendo che: «*Agli effetti del comma 3: a) il finanziatore non può condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola; b) se il contratto di credito contiene la clausola, il consumatore è assistito, a titolo gratuito, da un consulente al fine di valutarne la convenienza; c) costituisce inadempimento il mancato pagamento di un ammontare equivalente a diciotto rate mensili; non costituiscono inadempimento i ritardati pagamenti che consentono la risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 40, comma 2; d) il valore del bene immobile oggetto della garanzia è stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, 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 codice di procedura civile, con una perizia successiva all'inadempimento. Si applica quanto previsto ai sensi dell'articolo 120-*duodecies*».*

In sintesi, il *patto marciano* stipulato fra consumatore e banca deve rispettare determinati requisiti per non dover ricadere nella nullità del *patto commissorio* ex art. 2744 cod. civ.; come si è più volte ribadito, uno di questi requisiti è la previsione secondo la quale al consumatore vada riconosciuta l'eventuale eccedenza di valore del bene, bene che ai sensi dell'art. 120-*quindiesdecies*, quarto comma, lettera *d*) t.u.b. deve essere stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente.

Sempre in ottica di tutela della parte debole del rapporto contrattuale, qualora il *patto marciano* venga preferito dalle parti, allora un consulente deve essere incaricato di prestare consulenza gratuita al debitore al fine di valutarne la convenienza.

E' importante sottolineare che il *patto marciano* così definito va ad innestarsi su di una garanzia reale tradizionale quale l'ipoteca, e non su di una garanzia atipica e questo è uno dei motivi per cui la sua validità è stata generalmente accettata.

---

<sup>161</sup> FERRETTI, SANTORO, *op. cit.*, pag. 12.



Anche di fronte alla scelta di preferire procedure privatistiche non è obbligatorio che alla banca venga trasferita la proprietà del bene oggetto di garanzia, potendo preferire invece la vendita del bene stesso e l'incasso dei proventi; questa alternativa sembra distaccarsi dalla logica del patto marciano, non essendo qui richiesto alcun vincolo di prezzo; il rischio che potrebbe nascere è che, non essendo la banca interessata comunque a realizzare il valore di mercato ma solo a recuperare il debito, questa possa non essere incentivata a valorizzare adeguatamente il bene in sede di vendita, a maggior ragione per il fatto che l'eccedenza debba comunque essere restituita al consumatore<sup>162</sup>; questo rischio viene ridimensionato sempre dal comma terzo nella parte in cui richiede espressamente che il finanziatore si adoperi con diligenza per conseguire il miglior prezzo di realizzo in caso di vendita dell'immobile.

La *ratio* della disposizione sarebbe quella di snellire le procedure esecutive avviate in tribunale in caso di inadempimento del debitore, che in Italia sono lunghe e poco efficienti; essa appare compatibile non solo con la Costituzione ma anche con il codice civile rispetto al divieto del patto commissorio *ex art 2744 cod. civ.*

L'art. 120-*quinquiesdecies* t.u.b. si chiude con il sesto comma, di cui si è già parlato nelle righe di cui sopra, secondo il quale: «*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*».

Per terminare l'analisi dell'art. 120-*quinquiesdecies*, e per spezzare una lancia a favore della procedura privata di escussione della garanzia, si evidenzia che spesso in Italia i procedimenti esecutivi durano anni, si chiudono con un'inevitabile perdita di valore per il bene e tutto ciò provoca una perdita di valore a carico del debitore.

Si potrebbe allora dare una *chance* a questo patto marciano che alcuni interpreti tutt'ora ritengono invalido (si veda il paragrafo 5.3), considerando magari una sorta di correzione rispetto all'inefficiente sistema delle garanzie reali.

### **5.3 Il patto marciano**

Il patto marciano è stato idealizzato dal giurista romano Elio Marciano come schema negoziale con il quale, nonostante il divieto di convenzioni commissorie, si potesse assicurare al creditore la restituzione del finanziamento attraverso il trasferimento di beni appartenenti al

---

<sup>162</sup> D'AMICO, *La resistibile ascesa del patto marciano*, in Europa e diritto privato, 2017, pag. 38-39.

debitore, senza però rivelarsi iniquo nei confronti di quest'ultimo; questo patto si identifica quindi come un accordo lecito con il quale si conviene che, in caso di inadempimento di una obbligazione, il creditore acquisisca la proprietà di un bene del debitore con l'obbligo però di restituirgli l'eventuale eccedenza di valore rispetto all'importo dovuto.

Il codice civile italiano non ammette né proibisce la stipulazione del patto marciano che, proprio grazie al silenzio del legislatore, è stato ritenuto convenzionalmente lecito dalla giurisprudenza e dottrina nonché complementare e correttivo rispetto al patto commissorio, proprio perché idoneo ad attutire il rigore del divieto della *Lex Commissoria*<sup>163</sup>.

Tutt'ora sprovvista di una collocazione normativa certa, la convenzione marciana svolge la funzione di fissare l'equilibrio contrattuale fra le parti intervenendo dall'esterno, rendendo irrilevante l'eventuale coartazione esercitata dal creditore verso il debitore, sfuggendo quindi dalla regolamentazione commissoria nonché dalla sua dichiarata nullità. Pur essendo tutt'ora un negozio innominato dal legislatore italiano, esso sembra produrre effetti giuridici positivi tali da realizzare una qualche utilità sociale di correzione all'inefficiente sistema delle garanzie tipiche.

Per questo motivo il patto marciano realizza una forma di *autotutela convenzionale esecutoria*<sup>164</sup>, evitando al debitore le penalizzazioni materiali e (moralì) correlate al processo esecutivo.

L'ammissibilità del patto marciano viene supportata dai giuristi italiani grazie al richiamo ad alcune disposizioni del codice civile (come gli articoli 1851 – pegno irregolare a garanzia di anticipazione -, l'art. 1982 – riparto -, l'art. 2803 – riscossione del credito dato in pegno - e l'art. 2804 – assegnazione o vendita del credito dato in pegno) che regolano appunto delle ipotesi di realizzazione coattiva del diritto del creditore, e le regolano con modalità tali da assicurare che quest'ultimo possa soddisfarsi solo nei limiti dell'ammontare del credito e non oltre.

Pur essendo ormai riconosciuta la sua legittimità<sup>165</sup>, da sempre il patto marciano ricopre una posizione scomoda per la sua somiglianza al patto commissorio, sebbene da questo si differenzi per alcuni aspetti come, per esempio, la richiesta di una giusta stima del valore del bene oggetto del patto, che deve essere necessariamente eseguita da un terzo<sup>166</sup> e successivamente all'inadempimento<sup>167</sup>; un altro aspetto che li differenzia è la supposizione di

---

<sup>163</sup> DE MENECH, *op. cit.*, pag. 823.

<sup>164</sup> *Idem*, pag. 826.

<sup>165</sup> MARI, *Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-bis tub*, in *Rvista del Notariato*, 2016, pag. 1111.

<sup>166</sup> Per la validità del patto la stima del bene deve essere effettuata da un terzo, designato dalle parti di comune accordo o secondo un criterio precedentemente stabilito.

<sup>167</sup> BIANCA, *Autotutela*, in *Enc. Dir., Agg.*, IV, Milano, 2000, pag. 134. Se la stima avvenisse un momento antecedente all'inadempimento, il patto potrebbe non essere in grado di prevenire una sopravvenuta

un abuso sotteso al patto in caso di convenzione commissoria (un vero e proprio approfittamento da parte del creditore di una situazione di necessità e di debolezza del debitore), astrattamente assente invece in quella marciana; l'idea che il patto commissorio provochi un danno non solo al debitore ma anche agli altri creditori in caso di fallimento per la destinazione già decisa del bene in oggetto.

Questi sono solo alcuni dei *discrimen* per cui generalmente il patto marciano viene considerato diverso da quello commissorio, in quanto la sua struttura appare atipica rispetto a quella dettata dall'art. 2744 cod. civ..

La caratteristica che più allontana le due convenzioni da un rischio di sovrapposizione è l'obbligo del creditore, in caso di convenzione marciana, di riconoscere al debitore l'eventuale differenza in positivo tra il valore dell'immobile e l'importo del debito, ovviamente in caso di inadempimento del debitore con conseguente trasferimento di proprietà del bene oggetto di garanzia al creditore; in questo modo si evitano le sopraffazioni operate dal creditore che invece caratterizzano il patto commissorio.

