



## UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Corso di dottorato in Soggetti, Istituzioni e diritti nell'esperienza interna e transazionale.

Dipartimento di Giurisprudenza

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/01

### GLI OBBLIGHI DI COMPORTAMENTO DEGLI OPERATORI FINANZIARI NEI CONTRATTI DI CREDITO AI CONSUMATORI RELATIVI A BENI IMMOBILI RESIDENZIALI

IL DOTTORE  
**ANTONIO LINDINER**

IL COORDINATORE  
**CH.MO PROFESSORE ANTONELLO TANCREDI**

IL TUTOR  
**CH.MA PROFESSORESSA MARIA CARMELA VENUTI**

CICLO: XXIX  
ANNO CONSEGUIMENTO TITOLO 2017

# INDICE

Introduzione.....	pag. V-X
-------------------	----------

## CAPITOLO I

La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano ed in quello tedesco.

1. Il percorso che ha portato all'emanazione della direttiva relativa al credito immobiliare ai consumatori.....	pag. 1
2. La direttiva 2014/17/UE: profili generali.....	pag. 8
2.1 Il carattere binario della regolamentazione europea del credito immobiliare.....	pag. 13
2.2 Contenuto ed ambito di applicazione oggettivo.....	pag. 16
2.3 L'ambito di applicazione soggettivo: il consumatore.....	pag. 22
2.3.1 Segue:...il creditore.....	pag. 23
2.3.2 Segue:...l'intermediario del credito.....	pag. 28
2.3.3 Segue:...il rappresentante designato.....	pag. 36
2.4 L'educazione finanziaria e la “gestione responsabile del debito”.....	pag. 39
3. La disciplina italiana del credito immobiliare ai consumatori nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.....	pag. 48
3.1 Segue:...le “operazioni economiche” ricomprese dall'art. 120 <i>quinquies</i> t.u.b.....	pag. 54
4. L'attuazione della disciplina sul credito immobiliare ai consumatori nell'ordinamento tedesco.....	pag. 59

## **CAPITOLO II**

Gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori finanziari nello svolgimento di attività di concessione del credito immobiliare.

1. Gli obblighi di comportamento “generali” previsti dalla direttiva 2014/17/UE ed il nuovo art. 120 *septies* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.....pag. 64
  - 1.1 Segue:...il riferimento alle clausole generali della diligenza e della correttezza.....pag. 77
2. Le informazioni pubblicitarie.....pag. 86
3. Gli obblighi precontrattuali di informazione.....pag. 96
4. L'obbligo di valutazione del merito creditizio.....pag. 116
5. La prestazione dei servizi di consulenza.....pag. 126

## CAPITOLO III

### I rimedi esperibili in caso di violazione degli obblighi di comportamento degli operatori finanziari.

1. Gli obblighi di comportamento dell'operatore professionale del credito immobiliare: profili problematici.....pag. 130
  - 1.1 I rimedi individuati nell'ambito della normativa sui contratti di credito ai consumatori in caso di violazione degli obblighi informativi precontrattuali.....pag. 135
    - 1.1.1 I rimedi riconosciuti in caso di violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio.....pag. 143
2. Segue...:confronto con le soluzioni elaborate con riferimento alla disciplina in materia di prestazione di servizi e attività di investimento.....pag. 155
3. Spunti di riflessione provenienti dall'attuazione della direttiva 2014/17/UE nell'ordinamento tedesco.....pag. 169
4. Profili ricostruttivi: obbligo di rinegoziazione?.....pag. 176
  - 4.1. La “sollecitazione” alla revisione del contratto nel contesto della surrogazione nei contratti di finanziamento e del procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento: cenni.....pag. 191

BIBLIOGRAFIA.....pp. 195-219

## **Introduzione**

L'oggetto del presente lavoro di tesi è costituito dall'analisi e dall'inquadramento in chiave sistematica degli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori finanziari alla luce della direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 febbraio 2014, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali ed in virtù della normativa interna di recepimento.

Attraverso la direttiva n. 17 del 2014 il legislatore europeo ha inteso armonizzare alcuni aspetti della disciplina dei contratti di credito al consumatore che siano assistiti da diritti di garanzia su beni immobili residenziali o finalizzati all'acquisto o al mantenimento del diritto di proprietà su beni immobili.

L'intervento normativo in esame si iscrive tra quelli di “armonizzazione minima”, sebbene contenga disposizioni che privano gli Stati membri della facoltà di introdurre o mantenere disposizioni divergenti: si pensi, in particolare, alla disciplina relativa al calcolo del tasso annuo effettivo globale e a quella concernente le informazioni precontrattuali personalizzate da fornirsi mediante il prospetto informativo europeo standardizzato.

La direttiva 2014/17/UE nasce con l'obiettivo di ampliare lo spazio di operatività del mercato interno europeo ricomprendendovi il settore del credito immobiliare fino a quel momento escluso dagli interventi del legislatore sovranazionale (il principale riferimento è alla direttiva 2008/48/CE in tema di contratti di credito ai consumatori) e caratterizzato da differenze rilevanti nelle normative degli Stati membri.

Fine ultimo della direttiva è ridurre i margini del particolarismo

giuridico che aveva caratterizzato la regolamentazione del credito immobiliare e favorire in tal modo la libera concorrenza.

Su questo versante, le maglie dell'armonizzazione ricomprendono sia i sistemi di vigilanza cui sottoporre gli operatori del credito (in particolare gli intermediari del credito e gli enti non creditizi) sia le regole di comportamento al cui rispetto assoggettare tali operatori nella relazione con il consumatore e nella organizzazione interna dell'attività professionale.

Scopo metagiuridico perseguito dal legislatore europeo è altresì quello di contrastare gli effetti della crisi finanziaria che si è manifestata a partire dallo scorso decennio su gran parte dei mercati europei ed *extra* europei e le cui cause (delle quali si intende evitare un futuro avveramento dei presupposti) vengono rinvenute nella scarsa cultura finanziaria dei consumatori e nel comportamento irresponsabile dei mutuantici. Fattori che, in concorso, si ritiene abbiano comportato l'esposizione di un gran numero di consumatori a condizioni di sovraindebitamento e una perdita di fiducia sulla stabilità del mercato creditizio e sulla sua efficienza.

Proprio al fine di accrescere la capacità dei consumatori di assumere autonomamente decisioni informate e responsabili sulla opportunità di concludere un contratto di credito immobiliare, la direttiva assegna agli Stati membri il compito di promuovere misure che potenzino l'educazione finanziaria dei mutuatari, impegnandoli dunque ad intervenire prima e a prescindere da una eventuale relazione negoziale con il professionista.

In quest'ottica di promozione dell'educazione finanziaria dei consumatori, assume rilievo specifico l'obbligo gravante sugli operatori del credito di fornire al consumatore informazioni generali e personalizzate. Tale dovere, previsto al fine di permettere al consumatore di manifestare un consenso pieno ed informato in ordine alla conclusione di uno specifico contratto di credito, non raggiungerebbe tale scopo qualora avesse come destinatario un soggetto incapace di comprendere il contenuto delle

informazioni veicolate dal professionista e la loro rilevanza in ordine alla regolamentazione dell'assetto di interessi nascente dalla conclusione di un contratto di credito.

Nel particolare contesto del credito immobiliare, il legislatore sovranazionale auspica pertanto che gli obblighi informativi – strumento tradizionale di cui la normativa consumeristica di origine europea si serve per ridurre l'asimmetria tra consumatore e professionista – abbiano per destinatario un consumatore consapevole dei rudimenti di funzionamento del mercato del credito, in grado di comprendere il contenuto e l'esatto significato delle informazioni che riceverà in sede precontrattuale dal professionista e libero, conseguentemente, di decidere se avvalersi o meno dei servizi di consulenza creditizia.

Su questo versante, la direttiva disegna lo statuto comportamentale del professionista vincolando il suo agire al rispetto dei precetti dell'onestà, dell'equità, della trasparenza e della professionalità, imponendogli di tenere conto dei diritti e degli interessi del consumatore. Accanto a tale obbligo di condotta “generale”, da rispettare già dalla fase di messa a punto del prodotto creditizio, il legislatore europeo ne prevede di ulteriori che rilevano, principalmente, nella fase precontrattuale: momento della relazione con il consumatore che, anche nella direttiva sul credito immobiliare, si conferma sede privilegiata dal legislatore europeo per garantire il raggiungimento degli obiettivi politico-economici perseguiti.

L'operatore professionale, già vincolato da una serie di prescrizioni relative al modo in cui congegnare l'attività pubblicitaria dei propri “prodotti”, in continuità rispetto a quanto previsto dalla direttiva 2005/29/CE (in tema di pratiche commerciali sleali), è infatti tenuto a rendere disponibili informazioni generali che permettano al consumatore di decidere quale contratto di credito concludere sulla base di tutta la gamma di prodotti offerti, a fornire informazioni personalizzate (sia sui caratteri

essenziali del contratto di credito, sia sui diritti attribuiti al consumatore: e.g. il diritto di recedere dal contratto, quello di estinguere il mutuo anticipatamente) tramite il prospetto informativo europeo standardizzato prima che il consumatore sia vincolato da un'offerta contrattuale, a spiegare in modo adeguato le caratteristiche del contratto di credito proposto e gli effetti che possono derivarne per il consumatore sulla base della sua situazione economico-finanziaria e a valutare – in un'ottica protettiva della stabilità del mercato finanziario e del consumatore stesso per prevenire situazioni di sovraindebitamento – il suo merito creditizio.