Un altro punto da considerare è che parte della dottrina ha rilevato che mentre nel patto commissorio l'equivalenza tra importo del debito garantito e valore del bene è solo eventuale, nel patto marciano essa rappresenta un contenuto tipico del patto<sup>168</sup>.

Per quanto concerne la stima del bene oggetto di garanzia, si ritiene che il patto marciano debba essere in sostanza un «*procedimento volto alla stima del bene, entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto affidata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta che a quei parametri farà riferimento*» (art. 1349 cod. civ.).<sup>169</sup>

Il riconoscimento giuridico del patto marciano non è comunque esente da teorie che non ne ammettono la validità, partendo dal presupposto del fondamento del divieto di cui all'art. 2744 cod. civ.<sup>170</sup>.

Una prima tesi ne individua l'invalidità nel fatto che si tratterebbe di un negozio di garanzia attributivo della proprietà e pertanto invalido, al punto che nemmeno l'equità dei valori potesse sanare la fattispecie; una seconda tesi si fonda invece sulla *par condicio creditorum*,

---

sproporzione tra credito garantito e bene alienato in garanzia, vanificando così la propria funzione di convenzione marciana.

<sup>168</sup> GIGLIO, *op. cit.*, pag. 213.

<sup>169</sup> CAMPOLATTARO, *op. cit.*, pag. 591. L'autore sostiene che il rinvio all'art. 1349 cod. civ. regolante la pratica dell'arbitraggio possa essere utile ai fini del patto marciano, prevedendo appunto l'assegnazione ad un terzo il compito di determinare in base alle sue conoscenze tecniche un elemento importante del contratto quale il valore del bene. Per quanto concerne la tempistica della stima, l'autore ricorda che il legislatore sembra aver preso posizione per la perizia, stabilendo quindi che il momento della sua redazione sia quello successivo all'inadempimento.

<sup>170</sup> GIGLIO, *op. cit.*, pag. 214.

nel senso che il patto marciano vincolerebbe il bene al soddisfacimento di un solo creditore a discapito degli altri creditori; una terza teoria si baserebbe invece sulla libertà morale del debitore nonché sulla presunzione assoluta di *debitoris suffocatio*.

### 5.3.1 Il patto marciano nelle recenti novità legislative

Il patto marciano è stato oggetto in tempi recenti di novità legislative di un certo rilievo, quali la legge n. 44 del 2 aprile 2015 in materia di prestito vitalizio ipotecario, l'attuazione della Direttiva Mutui 2014/17/UE recepita con il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, che ha introdotto nel t.u.b. il nuovo art. 120-*quinquiesdecies* ed infine, il c.d. *decreto salva-banche* (d.l. 3 maggio 2016, n. 59, conv. con l. 30 giugno 2016, n. 119), che all'art. 2 disciplina il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato, introducendo nel t.u.b. l'art. 48-*bis*.

La prima novità citata riguarda il prestito vitalizio ipotecario, introdotto nell'ordinamento italiano dal d.l. n. 203 del 30 settembre 2005 e oggetto poi di una rivisitazione della disciplina con la legge n. 44 del 2 aprile 2015.

Si tratta di un mutuo ipotecario a medio-lungo termine che viene concesso a soggetti che abbiano compiuto i 60 anni di età il cui importo viene calcolato in base all'età del consumatore e al valore di mercato dell'immobile residenziale dato in garanzia.

La particolarità del contratto consiste nella sua restituzione, che, insieme agli interessi capitalizzati, avviene al decesso del mutuatario ed è carico degli eredi, a meno che il finanziamento non venga estinto direttamente del debitore prima del decesso.

Nel caso in cui la controparte si riveli inadempiente, si dovrebbe applicare l'art. 40, comma secondo, del t.u.b., in base al quale l'inadempimento si produce di fronte al mancato pagamento di sette rate anche non consecutive, e la banca può chiedere la risoluzione del contratto; la nuova legge prevede però una deroga alle ordinarie regole civilistiche in materia di esecuzione forzata, in forza della quale la banca ha diritto a vendere l'immobile soddisfacendosi poi sul ricavato.

Se il ricavato non fosse sufficiente a sanare il debito, gli eredi non possono essere chiamati a pagare la differenza (clausola del *no negative equity guarantee*), ma nell'eventualità invece in cui la somma fosse eccedente all'ammontare del debito, l'eccedenza andrebbe restituita agli eredi.

La struttura negoziale del prestito vitalizio ipotecario non coincide formalmente con quella del patto marciano, dal momento che non contiene una vendita sospensivamente

condizionata<sup>171</sup>; inoltre, a differenza del patto marciano previsto dal d.l. 72 del 2016, in questo caso il potere concesso al creditore non deriva da una clausola che le parti inseriscono nel contratto ma scaturisce dalla conclusione del contratto stesso.

Tuttavia, al pari del patto marciano vero e proprio, anche in questo caso la somma ricavata dalla vendita del bene efficacia liberatoria<sup>172</sup>, è richiesta la stima del perito indipendente ed è prevista la restituzione dell'eccedenza.

Il patto marciano ha trovato evidenza anche nel Decreto Salva-banche d.l. 3 maggio 2016, n. 59 e convertito in l. 30 giugno 2016, n. 119, più precisamente nell'art. 2 che disciplina il finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di un bene immobile sospensivamente condizionato all'art. 48-*bis* del t.u.b..

Il primo comma dell'art. 48-*bis* t.u.b. prevede infatti che il contratto di finanziamento concluso tra imprenditore e banca possa essere garantito dal trasferimento di un diritto reale dell'imprenditore stesso o di un terzo, un trasferimento che però è sospensivamente condizionato all'inadempimento del debitore.

Il contratto di cessione del bene diviene efficace in caso di inadempimento del debitore e purché il trasferimento della proprietà del bene dato in garanzia si realizzi ad un prezzo equo; anche in questo caso è prevista la stima deve essere effettuata da un perito imparziale ed è prevista la restituzione dell'eccedenza.

Si sottolinea che l'art. 48-*bis* riguarda esclusivamente il patto marciano fra banche e imprese, un marciano che assomiglia a quello della Direttiva MCD per il trasferimento sospensivamente condizionato.

La recente ricercata regolamentazione del patto marciano sembra avere due conseguenze: la prima è di consacrare definitivamente la liceità a certe condizioni delle alienazioni in garanzia, mentre la seconda di tipizzarne alcune fattispecie<sup>173</sup>.

#### **5.4. Origine e fondamento del divieto di patto commissorio**

Il patto commissorio consisteva originariamente nella clausola accessoria, applicabile a qualunque contratto bilaterale, secondo la quale qualora una delle due parti del contratto non avesse adempiuto la propria obbligazione, l'altra parte si sarebbe potuta ritenere disobbligata ad adempiere la propria e il contratto si sarebbe ritenuto risolto senza bisogno di alcuna

---

<sup>171</sup> CAMPOLATTARO, *op. cit.*

<sup>172</sup> D'AMICO, *op. cit.*, pag. 7

<sup>173</sup> D'AMICO, *op. cit.*, pag. 7.

richiesta, potendo la parte esercitare il diritto alla restituzione di quanto eventualmente già dato; questo tipo di patto operava *ex tunc*, quindi in modo retroattivo<sup>174</sup>.

Il patto commissorio così descritto nasceva durante l'Impero Romano sotto il nome di *Lex Commissoria*<sup>175</sup> e, se correttamente stipulato, poteva essere inserito in qualunque tipologia di contratto bilaterale fino a quando l'imperatore Costantino, nell'anno 324 d.C., ne abolì l'utilizzo nel contratto di *pignus* per garantire ai debitori una maggior tutela di fronte ad operazioni usurarie o comunque sproporzionate, all'effetto che in caso di inadempimento dell'obbligazione per il quale il pegno era stato dato, la cosa pignorata non potesse rimanere al creditore.

Nel diritto canonico il riconoscimento del divieto del patto commissorio risaliva ad una bolla decretale di Innocenzo III del 1198 d.C. dove il patto veniva espressamente catalogato come *improbaturum* (quindi disapprovato).

Per quanto concerne il diritto intermedio, probabilmente sotto la spinta dell'ideologia cristiana, la proibizione del patto commissorio è stata favorevolmente accolta in alcuni paesi europei come la Germania<sup>176</sup> e la Francia<sup>177</sup>.