Nel corso della esecuzione del contratto vengono previsti inoltre a carico dell'operatore professionale obblighi informativi in caso di modifica del tasso debitore che devono essere adempiuti prima che gli effetti della modifica abbiano efficacia e l'obbligo di esercitare un grado di tolleranza ragionevole prima di dare avvio a procedure esecutive.

In questo contesto assume particolare rilevanza la facoltà per le parti del contratto di credito di prevedere il c.d. patto marciano per il caso di inadempimento dell'obbligazione restitutoria gravante sul mutuatario di un credito assistito da garanzia ipotecaria.

Accanto a tali obblighi che – inerendo a diritti che vengono attribuiti direttamente al consumatore – reclamano una tutela individuale e presentano pertanto un'immediata rilevanza privatistica, la direttiva ne stabilisce di ulteriori che, in caso di inadempimento, possono avere anche una rilevanza privatistica; si tratta in particolare del dovere di remunerare il personale assicurando l'imparzialità nella concessione dei crediti; dell'obbligo di garantire il soddisfacimento dei requisiti di conoscenza e competenza da parte degli operatori del credito, dei numerosi doveri di *disclosure* in merito ai rapporti che gli intermediari del credito e i soggetti deputati alla prestazione dei servizi di consulenza intrattengono con il creditore; dei limiti alle pratiche di commercializzazione abbinata; della

convertibilità di un mutuo in valuta estera, degli *standards* cui attenersi per la valutazione dei beni immobili.

Il presente lavoro è animato dal proposito di guardare ai nuovi confini della teorica dei doveri di comportamento, così come arricchita dal recente intervento normativo europeo, delimitandone l'estensione e determinando così il punto di ripresa di vigore del principio di autonomia privata in senso classico. Dal confronto con le regole di comportamento contemplate nell'ambito di quello che una parte della tradizione civilistica italiana definisce “diritto primo”, la riflessione mira ad illustrare le specificità dei doveri di condotta all'interno di uno tra gli esempi più recenti di “diritti secondi”: quello della contrattazione con il consumatore.

Il primo capitolo è dedicato ad una disamina dei profili generali dell'intervento normativo europeo e ad un inquadramento, anche in un'ottica interna, del suo oggetto ed ambito di applicazione. In questo contesto viene dato conto degli studi elaborati dalla Commissione europea, anche con il parere di organi esterni, sul livello di armonizzazione e di efficienza del mercato del credito ipotecario e della rilevanza assegnata al tema dell'educazione finanziaria.

Il secondo capitolo è riservato, in una prima parte, all'indagine sistematica sugli obblighi di comportamento “generali” (e su quelli tradizionalmente propri del diritto comune) del rispetto dei quali il legislatore comunitario onera quei soggetti che erogano, a vario titolo e a favore di consumatori, credito finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su beni immobili o concludono contratti di credito il cui adempimento è garantito da ipoteca o da altro diritto reale su beni immobili residenziali. Ne vengono evidenziati i caratteri peculiari e le ragioni che hanno condotto il legislatore europeo ed interno (con una normativa che ricalca in modo alquanto pedissequo quella comunitaria) ad incidere sull'autonomia privata dei professionisti del credito. La seconda

parte del capitolo analizza gli obblighi di comportamento specifici previsti dalla direttiva e dal decreto legislativo n. 72 del 21 aprile 2016, con cui il legislatore italiano, novellando il d.lgs. n. 385 del 1993 (t.u.b.), ha dato attuazione alla prima.

Nel terzo capitolo ci si confronta con alcuni tra gli interrogativi dischiusi dalla disciplina in esame (primo fra tutti quello che concerne le conseguenze dell'inadempimento di uno o più obblighi di comportamento), tenendo conto della trasposizione della direttiva 2014/17/UE nell'esperienza tedesca e, rivolgendo lo sguardo a quella interna, soffermandosi sulle soluzioni elaborate dagli interpreti nel contesto della disciplina sul credito ai consumatori ed in quello relativo all'intermediazione finanziaria.

## CAPITOLO I

La nuova direttiva in merito ai contratti di credito ai consumatori  
relativi a beni immobili residenziali ed il suo recepimento  
nell'ordinamento italiano ed in quello tedesco

*SOMMARIO: 1. Il percorso che ha portato all'emanazione della direttiva relativa al credito immobiliare ai consumatori – 2. La direttiva 2014/17/UE: profili generali – 2.1 Il carattere binario della regolamentazione europea del credito immobiliare – 2.2. Contenuto ed ambito di applicazione oggettivo – 2.3 L'ambito di applicazione soggettivo: il consumatore – 2.3.1 Segue:...il creditore – 2.3.2 Segue:...l'intermediario del credito – 2.3.3 Segue:...il rappresentante designato – 2.4 L'educazione finanziaria e la “gestione oculata del debito” – 3. La disciplina italiana del credito immobiliare ai consumatori contenuta nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – 3.1 Segue:...le “operazioni economiche” ricomprese dall'art. 120 quinquies t.u.b. – 4. L'attuazione della disciplina sul credito immobiliare ai consumatori nell'ordinamento tedesco.*

### **1. Il percorso che ha portato all'emanazione della direttiva relativa al credito immobiliare ai consumatori**

La direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, approvata il 4 Febbraio 2014<sup>1</sup>, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali rappresenta il più recente punto di arrivo di un procedimento ancora *in itinere* intrapreso dall'Unione europea al fine di creare un mercato comune del credito residenziale trasparente ed efficiente.

<sup>1</sup> Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010, pubblicata nella *G.U.* n. *L 60/34* del 28 Febbraio 2014.

La possibilità della Commissione europea di procedere ad armonizzazione normativa nel settore dei contratti di credito immobiliare viene adombrata nel *Libro verde sul credito ipotecario nell'UE*<sup>2</sup>, documento da cui emerge la consapevolezza dell'Unione circa l'incidenza ed il ruolo giocato dal credito ipotecario nell'economia europea<sup>3</sup>, nonché circa le profonde differenze intercorrenti tra gli Stati membri con riferimento a tale forma di credito<sup>4</sup>. In questo contesto, la Commissione ha valutato l'opportunità di un intervento armonizzatore sotto il profilo della «protezione dei consumatori, degli aspetti giuridici, delle garanzie e del reperimento dei fondi»<sup>5</sup>.

La decisione di procedere ad un'azione di avvicinamento tra le legislazioni degli Stati membri matura con la pubblicazione del *Libro bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario*<sup>6</sup> che, nel

<sup>2</sup> COM(2005) 327 del 19 luglio 2005

<sup>3</sup> Si v. il punto n. 3 del Libro verde COM(2005) 327 del 19 luglio 2005 ove, con riferimento al credito immobiliare, viene posta in rilievo anche la dimensione sociale e umana del fenomeno, alla quale la Commissione riconduce anche l'eccessivo indebitamento. Ancora, nel punto n. 7, viene ribadito che «nel contesto economico recente, attuale e futuro, non è possibile non tener conto dell'importanza dei mercati UE del credito ipotecario».

<sup>4</sup> In particolare, secondo gli studi della Commissione, tali differenze attengono, oltre che alla dimensione dei mercati e alla relativa crescita, alla «varietà dei prodotti (ivi) commercializzati», alle «caratteristiche dei mutuantii», alle «strutture di distribuzione», alla «durata dei mutui», ai «tassi di proprietà immobiliare» ed ai «dispositivi di finanziamento», così il punto n. 9 del Libro Verde. Si v. anche il punto n. 11 ove si sottolinea che la mancanza di un alto livello di integrazione riguarda principalmente la gamma dei prodotti disponibili e le operazioni ipotecarie transfrontaliere.

<sup>5</sup> Questioni già oggetto delle riflessioni del *Forum Group on Mortgage Credit*, tradottesi nello studio *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets*, pubblicato nel 2004, ed i cui risultati sono reperibili all'indirizzo: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/financeservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration\\_en](http://ec.europa.eu/internal_market/financeservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en)

Dalla lettura del documento, in cui vengono affrontate tematiche politiche, economiche, sociologiche e giuridiche, emerge la scarsa qualità della traduzione, carattere che si rinviene non solo negli studi compiuti in vista della approvazione della direttiva ma anche nella normativa europea medesima, atteso l'utilizzo di vocaboli dal significato spesso diverso in altre versioni linguistiche (specialmente in quelle in lingua inglese e tedesca).