Il Codice Civile italiano del 1865 riprendeva sostanzialmente i principi del Codice francese ribadendo non solo il divieto di patto commissorio per l'anticresi (art. 1894<sup>178</sup>) ed il pegno (art. 1884, secondo comma<sup>179</sup>) ma anche il silenzio di fronte all'ipoteca, lasciando alla dottrina e giurisprudenza il problema dell'eventuale estensione del divieto al contratto così garantito; ispirandosi questa volta alla *Lex Commissoria*, il codice italiano regolava invece il concetto di patto commissorio *tacito*<sup>180</sup>, ossia la clausola in virtù della quale, in un contratto bilaterale e sinallagmatico, nel caso in cui una delle due parti si rivelasse inadempiente, l'altra

---

<sup>174</sup> PIOLA, voce *Patto Commissorio*, in Dig. it., volume XVIII, Torino, 1909, pag. 1029.

<sup>175</sup> Secondo BIANCA, *Patto Commissorio*, in Novissimo dig. it, XIII, UTET, 1965, pag. 711-714, nel testo del Codice giustiniano la *Lex Commissoria* si riferiva al contratto di pegno (*pignus*) ed era quindi distinta da quella prevista per la compravendita; il pegno ai tempi dei romani poteva essere rappresentato sia dalla garanzia con consegna della cosa al creditore sia alla garanzia ipotecaria, pertanto il divieto del patto commissorio si applicava sia ai rapporti di garanzia mobiliare che immobiliare.

<sup>176</sup> Nell'originaria versione del BGB il patto commissorio è stato vietato sia nei beni oggetto di pegno che (indirettamente) nell'ipoteca, dove è stata sancita l'inderogabilità della procedura legale di espropriazione forzata, alla luce del fatto che l'ipoteca non potesse assumere un concetto diverso da quello legale.

<sup>177</sup> Il *Code Napoleon* del 1804 vietava espressamente il patto commissorio nel pegno senza citarlo con riguardo all'ipoteca; il silenzio in questo caso è dovuto alla previsione nel codice francese di una inderogabile procedura di espropriazione, ragion per cui il problema della presenza del patto in caso di ipoteca non si poneva neppure.

<sup>178</sup> Codice Civile italiano 1865, art. 1894: «Il creditore non diventa proprietario dell'immobile per la sola mancanza del pagamento nel termine convenuto: qualunque patto contrario è nullo. In mancanza di pagamento può domandare coi mezzi legali la espropriazione del suo debitore».

<sup>179</sup> Codice Civile italiano 1865, art. 1884: «Il creditore non può disporre del pegno pel non effettuato pagamento: ha però il diritto di far ordinare giudizialmente che il pegno rimanga presso di lui in pagamento e fino alla concorrenza del debito secondo la stima da farsi per mezzo di periti, oppure che sia venduto all'incanto».

<sup>180</sup> PIOLA, *op. cit.*, pag. 1030.

non avrebbe più l'obbligo di adempiere alla propria obbligazione e potrebbe anche domandare la restituzione di quanto già dato.

Il silenzio del legislatore italiano con riferimento al patto commissorio *ipotecario* ha suscitato non pochi problemi alla giurisprudenza italiana del primo Novecento la quale, sulla base di un orientamento ormai consolidato, riconosceva l'estensione del divieto del patto ai contratti garantiti da ipoteca sulla scorta del fatto che il silenzio del Codice civile non potesse giustificare la liceità<sup>181</sup>.

Non si trattava però di una tesi universalmente accolta dal momento che la dottrina abbracciava l'orientamento opposto e anche la Cassazione si mostrava altalenante da una scuola di pensiero all'altra<sup>182</sup>.

Il Codice civile del 1942 sancisce definitivamente il divieto del patto commissorio nell'art. 2744, secondo il quale «È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno»<sup>183</sup>; emerge la volontà del legislatore di considerare nullo il patto commissorio sia *ex intervallo* (quindi stipulato successivamente rispetto alla costituzione della garanzia) sia *in continenti* (quindi stipulato in concomitanza della costituzione della garanzia).

Nella formula legislativa del cod. civ. il patto viene presentato come *negozio di alienazione*<sup>184</sup> della proprietà del bene oggetto di garanzia, negozio condizionato ovviamente all'inadempimento dell'obbligazione entro il termine prestabilito e, nell'eventualità in cui fosse considerato valido, sarebbe idoneo ad assicurare al creditore l'acquisto della proprietà quali che siano i successivi atti dispositivi del debitore o le pretese di altri creditori concorrenti.

E' proprio questa sua natura a destare i sospetti del legislatore: a differenza del diritto romano, nel nostro diritto il patto commissorio non viene presentato come clausola accessoria, ma viene comunque presentato come convenzione annessa alle garanzie reali tipiche (pegno, ipoteca, anticresi), anche se di fatto il patto, nell'esperienza giurisprudenziale, ha assunto una

---

<sup>181</sup> BIANCA, *op. cit.*, pag. 714.

<sup>182</sup> Secondo BIANCA, *ibidem*, con la sentenza delle Sezioni Unite del 28 luglio 1923 la Cassazione riconosceva la validità del patto commissorio in caso di ipoteca in quanto non espressamente vietato dalle legge, per poi cambiare idea con la sentenza Cass. Civ. n. 259 del 16 aprile 1945 e per poi ritornare, nel 1947 (Cass. Sez. Un., 1 luglio 1947, n. 1037) al primo orientamento e quindi riconoscere la validità del patto.

<sup>183</sup> La norma è ripetuta con analogo dettato per l'anticresi nell'art. 1963, cod. civ.

<sup>184</sup> BIANCA, *ibidem*.

realtà ed una struttura autonome rispetto alle garanzie tipiche alle quali si accompagna solo in ipotesi marginali<sup>185</sup>, privilegiando forme di patto autonomo (si veda il paragrafo successivo).

Per quanto concerne la lettura dell'art. 2744 cod. civ., si segnala che un punto di svolta si ebbe negli anni Ottanta con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 3800 del 3 giugno 1983, sentenza conosciuta per il cambio di orientamento della Corte che per la prima volta accoglieva il pensiero della dottrina maggioritaria e stabiliva che anche «*la vendita risolutivamente condizionata sarebbe nulla per violazione del divieto di patto commissorio*»; secondo la Corte infatti «*il trasferimento, ancorché immediato, della proprietà al mutuante con la funzione primaria di costituire una garanzia reale e il contestuale versamento di una somma al mutuatario con l'obbligo di restituire entro un certo termine, in forza di un titolo ben diverso da quello che giustificerebbe il pagamento di un prezzo di vendita, pongono in luce l'effettiva causa del contratto che è nettamente divergente, anche in questo caso, da quella tipica della compravendita vera e propria; ed è una causa illecita in quanto volta a eludere il divieto del patto commissorio attraverso il ricorso ad un procedimento simulatorio*»<sup>186</sup>.

Questa sentenza ha permesso una lettura funzionalistica e sostanzialistica della norma vietante la convenzione commissoria, una lettura che ha reso la *ratio* dell'art. 2744 cod. civ. ancora più sofisticata dal momento che ha puntualizzato che tanto le alienazioni sospensivamente condizionate quanto quelle risolutivamente condizionate risultassero idonee a violare il patto<sup>187</sup>.

La sentenza del 1983 è stata poi avvalorata, con alcune correzioni, dalla successiva pronuncia delle Sezioni Unite (n. 1611 del 3 aprile 1989) la quale ha fatto leva sulla *ratio* del divieto per ampliare il suo ambito operativo, posto che il pericolo di una coazione morale per il debitore sussistesse a prescindere dal momento temporale in cui si realizzasse il trasferimento.

Grazie a queste due sentenze l'art. 2744 cod. civ. è diventato un principio generale dell'ordinamento italiano, in particolar modo in materia di garanzie del credito, dove si mira a reprimere il raggiungimento di un dato risultato a prescindere dallo schema contrattuale e formale cui le parti si avvalgono.

---

<sup>185</sup> Il pegno e l'ipoteca esprimono la funzione di garanzia negli specifici diritti di prelazione e di seguito in capo al creditore, riconoscendo una posizione privilegiata rispetto ad altri creditori concorrenti e nell'opponibilità a terzi; un eventuale patto commissorio permetterebbe al creditore titolare di far valere il suo titolo di acquisto della proprietà del bene andando a svilire la funzione delle garanzie tipiche.