<sup>6</sup> COM(2007) 807 del 18 dicembre 2007. Anche in tale atto, le misure la cui adozione è ritenuta necessaria al fine di garantire un mercato del credito competitivo ed efficiente si ravvisano in quegli strumenti che agevolino l'erogazione e il finanziamento del credito ipotecario a livello transfrontaliero, favoriscano la diversificazione dei prodotti,

paragrafo n. 2, rubricato «necessità di un'azione a livello della UE», individua quale ragione di quest'ultima la non integrazione del mercato comunitario dei mutui ipotecari residenziali, data la persistenza di «ostacoli che limitano il livello dell'attività transfrontaliera sia sul lato dell'offerta che su quello della domanda, riducendo così la concorrenza e le possibilità di scelta nel mercato<sup>7</sup>». Il Libro bianco sottolinea in particolare l'importanza di informare correttamente, di concedere mutui in modo responsabile e di fornire ai consumatori una consulenza di elevata qualità per garantire che essi acquistino il prodotto più adatto alle loro esigenze. Il documento rileva anche la necessità di assicurare un miglioramento della posizione dei consumatori garantendo la trasparenza del mercato e la riduzione della vendita di prodotti e servizi collegati ai contratti di credito immobiliare.

Dopo aver condotto ulteriori studi e consultazioni<sup>8</sup>, la Commissione esita nel 2011 la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali*<sup>9</sup>.

migliorino la fiducia dei consumatori e promuovano la mobilità dei clienti. Così il punto n. 3.

<sup>7</sup> La Commissione, nel punto n. 4.1, ritiene che l'adozione di un atto normativo rappresenti la soluzione più efficace per raggiungere gli obiettivi di armonizzazione prefissati ma è del parere che, prima di procedere in tale direzione, siano necessarie ulteriori consultazioni. Si v. per ulteriori approfondimenti, la valutazione generale di accompagnamento al Libro bianco: *Commission Staff Working Document accompanying the White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Market*, SEC(2007) 1683, pubblicata il 18 dicembre 2007 e disponibile all'indirizzo [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home\\_loans/sec\\_2007\\_1683\\_annex2\\_en](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home_loans/sec_2007_1683_annex2_en)

<sup>8</sup> Si ricorda in particolare, in merito all'accesso ai dati relativi al credito, il *Report* elaborato dal *Expert Group on Credit Histories*, DG Internal Market and Services, del 2009 [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/docs/2009/credit\\_histories/egch\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2009/credit_histories/egch_report_en.pdf).

Per ulteriori indicazioni sugli studi svolti dalla Commissione cfr. C. KÖNIG, *The creation of an internal market for mortgage loans: A never ending story?*, in *European Policy Analysis*, 2/2013, p. 1 ss.; T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *I Contratti*, 1/2015, p. 70 ss.

<sup>9</sup> COM(2011) 142 del 31 marzo 2011

La proposta<sup>10</sup> aveva il duplice obiettivo (che si ritrova nella direttiva) di promuovere la stabilità finanziaria, garantendo che «i mercati del credito ipotecario operino in maniera responsabile»<sup>11</sup>, e di creare un mercato unico efficiente e competitivo<sup>12</sup> nel quale i consumatori, i creditori e gli intermediari del credito<sup>13</sup> possano godere di un elevato livello di protezione. A tal fine andavano incentivate la fiducia dei consumatori<sup>14</sup>, la mobilità dei clienti, l'attività transfrontaliera dei creditori e degli intermediari del credito e la parità di condizioni nell'esercizio dell'attività creditizia.

Nel cammino verso l'armonizzazione delle discipline nazionali in tema di concessione di credito ai consumatori, la Commissione intendeva

<sup>10</sup> Per una disamina degli obiettivi fondamentali cui è orientata la Proposta di direttiva, cfr. S. TOMMASI, *Unione europea e contratti di credito relativi ad immobili residenziali*, in *I Contratti*, 10/2011, p. 956 ss.

<sup>11</sup> Si v. il punto n. 1 della Relazione alla proposta e, per un'analisi ulteriore, il Documento di accompagnamento della Proposta di direttiva in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali, SEC(2011) 355, pubblicato il 31 marzo 2011, reperibile all'indirizzo

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs\\_autres\\_institutions/commission\\_europeenne/sec/2011/0355/COM\\_SEC\(2011\)0355\\_IT.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2011/0355/COM_SEC(2011)0355_IT.pdf)

<sup>12</sup> Nella Relazione alla proposta (punto n.1) la Commissione rileva che già il Libro bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario aveva individuato – ai punti n. 3.3, 3.4 e 4.1 – elementi direttamente pertinenti alla concessione responsabile dei mutui che ostacolavano il buon funzionamento del mercato unico. Si trattava, in particolare, dell'informativa precontrattuale, della consulenza, della valutazione del merito creditizio, del rimborso anticipato e dell'intermediazione creditizia.

<sup>13</sup> Tutte categorie di operatori protagoniste delle operazioni di credito ipotecario la cui tutela non era ritenuta adeguata dal quadro normativo vigente a livello europeo. Da una parte, infatti, la direttiva 2006/114/CE sulla pubblicità ingannevole e comparativa, la direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e la direttiva 93/13/CEE in merito alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori non tengono conto delle specificità proprie del credito ipotecario; dall'altra, l'applicazione del *Voluntary Code of Conduct on Pre-Contractual Information for Home Loans* adottato il 5 marzo 2001, attesa la sua natura opzionale, si è dimostrata – come lamenta la Commissione nel n. 4 del Libro bianco – incoerente ed insufficiente. Ancora, l'ordinamento dell'Unione europea risultava lacunoso relativamente alla disciplina dei requisiti di autorizzazione, registrazione e vigilanza cui sottoporre gli enti non creditizi e gli intermediari del credito. La direttiva 2006/48/CE disciplinava infatti solamente le condizioni per l'accesso all'attività da parte degli enti creditizi.

<sup>14</sup> Elemento che la Commissione giudica centrale al fine di garantire il cambiamento economico, l'innovazione e l'efficienza. Si v. il punto n. 1 della Comunicazione COM(2007) 99, pubblicata il 13 marzo 2007.

colmare innanzitutto il vuoto di tutela che caratterizzava l'ordinamento europeo con riguardo ai mutui immobiliari, realizzando un ulteriore ravvicinamento normativo rispetto a quello già compiuto con l'approvazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori<sup>15</sup>, al fine di tenere conto delle specificità del credito ipotecario e, più in generale, di quello immobiliare<sup>16</sup>.

La proposta di direttiva ha subito vari emendamenti<sup>17</sup> tra i quali i più rilevanti attengono alla configurazione dell'obbligo, gravante sul professionista, di valutazione del merito creditizio del consumatore per la concessione del credito che, nella proposta, ma non nel testo definitivo della

<sup>15</sup> Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, del 23 aprile 2008, in *G.U.* n. *L 133* del 22 maggio 2008, attuata nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 141 del 13 agosto 2010 così come modificato dal d.lgs. n. 218 del 14 dicembre 2010 e, da ultimo, dal d.lgs. n. 169 del 19 settembre 2012. Come noto, la disciplina italiana del credito al consumo è oggi contenuta nel titolo VI, capo II, del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Vi sono dedicati, in particolare, gli artt. 121-126.

<sup>16</sup> La volontà di dettare una disciplina specifica per i contratti di credito immobiliare emerge soprattutto se si tiene a mente che in alcuni ordinamenti nazionali (come ad esempio quello tedesco) si è estesa l'applicazione della direttiva sul credito ai consumatori nei confronti dei contratti di credito immobiliare (in Germania attraverso l'introduzione del §503 BGB ed il disegno di legge BT-Drs. 16/11643). Tale estensione, che non operava in modo automatico stante le esclusioni previste dalla direttiva n. 48, è stata disposta in alcuni ordinamenti al fine di dotare il consumatore di una tutela più favorevole rispetto quella concessa dalle normative interne. Oltre al legislatore tedesco, anche quello rumeno (attraverso l'art. 2, c. 1, del d.l. n. 50/2010 *Monitorul Oficial al României*, parte I, n. 389 dell'11 giugno 2010) aveva esteso l'ambito di applicazione della direttiva sui contratti di credito ai consumatori ricomprendendovi quelli ipotecari ed immobiliari. Sulla legittimità di tale estensione si è pronunciata la Corte europea di Giustizia con la sentenza del 12 luglio 2012, resa nella causa C-602/10, *SC Volksbank România SA, vs. Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor*, disponibile all'indirizzo internet <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d6f9014411f9e2405e8961c9cbe1ff65f7.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyLbN50?text=&docid=124988&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=575549>

<sup>17</sup> Per i riferimenti al dibattito politico tra le varie Istituzioni coinvolte nel procedimento di approvazione, si v. la nota informativa n. 12095 del 13 settembre 2013 diretta dal Segretariato generale al Comitato dei Rappresentanti permanenti in Consiglio sui risultati dei lavori del Parlamento europeo. Si v., inoltre, la nota informativa n. 17501 dell'11 dicembre 2013 intercorsa tra gli stessi organi sui risultati della prima lettura del Parlamento europeo.

direttiva, veniva congegnato espressamente come obbligo implicante il dovere di rifiutare la concessione del finanziamento nel caso in cui la valutazione del merito creditizio avesse avuto esito negativo<sup>18</sup>.

La direttiva in esame risente profondamente delle esigenze e dei propositi di cui i “lavori preparatori” sono espressione<sup>19</sup> e si ritiene che questi ultimi possano costituire un valido strumento interpretativo per la Corte di Giustizia tutte le volte in cui, chiamata a verificare che le disposizioni di attuazione previste negli ordinamenti interni non ostino alla normativa europea del credito residenziale, voglia ricostruirne la portata guardando (anche) alle intenzioni del legislatore.