<sup>186</sup> Cass. Sez. Unite. n. 3800 del 3 giugno 1983.

<sup>187</sup> Prima della sentenza la giurisprudenza considerava nulli solo quelli i patti sospensivamente condizionati; da quella pronuncia in poi ha considerato nulli anche quelli risolutivamente condizionati, in cui l'effetto traslativo si produce al momento della conclusione del patto e non al momento dell'inadempimento (al prodursi del quale l'acquisto semplicemente si consolida, o si risolve in caso di adempimento del debitore).



#### 5.4.1. Il patto commissorio autonomo e le alienazioni a scopo di garanzia

L'articolo 2744 del codice civile si riferisce esclusivamente al patto commissorio *accessorio*, ossia all'accordo tra debitore e creditore avente ad oggetto un bene già gravato da una garanzia reale come pegno o ipoteca.

Non si dimentichi però l'esistenza del patto commissorio c.d. *autonomo*, che non si appoggia a forme di garanzia tipiche (quali ipoteca, pegno, ecc.) bensì atipiche; si tratta di un patto che nasce contestualmente ad un rapporto obbligatorio fra le due parti e che è necessariamente subordinato alle sorti dell'obbligazione, nel senso che qualcosa si verificasse l'inadempimento l'acquisto si perfezionerebbe, in caso contrario no.

Giurisprudenza e dottrina difficilmente ammettono la validità di tale negozio, in particolare la prima, che si è costantemente espressa per la sua nullità per il fatto che realizzerebbe la medesima funzione giuridica ed economica del patto commissorio ordinario. Questo dimostra che le ragioni del patto commissorio sono ormai di carattere generale e ugualmente sussistenti in entrambi i casi, potendo gli stessi effetti riscontrarsi sia in quello accessorio che in quello autonomo; si ricorda infatti che nella formula legislativa il patto commissorio viene strutturato come figura indipendente dal momento che non realizza il contenuto dei negozi di garanzia e non si avvale dei loro effetti.

Anche in tempi recenti la giurisprudenza più volte ha riconosciuto la possibilità della sua estensione ad ulteriori negozi giuridici rispetto a quelli previsti dal codice civile riconoscendo quindi l'esistenza di un patto commissorio autonomo; per esempio, nel 2007 la Corte di Cassazione ha ribadito che «*il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c. si estende a qualsiasi negozio, ancorché lecito, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto della illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, accettando preventivamente il trasferimento di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito*»<sup>188</sup>.

Della stessa idea erano anche le seguenti sentenze della Corte di Cassazione n. 437 del 2009<sup>189</sup> e n. 5470 del 2011<sup>190</sup> dove, in particolar modo nella seconda, emerge anche la

---

<sup>188</sup> Cass Civ. Sez II, n. 13621 dell'11/06/07. Nella medesima sentenza si ricorda che è nulla, per violazione del divieto del patto commissorio, la convenzione mediante la quale le parti abbiano inteso costituire, con un determinato bene, una garanzia reale in funzione di un mutuo, istituendo un nesso teleologico o strumentale tra la vendita del bene e il mutuo, in vista del perseguimento di un risultato finale consistente nel trasferimento della proprietà del bene al creditore acquirente in caso di mancato adempimento dell'obbligazione di restituzione da parte del debitore-venditore.

<sup>189</sup> Cass. Civ. n. 437 del 12/01/09. Secondo la sentenza «*il divieto di patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c. ed espressamente previsto, quanto al contratto di anticresi, dall'art. 1963 c.c., si estende a qualsiasi negozio, ancorché astrattamente di per sé lecito, che venga impiegato per conseguire il risultato concreto, vietato dall'ordinamento di assoggettare il debitore all'illecita coercizione del creditore, sottostando alla*

problematica dell'irrevocabilità della vicenda traslativa e dell'impossibilità, per il debitore, di evitare la perdita della proprietà del bene costituito in garanzia (lo stesso vale per la sentenza della Corte di Cassazione Civile n. 22314 del 30/09/13).

Un'altra sentenza della Corte di Cassazione (n. 8957 del 17 aprile 2014), oltre ad aver ribadito che il divieto di patto commissorio si estendesse a qualsiasi negozio impiegato per conseguire il risultato concreto dell'illecita coercizione del debitore a sottostare alla volontà del creditore, (accettando preventivamente il trasferimento della proprietà di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito) ha anche precisato che, ai fini del divieto del patto, deve emergere un profilo funzionale dell'operazione collegato non all'operazione di scambio ma di garanzia. La sentenza ricorda anche che un simile patto risulta essere anche elusivo dell'art. 1344 cod. civ.<sup>191</sup>.

Si nota che la giurisprudenza è colma di sentenze riguardanti il patto commissorio ed il suo rapporto con i vari negozi giuridici; si ritiene che il filo conduttore che comunque accomuna tutte queste sentenze sia rappresentato da più punti, quali l'irragionevolezza di disporre di un simile accordo in funzione di garanzia, nonché il fatto che la presunzione di coercizione del debitore alienante in via commissoria sia assoluta<sup>192</sup>.

L'autore appena citato è anche del pensiero che una buona alternativa ad un patto così discriminatorio per la parte debole del rapporto contrattuale sia invece la convenzione marciata, libera da ogni presunzione di illiceità ma comunque qualificata come una *debitoris suffocatio* (e quindi guardata con sospetto dai giuristi) per l'elementare ragione che il debitore, una volta persa la proprietà del bene a copertura del debito inadempito, non possa in nessun modo riacquistare la cosa, nemmeno pagando al creditore una somma a titolo di corrispettivo comprensivo di interessi e danni per il ritardo.

Il riconoscimento giurisprudenziale dell'esistenza del patto commissorio autonomo inoltre non fa che privilegiare la lettura sostanzialistico-funzionale della norma, nel senso che l'art. 2744 cod. civ. viene interpretato in via definitiva come una norma in forza della quale risulta colpito da nullità non solo il patto in senso stretto ma qualunque convenzione liberamente stipulata fra debitore e creditore che miri al raggiungimento del risultato vietato

---

*volontà del medesimo di conseguire il trasferimento della proprietà di un suo bene come conseguenza della mancata estinzione del debito».*

<sup>190</sup> Cass. Civ. n. 5740 del 10/03/11. Secondo la sentenza «il divieto di patto commissorio si estende a qualsiasi negozio, quale ne sia il contenuto, che venga impiegato per conseguire il risultato non voluto dall'ordinamento, sicché una procura a vendere un immobile, conferita dal mutuatario al mutuante contestualmente alla stipulazione del mutuo, può integrare la fattispecie vietata, qualora si accerti che tra il mutuo e la procura sussista un collegamento funzionale».

<sup>191</sup> Art. 1344 cod. civ.: «Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa».

<sup>192</sup> PAGLIANTINI, *I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir.* 2014/17/UE, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, CEDAM, pag. 182.

dal legislatore, ossia che il trasferimento della proprietà del bene avvenga per perseguire la finalità di garanzia di un credito.

L'adesione alla lettura funzionale della norma implica la concezione del divieto del patto come un principio generale dell'ordinamento a prescindere dal negozio giuridico utilizzato; alla luce di ciò il patto è divenuto oggi «*punto di riferimento privilegiato nella valutazione dell'ammissibilità delle garanzie reali atipiche via via elaborate dell'esperienza negoziale*»<sup>193</sup>.

D'altra parte, questo rende difficile l'individuazione di confini dell'istituto, a maggior ragione se si considera che tra gli schemi negoziali più utilizzati per eludere il dettato normativo dell'art. 2744 cod. civ. si annoverano le c.d. *alienazioni a scopo di garanzia*, caratterizzate dall'accordo tra debitore e creditore secondo il quale il trasferimento della proprietà del bene oggetto del contratto si produrrebbe solo nel caso in cui il debitore fosse inadempiente rispetto alla propria obbligazione.

In questo tipo di accordi lo schema del contratto di vendita viene utilizzato per perseguire un altro scopo, ossia non quello del contratto ma quello di prestare garanzia al contratto stesso.

Fino alla pronuncia della Corte di Cassazione del 1983 (n. 3800) l'orientamento generale fra i giudici era quello di ammettere la validità di queste tipologie di trasferimenti a patto che fossero immediatamente efficaci (mentre nel patto commissorio il trasferimento della proprietà della cosa era condizionato all'inadempimento); dalla sentenza in poi tutte le alienazioni a scopo di garanzia, anche se immediatamente traslative del diritto di proprietà, sono state giudicate nulle per violazione della norma contenuta nell'art. 2744 cod. civ; anche per quanto concerne i patti commissori autonomi vale quindi quanto previsto per quello ordinario, ossia il riferimento al criterio funzionale in luogo a quello strutturale<sup>194</sup>.

Meritevole di accenno è la combinazione contrattuale del *sale and lease-back* (locazione finanziaria di ritorno), catalogabile nell'ambito del leasing finanziario<sup>195</sup>, ossia l'operazione che prevede che un soggetto (utilizzatore) venda ad una società di leasing un bene di sua proprietà (generalmente si tratta di un immobile) e ne mantenga contestualmente la disponibilità materiale alla luce di un contratto di leasing; al termine del contratto,

---

<sup>193</sup> DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in I Contratti, n. 8 – 9, 2015, pag. 824.

<sup>194</sup> Le alienazioni a scopo di garanzia possono essere realizzate infatti attraverso strumenti normativi previsti dal codice civile, come la vendita con patto di riscatto (art. 1500) e la vendita con riserva di proprietà (art. 1523), o attraverso altri negozi considerati leciti ma in questo contesto utilizzati per aggirare la norma del patto commissorio.

<sup>195</sup> In realtà le due fattispecie sono differenti dal punto di vista dei partecipanti: mentre nel leasing finanziario i protagonisti sono tre – concedente, fornitore e utilizzatore -, nel *sale and lease-back* sono solo due, ossia il proprietario del bene e la società che acquista il bene per poi concederlo in godimento,

l'utilizzatore dovrà scegliere se restituire il bene, esercitare l'opzione di acquisto oppure rinnovare il contratto<sup>196</sup>.

Da un punto di vista giuridico, la giurisprudenza talvolta ha accostato questo schema contrattuale a quello delle alienazioni in garanzia ad effetto traslativo immediato, dal momento che è stata individuata una funzione di garanzia nel mantenimento del diritto di proprietà in capo al locatore; inoltre, nel pagamento dei canoni di leasing è stata individuata una mera restituzione rateale della somma mutuata dal concessionario, tale da notare una certa analogia tra questo tipo di operazioni ed il mutuo con garanzia.

Proprio questa analogia avrebbe prodotto l'inevitabile conseguenza di considerare nullo il contratto di *sale and lease-back* per elusione del divieto di patto commissorio.

In realtà, sono state proposte più tesi a favore della validità di un simile contratto, sulla scorta del fatto che numerosi elementi caratterizzanti le alienazioni a scopo di garanzia fossero assenti nelle operazione di *sale and lease-back*; innanzitutto, non si ravvisa un preesistente rapporto di debito e credito fra i partecipanti; la vendita non si presenta come contratto accessorio a scopo di garanzia ma come contratto strumentalmente collegato a quello di leasing; la compravendita è semplice, senza condizioni ne sospensive ne risolutive.

Finalmente nel 1995 la Corte di Cassazione, con sentenza n. 10805 del 16/10/1995 afferma che il contratto di *sale and lease-back* costituisce un negozio socialmente tipico e lecito in astratto, senza integrare un'ipotesi di vendita a scopo di garanzia ma di leasing.

Successivamente, ci sono state altre importanti pronunce della Corte di Cassazione in materia, come la n. 5583 del 9 marzo 2011 e la n. 1625 del 28 gennaio 2015, dove entrambe hanno riconosciuto la validità del contratto di *sale and lease-back*; con la prima sentenza, la Corte ha ribadito che un simile contratto non è in frode al divieto di patto commissorio, mentre con la seconda si è pronunciata in merito alla validità di un contratto di *sale and lease-back* contenente la clausola marciiana<sup>197</sup>.

Alla luce di tutto ciò, si evidenzia come l'operazione di *sale and lease-back* sia caratterizzata da uno schema negoziale tale per cui il trasferimento in proprietà del bene alla società di leasing è presupposto necessario per la concessione del bene in locazione finanziaria; tale

---

<sup>196</sup> Lo scopo di un simile contratto è puramente economico, ossia consentire all'utilizzatore (generalmente un'impresa) di smobilizzare del capitale investito e di ottenere liquidità.

<sup>197</sup> Secondo Cass. Civ. 28/01/15 n. 1625, è necessario che, sin dalla conclusione del contratto di *lease back*, siano previsti meccanismi oggettivi e proceduralizzati che permettano la verifica di congruenza fra valore del bene ed entità del credito. L'essenziale è che risulti dal patto che la parti abbiano anticipatamente previsto che il debitore perderà eventualmente la proprietà del bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, e che il surplus gli sarà restituito.

trasferimento non è preordinato ad uno scopo di garanzia né all'elusione del divieto di cui l'art. 2744 cod. civ.<sup>198</sup>.

### 5.5 (segue) Le *rationes* dei patti commissorio e marciano

Secondo l'opinione più comune il fondamento del divieto di patto commissorio sta nell'esigenza di tutelare il debitore di fronte al potere del creditore, opinione questa risalente già ai tempi di Costantino<sup>199</sup>; il debitore infatti, versando in una posizione di netta inferiorità rispetto al creditore (sia moralmente che di bisogno), potrebbe trovarsi ad accettare senza troppe resistenze un patto discriminatorio nei suoi confronti<sup>200</sup>.

La *ratio* del divieto di patto commissorio però non si esaurisce nell'esigenza di tutela relativa del debitore: accanto ad essa vi è anche una forma di tutela *assoluta*, ossia la tutela dell'interesse sociale a far sì che non si crei un sistema di autotutela convenzionale del credito che sia alternativo all'inderogabile processo esecutivo previsto dalla legge<sup>201</sup>.

Si potrebbe parlare però anche di un interesse sociale, un interesse che non si identifica nelle singole situazioni di abuso ma attinente al pregiudizio sociale di fronte all'abuso di potere da parte del creditore, un interesse che tutela la parte debole di un rapporto obbligatorio affinché il debitore non subisca gli effetti del patto stesso: non si dimentichi infatti che, in determinate condizioni, il debitore bisognoso potrebbe trovarsi nella spiacevole situazione nella quale la necessità di ottenere il finanziamento sia tale da portarlo ad accettare condizioni che altrimenti non avrebbe accettato, tanto che potrebbe incorrere nella perdita del bene ed inoltre a condizioni probabilmente non eque.

Già in passato la Corte di Cassazione aveva precisato che il divieto del patto commissorio non dipendesse dal risultato economico che ne fosse derivato ma in quanto vietato dalla legge, anche nel caso in cui il valore del bene fosse pari a quello del credito erogato<sup>202</sup>.

Un'altra tesi individua la *ratio* del divieto nella garanzia della *par condicio creditorum*, dal momento che il patto realizzerebbe il soddisfacimento preferenziale di un solo creditore al di

---

<sup>198</sup> GIGLIO, *Il divieto di patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in Riv. dir. ec. trasp. amb., 2016, pag. 234.

<sup>199</sup> BIANCA, *op. cit.*, pag. 717.

<sup>200</sup> Trattasi comunque di una tesi non priva di opinioni contrarie e critiche come ricorda DE MENECH, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in I Contratti, n. 8 – 9, 2015 pag. 828; l'autrice rileva infatti che nel nostro ordinamento la tutela del contraente debole viene affidata solitamente a rimedi azionabili dalla parte lesa stessa come l'annullamento e la rescissione per lesione.

<sup>201</sup> MARI, *op. cit.*

<sup>202</sup> Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611.

fuori delle cause legittime di prelazione (il titolare del patto commissorio sarebbe titolare anche di una inammissibile prelazione atipica) a discapito dell'interesse degli altri creditori.

Una parte della dottrina rileva la *ratio* nella tutela di interessi generali, fra i quali in particolare il principio di ordine pubblico che attribuisce esclusivamente allo Stato la realizzazione coattiva dei diritti del creditore mediante procedure di esecuzione forzata; pertanto sarebbero vietate forme di tutela che farebbero venire meno le garanzie processualmente previste a tutela del debitore.

Infine, altre due tesi di provenienza dottrinale ma che non hanno trovato adeguato riscontro sono quelle che ravvisano il fondamento del patto commissorio nel divieto alla creazione di garanzie reali tipiche e nella vicinanza del patto commissorio all'usura, considerando il patto commissorio come un danno per la collettività.