Sebbene, come si è visto, il procedimento volto all'approvazione della disciplina europea dei contratti di credito immobiliare sia stato avviato dalla Commissione europea in tempi non particolarmente sospetti per la salute del mercato di riferimento, è di tutta evidenza che la grave contrazione dell'economia, statunitense prima ed europea dopo, causata dallo scoppio della crisi dei mutui *subprime* abbia condizionato in modo considerevole le scelte politiche compiute dal legislatore europeo.

Tale influenza si apprezza non soltanto con riferimento alle misure economiche e finanziarie adottate dall'Unione per ripianare la mancanza di liquidità che si era abbattuta sugli istituti di credito<sup>20</sup> o relativamente a quelle volte a consentire il risanamento degli enti creditizi che versassero in

<sup>18</sup> L'art. 14 della Proposta di direttiva, nel paragrafo secondo, lettera a) prevedeva che «se dalla valutazione del merito di credito del consumatore risulta che le prospettive di rimborso del prestito nel corso della durata del contratto di credito sono negative, *il creditore rifiuta il credito*». Sul punto si tornerà.

<sup>19</sup> Si v., in particolare, i considerando nn. 1 e 3 della direttiva che richiamano espressamente i lavori elaborati dall'*Expert Group on Credit Histories* e dal *Financial Stability Board*.

<sup>20</sup> Per una individuazione approfondita si v. A. SOMMA, *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contratto e impresa*, 1/2016, p. 124 ss.

una situazione di crisi<sup>21</sup>, ma anche con riguardo agli interventi di regolazione del mercato del credito immobiliare di cui la direttiva 2014/17/UE, in quanto disciplina spiccatamente privatistica dei rapporti tra gli operatori del credito ed i consumatori nonché normativa pubblicistica di vigilanza, sembra rappresentare l'esempio più significativo.

La direttiva si inserisce tra le misure adottate dall'Unione per far fronte ai problemi «portati in luce dalla crisi finanziaria»<sup>22</sup> ed individuate dalla Commissione nella comunicazione del 4 marzo 2009 *Guidare la ripresa in Europa*<sup>23</sup>, al fine di garantire un mercato interno efficiente e competitivo e contribuire alla stabilità finanziaria. La Commissione dopo aver sottolineato che «la fiducia nel settore finanziario rimane fragile (...); il risanamento del sistema bancario è una condizione indispensabile per tornare alle normali condizioni di credito (...); fintanto che durerà la rarefazione del credito, i tentativi di rilanciare la domanda e di far rinascere la fiducia dei consumatori sono destinati a fallire»<sup>24</sup>, si impegnava a proporre un pacchetto di misure volto a garantire – tra l'altro – «una concessione/assunzione responsabile di prestiti»<sup>25</sup>.

Riferita al mercato del credito immobiliare, la direttiva evoca l'immagine di un giano bifronte: è volta ad apprestare tutela ai consumatori nel settore dei contratti di credito relativi a beni immobili e al contempo guarda alla stabilità del mercato finanziario.

<sup>21</sup> Tra le quali rileva la direttiva 2014/59/UE del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro di risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, approvata il 15 maggio 2014 e pubblicata nella *G.U.* n. *L. 173/190* del 12 giugno 2014.

<sup>22</sup> Così il considerando n. 3 della direttiva.

<sup>23</sup> Comunicazione per il Consiglio europeo di primavera. *Guidare la ripresa in Europa* del 4 marzo 2009. COM(2009) 114 definitivo.

<sup>24</sup> COM(2009) 114 definitivo, p. 2.

<sup>25</sup> COM(2009) 114 definitivo, paragrafo 2.2, n. 3, terzo trattino, p. 8.

## 2. La Direttiva 2014/17/UE: profili generali

Delineato nei suoi aspetti essenziali il procedimento che ha condotto all'adozione della direttiva 2014/17/UE, appare utile concentrarsi sui profili generali dell'intervento normativo per precisarne poi oggetto ed ambito di applicazione.

La direttiva in esame rappresenta un ulteriore provvedimento attraverso il quale il legislatore europeo – animato da istanze di protezione nei confronti del consumatore e dalla necessità di assicurare la stabilità del mercato – incide sull'autonomia negoziale delle parti attraverso l'imposizione alla parte professionale di penetranti obblighi informativi, di consulenza, di valutazione del merito creditizio, di «buona esecuzione dei contratti» o mediante l'istituzione di divieti (si pensi a quello inerente alle pratiche di commercializzazione abbinata).