Per quanto riguarda le motivazioni sussistenti alla base del patto marciano, in prima battuta va segnalato che, qualora fosse vero che la reale motivazione della proibizione del patto commissorio fosse l'eguale diritto dei creditori, anche il patto marciano allora dovrebbe essere nullo.

Lo stesso vale per la *ratio*, suggerita da alcuni autori, secondo la quale il divieto del patto commissorio derivasse dal monopolio statale della funzione giurisdizionale; se così fosse, anche in questo caso la nullità dovrebbe essere estesa anche alla convenzione marciana dal momento che essa realizza una sorta di autotutela convenzionale, autorizzando il creditore a far proprio il bene del debitore in caso di inadempimento a giusta stima non del giudice ma di un perito. In questo caso la tutela del singolo avverrebbe in via indiretta mentre il vero oggetto della norma sarebbe l'interesse superiore al mantenimento in capo ai pubblici poteri l'attività esecutiva nei confronti del debitore inadempiente.

Ammettere la validità del patto commissorio, anche alla luce del patto marciano, significherebbe ammettere che la realizzazione coattiva della pretesa creditoria sarebbe rimessa alla volontà dei privati.

Dopo aver analizzato le caratteristiche delle convenzioni commissoria e marciana, appare evidente che all'art. 2744 cod. civ. debba essere attribuita un'efficacia proibitiva ampia, e il dettato normativo debba essere interpretato in maniera estensiva<sup>203</sup>.

Simili patti vanno oltre il solito meccanismo garanzia – inadempimento – esecuzione tipici del pegno e dell'ipoteca, ma disinnescano l'attivazione della procedura esecutiva nel caso di inadempimento.

Da un punto di vista teorico le differenze fra i patti sono ben definite, ma lo stesso non si può dire da un punto di vista pratico: va sempre individuata la reale funzione della

---

<sup>203</sup> GIGLIO, *op. cit.*, pag. 237.

convenzione stipulata, che va poi ricondotta ad una tipologia contrattuale, quale che sia, e questo è ancora più importante se si considera che l'art. 2744 cod. civ. è a tutti gli effetti una norma che esprime un divieto di risultato.

Ai fini della nullità o meno ciò che rileva è il risultato della pattuizione, al di là dell'inquadramento come patto commissorio, commissorio autonomo o marciano; si può allora concludere affermando che, in linea teorica, tutti i patti contrari all'art. 2744 cod. civ. sono illeciti e pertanto nulli a prescindere da come i contraenti hanno costruito i contratti.





## CONCLUSIONI

Il primario scetticismo di fronte alle quarantotto disposizioni che compongono la Direttiva 2014/17/UE lascia spazio ad una valutazione positiva su come, per la prima volta, il consumatore di un mutuo ipotecario venga considerato non come un semplice consumatore ma venga creata una categoria *ad hoc*: ciò è sintomo di come il legislatore comunitario non solo intenda proteggere la parte solitamente più debole del rapporto contrattuale, ma intenda proteggere anche il sistema creditizio nel suo complesso dopo i tristi avvenimenti dell'ultima crisi economica e finanziaria (si pensi per esempio alla nuova disciplina relativa alla valutazione del merito creditizio).

Non sono mancate le critiche negative in merito sia alla Direttiva MCD nel suo complesso che nei confronti di alcune disposizioni prese singolarmente.

Le prime incertezze nascono di fronte agli obblighi informativi che ricadono sull'istituto di credito, dalle informazioni generali a quelle personalizzate, ecc.; l'obiettivo di fornire al consumatore un'adeguata conoscenza sul contratto di credito che sta firmando nonché su ogni voce di costo ad esso connesso è certamente lodevole e fondamentale, ma non bisogna dimenticare che non sempre quantità è sinonimo di qualità, e la consegna al consumatore di una serie di informazioni non comporta la certezza che costui le abbia capite a fondo.

Inoltre, non si dimentichi la riluttanza che consumatori ignari dei rischi che stanno assumendo potrebbero dimostrare nel dover leggere parecchi fogli colmi di informazioni economiche e non, soprattutto se sono legati al creditore da un rapporto storico e di conoscenza che prosegue da anni.

La Direttiva MCD è stata accolta in modo differente dagli Stati membri dell'Unione Europea, e tra i paesi favorevoli si annovera l'Italia; si può affermare che i paesi che si sono mostrati più aperti nei confronti della nuova disciplina sono proprio quelli in cui generalmente era assente una procedura privata di escussione della garanzia ipotecaria, introdotta dall'art. 28 della Direttiva<sup>204</sup>.

Secondo alcuni autori la Direttiva 2014/17/UE avrebbe dovuto e potuto fare qualcosa di più<sup>205</sup>; altri<sup>206</sup> segnalano il rischio provocato dalla mancanza di controllo giudiziario sulla procedura di escussione della garanzia privatistica, alternativa a quella ordinaria, per mezzo del c.d. patto marciano stipulato tra creditore e debitore: il rischio concreto sarebbe appunto

---

<sup>204</sup> DE GIOIA-CARABELLESE P., CHESSA C., *op. cit.*, pag. 1441.

<sup>205</sup> *Ibidem*.

<sup>206</sup> LUPOI, *op. cit.*

quello di osservare fenomeni di *predatory lending*, termine conosciuto per il suo ruolo in prima linea nel crollo dei mutui *subprime* americani<sup>207</sup>.

Ciò che la crisi ha dimostrato, fra i tanti aspetti, è che esiste uno stretto legame tra l'economia reale e la finanza, tanto che eventuali distorsioni nella prima non possono che influenzare la seconda; concedendo mutui non performanti (non *conforming loans*), soprattutto se a soggetti non meritevoli e in mancanza di adeguate garanzie, si rischia realmente di minare la stabilità dell'intero sistema.

Si teme che, proprio a causa della semplificazione della procedura di escussione della garanzia, «la valutazione del merito creditizio (sarebbe) circoscritta al valore dell'immobile e non più alla capacità del debitore di far fronte con regolarità al proprio debito»<sup>208</sup>; una delle caratteristiche tipiche del *predatory lending* sarebbe proprio quella di concedere credito non in base ad una corretta analisi del merito creditizio posta in essere dal creditore ma in base al valore dell'immobile sottostante.

Attraverso l'art. 120-*quindiesdecies*, comma terzo, del t.u.b. l'Italia ha quindi adottato un procedura priva di ogni controllo che si svolge meramente fra privati che, pensandoci, potrebbe non tutelare il consumatore più di quanto avrebbe potuto fare un processo di esecuzione immobiliare.

Il pericolo è che, sicuri di poter contare su di una procedura snella nel recupero dei crediti, i finanziatori concedano prestiti (anche ipotecari) in maniera più leggera di quanto veniva fatto prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2014/17/UE e questo avrebbe il malaugurato effetto di stravolgere tutti i buoni propositi che la nuova procedura appunto si pone.

Gli accorgimenti per non cadere nell'errore della malsana concessione di mutui immobiliari ci sono e vanno applicati al fine di proteggere il consumatore<sup>209</sup>; alcuni di questi sono proposti dalla Direttiva stessa, come la nuova valutazione del merito creditizio richiesta dall'articolo 18, resa severa rispetto a prima.

Tuttavia, è pur vero che in Italia fenomeni tipici degli Stati Uniti (come appunto il *predatory lending*), sono meno diffusi o perlomeno non si registrano con la stessa intensità, probabilmente per l'effetto combinato di più fattori come la maggiore avversione al rischio dei creditori, maggiore propensione al risparmio dei consumatori e del più contenuto ricorso a

---

<sup>207</sup> Generalmente il fenomeno del *predatory lending* è caratterizzato da alti tassi di interessi, oneri e costi vari a carico del debitore, onerose penali per il recesso anticipato, il merito credito del debitore ignorato o non correlato al tipo di mutuo; di fatto il mutuo viene strutturato in modo che, molto probabilmente, il debitore non sarà in grado di ripagarlo se non attraverso rate spropositate.

<sup>208</sup> LUPOI, *op. cit.*, pag. 3.

<sup>209</sup> Sempre secondo LUPOI, *op. cit.*, alcuni di questi accorgimenti sarebbero la consulenza al credito, la cooperazione tra finanziatore e debitore in difficoltà, e una disciplina chiaramente definita per quanto concerne lo svolgersi della procedura privata di trasferimento della proprietà; per ora solo i primi due possono ritenersi soddisfatti.

strumenti di credito al consumo; da sempre l'Italia è conosciuta per essere un paese di piccoli risparmiatori tale per cui fenomeni di *sovra-indebitamento* e cattivo credito potrebbero presentarsi meno sovente che altrove.

D'altro canto, è risaputo che le procedure esecutive ordinarie così come previste dal legislatore italiano sono note per la loro inidoneità strutturale e per la loro inefficienza che spesso genera procedure lunghe anni che si chiudono con una perdita di valore del bene; non solo le procedure ordinarie ma il sistema stesso delle garanzie tipiche presenta lacune e segnali di inefficienza, riscontrabili per esempio nel sempre più difficile accesso al credito per il consumatore e nella progressiva diminuzione della concorrenza fra banche a favore dei grandi gruppi bancari<sup>210</sup>.

Il recepimento della Direttiva MCD ha lanciato un segnale chiaro per quanto concerne il riconoscimento del patto marciano, che per la prima volta è protagonista di una disposizione in materia di credito ipotecario; tuttavia è ancora presto per valutare i risultati concreti di questa decisione.

Manca ancora una norma civilistica che disciplini questo tipo di patto, ma vi sono una serie di disposizioni che lo contemplano, di cui le più recenti quella sul prestito vitalizio ipotecario, nonché quella relativa al finanziamento alle imprese garantito dal trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato; questo ci porta a non avere più dubbi in merito alla sua validità, quantomeno da un punto di vista teorico.

Neanche il difficile rapporto tra la giurisprudenza e le alienazioni in garanzia non ha precluso di considerare ammissibile il patto marciano.

Si può ritenere tuttavia che l'utilizzo di questo negozio giuridico all'interno di normative di settore e non nel diritto privato generale sia sintomo della volontà del legislatore di limitare il suo ricorso solamente a categorie di creditori che, in un certo modo, sono anche responsabili della tutela del debitore stesso<sup>211</sup>; inoltre, il patto marciano potrebbe contribuire a diminuire il sovraccarico dei tribunali italiani in materia di procedure esecutive.

Per ora, si segnala che uno degli effetti concreti dell'introduzione della Direttiva MCD potrebbe essere quello di contribuire alla stabilità del mercato del credito, inducendo le banche a esercitare maggiore cautela in termini di rischio per quanto concerne la concessione di mutui ipotecari, anche grazie alla valutazione del merito creditizio.

Uno degli aspetti più positivi da considerare è che la Direttiva 2014/17/UE ha finalmente colmato una delle lacune più evidenti in materia di credito, ossia la tutela del consumatore di un mutuo ipotecario; a mio avviso, alla luce di tutto ciò che è stato

---

<sup>210</sup> DE MENECH, *op. cit.*, pag. 823.

<sup>211</sup> MARI, *op. cit.*, pag. 1118.

considerato in questo elaborato, la sua tutela avrebbe dovuto essere potenziata già parecchi anni fa, in concomitanza con l'evolversi del credito al consumo.

Attraverso le nuove disposizioni in materia si auspica un minore ricorso ai tribunali per procedure di escussione della garanzia; sarebbe tuttavia necessario, a mio avviso, che le Autorità di settore producano una serie di principi da prendere in considerazione nello svolgimento della procedura esecutiva privatistica, una sorta di linee guida tali da uniformare, per quanto possibile, l'accordo preso fra banca e consumatore, la cui tutela sarebbe in questo modo certamente più perseguibile.

## **BIBLIOGRAFIA**

### **DOTTRINA**

BIANCA C. M. (1965), Voce Patto Commissorio, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, pag. 711 - 721.

BIANCA C. M. (2000), Voce Autotutela, in *Enc. Dir., Aggiornamento*, IV, Milano, pag. 134.

BULGARELLI A. (2016), La fase patologica dei contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali, alla pagina web

<http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/garanzie/la-fase-patologica-dei-contratti-di-credito-ai-consumatori-relativi-beni-immobili-residenziali>

CAMPOLATTARO S. (2017), Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità, in *Rivista del Notariato*, pag. 591

CAPO G. (2014), voce Codice del consumo, *Enciclopedia del diritto*, Annali VII, Giuffrè Editore, pag. 211 - 226

CARRIERO G. (2004), Verso una nuova direttiva sul credito ai consumatori, alla pagina web [http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/nuova\\_direttiva\\_credito\\_consumatori.htm](http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina%202004/nuova_direttiva_credito_consumatori.htm)

CARRIERO G. (2007), *Autonomia privata e disciplina del mercato: il credito al consumo*, G. Giappichelli, seconda edizione

CASSANO G. (2009), *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, CEDAM, prima edizione, Padova, 2009

CIVALE F. (2016), La nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori, in *Rivista di diritto bancario*, novembre 2016, pag. 1 - 28, disponibile alla pagina web [http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/civale\\_f\\_la\\_nuova\\_disciplina\\_del\\_credito\\_immobiliare\\_ai\\_consumatori\\_2016.pdf](http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/civale_f_la_nuova_disciplina_del_credito_immobiliare_ai_consumatori_2016.pdf)

COSTA A. (2011), La nuova disciplina del credito ai consumatori, in *Contratto e impresa/Europa*, pag. 262 - 300

D'AMICO G. (2017), La resistibile ascesa del patto marciano, in *Europa e diritto privato*, pag. 1 - 47.

DALIA C. (2009), Le nozioni di consumatore e il valore della dichiarazione di agire per finalità di consumo, in *Giur. merito*, 2009, pag. 1733 e ss.

DE CRISTOFARO G. (2010), La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario, in *I Contratti*, pag. 1041 - 1059

DE CRISTOFARO G., ZACCARIA A. (2013), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, CEDAM, seconda edizione, collana Breviaria Iuris fondata da Cian G. e Trabucchi A.

DE GIOIA-CARABALLESE P., CHESSA C. (2016), La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a bene immobili residenziali, in *Responsabilità civile e previdenza*, pag. 1422 - 1442.

DE MENECH C. (2015), Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio, in *I Contratti*, n. 8 – 9, pag. 823 - 841

FERRETTI R., SANTORO A. (2016), Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui, *Rivista di diritto bancario*, maggio 2016, pag. 1-17, alla pagina web <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/credito/prime-osservazioni-sul-decreto-legislativo-di-recepimento-della-direttiva-mutui>

GIGLIO D. (2016), Il divieto di patto commissorio ed il problema delle alienazioni in funzione della garanzia, alla luce delle novità introdotte dal d.l. 3 maggio 2016 n. 59, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente* Vol. XIV, pag. 171 – 249.

LAMANNA DI SALVO D. (2013), La tutela del consumatore nell'ordinamento italiano tra strumenti privatistici e pubblicistici, in *Giur. merito*, 2013, pag. 2659 – 2704.

LIGUORI A. (2010), La disciplina del credito al consumo e le novità apportate dal D.Lgs. 141/2010, alla pagina web

<http://www.altalex.com/documents/news/2010/09/09/la-disciplina-del-credito-al-consumo-e-le-novita-apportate-dal-d-lgs-141-2010>

LUPOI A. (2015), Circolazione e contrabbando del rischio nei *subprime loan*, in Rivista di diritto bancario, alla pagina web

<http://www.dirittobancario.it/rivista/finanza/derivati/circolazione-e-contrabbando-del-rischio-nei-subprime-loan>

LUPOI A. (2016), La direttiva 17/2014, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito, in Banca Borsa e Titoli di credito, Giuffrè, pp. 234-250

LUPOI A. (2016), Le direttive non vanno mai prese alla lettera (breve nota alla Direttiva 17/2014), in Rivista di diritto bancario, alla pagina web

<http://www.dirittobancario.it/rivista/credito/ipoteca/le-direttive-non-vanno-prese-alla-lettera-breve-nota-alla-direttiva-172014>

MAGRI S., PICO R. (2014), Il mercato del credito alle famiglie dopo cinque anni di crisi: evidenze dall'indagine sui loro bilanci, Questioni di economia e finanza, n. 241, Banca d'Italia

MARI D. (2016), Il patto marciano: un'analisi critica del nuovo art. 48-*bis* tub, in Rivista del Notariato, pag. 1111

PAGLIANTINI S. (2014), Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/14/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili), in Contratto e impresa/Europa, pag. 523 e ss.

PAGLIANTINI S. (2015), I misteri del patto commissorio, le precomprensioni degli interpreti e il diritto europeo della dir. 2014/17/UE, in Nuove Leggi Civili Commentate, CEDAM, pag. 181 – 2014

PAGLIANTINI S., D'AMICO G., PIRAINO F., RUMI T. (2017), I nuovi marciani, Torino, Giappichelli Editore

PELLECCHIA E. (2016), La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali, in Banca Borsa Titoli di Credito, 2016, pag. 206

PELLEGRINO S. (2011), Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori (d.lg. 13/8/2010, n. 141), in Obbligazioni e contratti, pag. 125-135

PIOLA G. (1909), voce Patto Commissorio, in Dig. it., volume XVIII, Torino, pag. 1029 – 1030.

RUMI T. (2015), Profili privatistici nella nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali, in I contratti, pag. 70-86

SIRENA P. (2015), (a cura di) I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE, I quaderni della fondazione italiana del notariato, Il Sole 24 ore alla pagina web

<http://elibrary.fondazione-notariato.it/pdf/I-2015.pdf>

SPINA G. (2016), La nuova esecuzione. Le procedure esecutive nelle riforme 2015 – 2016, Giulio Spina Editore, seconda edizione, Milano

TRIPODI E. (2005), Consumatore e diritto dei consumatori: le linee di evoluzione e il codice del consumo, alla pagina web

<https://www.altalex.com/documents/news/2005/11/10/consumatore-e-diritto-dei-consumatori-linee-di-evoluzione-e-codice-del-consumo>

TRIPODI E., BELLI C. (2008), Codice del consumo. Commentario del D.Lgs. 206/2005 e successive modifiche e integrazioni, Maggioli Editore, seconda edizione

VIGORITO F. (2015), Il punto sul processo civile, le procedure esecutive dopo le riforme. Analisi e prospettive, in Questione Giustizia, 4/2015, alla pagina web

[http://www.questionegiustizia.it/rivista/2015/4/le-procedure-esecutive-dopo-le-riforme\\_analisi-e-prospettive\\_291.php](http://www.questionegiustizia.it/rivista/2015/4/le-procedure-esecutive-dopo-le-riforme_analisi-e-prospettive_291.php)



## **GIURISPRUDENZA**

- **CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA**

CORTE GIUSTIZIA UE, SEZ. III, DEL 22/11/2001 N. 541, Giust. civ. 2002, I, 3

- **CORTE COSTITUZIONALE**

CORTE COST. DEL 22/11/2002 N. 469, Giust. civ. 2003, I, 290

- **CASSAZIONE**

CASS. SEZ. UN. DEL 28/07/1923, Riv. Dir. Comm., 1924, II, 233

CASS. CIV. SEZ. III DEL 16/04/1945 N. 259, Giur. Cass. Civ. 1945, I, 156

CASS. SEZ. UN. DEL 01/07/1947 N. 1037, Giur. It., 1947, 710

CASS. SEZ. UN. DEL 03/06/1983 N. 3800, Fallimento 1985, 157

CASS. SEZ. UN. DEL 03/04/1989 N. 1611, Riv. it. leasing 1990, 118

CASS. CIV. SEZ III DEL 16/10/1995, N. 10805, Giur. comm. 1997, II, 656

CASS. CIV. SEZ I DEL 11/01/2001, N. 317, Giur. it. 2002, 783

CASS. CIV. SEZ III DEL 19/05/2003, N. 7773, Giur. civ. Mass. 2003, 5

CASS. CIV. SEZ. II DEL 16/09/2004 N. 18655, Giust. civ. Mass. 2004, 9

CASS. CIV. SEZ. III DEL 06/10/2004 N. 19950, Giust. civ. 2005, 6, I, 1528

CASS. CIV. SEZ. III DEL 15/03/2005 N. 5635, Giust. civ. Mass. 2005, 4

CASS. CIV. SEZ. II DEL 11/06/2007 N. 13621, Giust. civ. 2007, 12, I, 2716

CASS. CIV. SEZ. III DEL 03/12/2007 N. 25180, Giust. civ. 2008, 10, I, 2187

CASS. CIV. SEZ II DEL 12/01/2009 N. 437, Giust. civ. Mass. 2009, 1, 39

CASS. CIV. SEZ III DEL 16/02/2010 N. 3589, I contratti, 2010, 500

CASS. CIV. SEZ. TRIB. DEL 09/03/2011 N. 5583, Riv. notariato 2011, 3, 623

CASS. CIV. SEZ II DEL 10/03/2011 N. 5740, Foro it. 2012, 4, I, 1172

CASS. CIV. SEZ. II DEL 30/09/2013 N. 22314, Rivista del Notariato, 2013, 6, 1394

CASS. CIV. SEZ. I DEL 27/12/2013 N. 28662, Diritto & Giustizia, 2014, 8 gennaio

CASS. CIV. DEL 17/04/2014 N. 8957, Diritto & Giustizia 2014, 18 aprile

CASS. CIV. SEZ I DEL 28/01/2015 N. 1625, Rivista del Notariato 2015, 1, 182

CASS. CIV. SEZ I DEL 09/02/2015 N. 2409, Diritto & Giustizia 2015, 10 febbraio

## **PRASSI**

BANCA D'ITALIA (2016), Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari

BANCA D'ITALIA (2016), Disciplina di attuazione del Capo I-BIS, Titolo VI, del testo unico bancario in materia di credito immobiliare ai consumatori – modifiche

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, COM(2005) 327 def. del 19 luglio 2005 (Libro Verde)

COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE, COM(2007) 807 def. del 18 dicembre 2007 (Libro Bianco)

COMMISSIONE EUROPEA, SEC(2011) 355 def. del 31 marzo 2011

COMMISSIONE EUROPEA, COM(2011) 142 del 31 marzo 2011

BANCA CENTRALE EUROPEA, CON(2011) 58 del 5 luglio 2011

CONSIGLIO DELL'UNIONE EUROPEA, DOC(2013) 12905 del 12 settembre 2013

Decisione dell'ABF N. 9200 del 16 dicembre 2015

Decisione dell'ABF N. 4877 del 16 giugno 2015

Decisione dell'ABF N. 1233 del 11 febbraio 2016

Decisione dell'ABF N. 6556 del 19 luglio 2016

Decisione dell'ABF N. 7305 del 31 agosto 2016

Decisione dell'ABF N. 4406 del 12 maggio 2016

EUROPEAN BANKING AUTHORITY (2013), Opinion of the European Banking Authority on Good Practices for Responsible Mortgage Lending

EUROPEAN BANKING AUTHORITY (2013), Opinion of the European Banking Authority on Good Practices for the Treatment of Borrowers in Mortgage Payment Difficulties

FINANCIAL STABILITY BOARD (2012), FSB Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices

SENATO DELLA REPUBBLICA (2016), Attuazione della Direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali



## RINGRAZIAMENTI

*Ad Alessandro, per essere sempre pronto a sostenermi, per la pazienza, per essere un compagno premuroso e gentile, per la forza che mi trasmetti, per essere la mia roccia.*

*A mia madre Lorena, per avermi supportato come nessuno ha fatto mai, per aver creduto sempre in me, per non avermi mai lasciata sola.*

*A mio padre Marco, per essere un esempio da seguire sia nella vita che nel lavoro, per avermi permesso di arrivare dove sono ora.*

*A mia sorella Silvia, per essere sempre stata più matura di me, per avermi sgridata (credimi mi ha fatto bene), per non aver mollato mai anche quando credevi che l'avresti fatto.*

*A mia sorella Sofia, per essere come me, nei pregi e nei difetti, per aver ascoltato ogni mia lamentela anche quando non avresti voluto.*

*A tutte le persone che mi sono vicine e che quotidianamente mi sostengono in tutte le mie decisioni, in particolare Giulia, Melissa, Veronica, Valeria, Elena: vi voglio tanto bene.*

*A mia zia Rosaria, per essere una seconda mamma per me, per essere sempre stata presente.*

*Ai miei nonni, Angelo, Luisa, Maria Rosa.*

*Al Prof. Lupoi, per avermi dato questa possibilità e per la comprensione.*

*A tutte le persone con cui ho condiviso anche solo un pezzetto di questa esperienza.*