Essa si innesta in un tessuto normativo già da tempo caratterizzato da interventi spiccatamente consumeristici<sup>26</sup> (si pensi alle direttive sulle clausole abusive, sulle pratiche commerciali scorrette, sui contratti a distanza o sui contratti di credito ai consumatori), e si collega idealmente, completandone la tutela, alla direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo.

Sebbene, come si è tentato di mettere in evidenza, la protezione del consumatore assuma nella direttiva una posizione di prim'ordine, la base giuridica dell'intervento normativo viene individuata nell'art. 114 del TFUE relativo, come noto, al «ravvicinamento delle legislazioni» degli Stati membri e non nell'art. 169 TFUE dedicato alla «protezione dei consumatori».

<sup>26</sup> Si v. per un'approfondita ricognizione delle discipline maggiormente significative, N. REICH, *Harmonization of European contract law: with special emphasis on consumer law*, in *China-EU Law Journal*, 1/2011, p. 55 ss.

Tale preferenza, operata anche con riferimento alla disciplina europea dei contratti di credito ai consumatori, in quel contesto è stata giustificata<sup>27</sup> dalla necessità di assicurare che l'obiettivo di armonizzazione massima – cui la direttiva 2008/48/CE era improntata – non venisse vanificato dalla facoltà concessa dall'art. 169, par. 4, TFUE agli Stati membri di «mantenere o introdurre misure di protezione più rigorose». Con riferimento alla direttiva 2014/17/UE, l'aver individuato la base giuridica dell'atto normativo nell'art. 114 del TFUE (in tema di ravvicinamento delle legislazioni) potrebbe indurre a ritenere che il legislatore europeo abbia ritenuto preminenti le istanze sottese all'esigenza di ravvicinamento tra le legislazioni europee rispetto a quelle inerenti alla protezione dei consumatori.

Come già detto, la direttiva sul credito immobiliare ai consumatori (con le eccezioni che si preciseranno a breve) è infatti una direttiva di armonizzazione minima<sup>28</sup>, in cui il grado di riavvicinamento prescelto dal legislatore europeo è giustificato dalle specificità che, all'interno dei singoli Stati membri, caratterizzano il settore dei contratti di credito relativi a beni immobili residenziali soprattutto con riferimento alla struttura e agli operatori del mercato, alle categorie di prodotti disponibili e alle procedure per la concessione del credito<sup>29</sup>. Invero, un'armonizzazione piena se da una parte avrebbe avuto il merito di stimolare maggiormente le operazioni transfrontaliere di finanziamento promuovendo, più in generale, la creazione di un mercato interno del credito immobiliare, dall'altra avrebbe

<sup>27</sup> Si cfr. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2008, p. 255 ss.

<sup>28</sup> L'art. 2, paragrafo primo, stabilisce che gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni che prevedano una tutela più intensa per i consumatori, a condizione che sia assicurata coerenza con gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione.

<sup>29</sup> Si v. il considerando n. 7.

rischiato di compromettere determinati bisogni di tutela che in un certo ordinamento interno possono essere avvertiti in modo più intenso che in un altro<sup>30</sup>. Simili criticità sono state palesate, in modo particolare, con riferimento alla scelta operata con riguardo alla direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, ove l'approccio seguito dal legislatore europeo è invece, come già detto, quello della armonizzazione completa<sup>31</sup>.

Oltre ad essere rispettosa delle specificità del settore creditizio di riferimento, l'opzione per l'armonizzazione minima da parte della direttiva 2014/17/UE è inoltre conforme ai principi di sussidiarietà e proporzionalità espressi dall'art. 5 del Trattato sull'Unione europea, oltre che dal Protocollo n. 2, quale corollario del principio di attribuzione, posto a presidio del rispetto del riparto di competenze tra Unione europea e Stati membri<sup>32</sup>.

La direttiva tuttavia, come detto, contiene (nel paragrafo secondo dell'art. 2) disposizioni di armonizzazione massima con riguardo alle informazioni precontrattuali personalizzate che devono essere fornite al

<sup>30</sup> E' proprio in quest'ottica che il considerando n. 7 giustifica la scelta di concedere agli Stati membri la facoltà di mantenere o introdurre disposizioni più rigorose di quelle previste dalla direttiva, nei settori non espressamente oggetto di armonizzazione piena, precisando che «tale approccio mirato è necessario per evitare di incidere negativamente sul livello di protezione dei consumatori».

Sugli effetti determinati dall'armonizzazione massima, si cfr., in chiave critica, H. WAGNER, *Is harmonization of legal rules an appropriate target? Lessons from the global financial crisis*, in *European Journal of Law and Economics*, 33/2012, p. 541 ss.

<sup>31</sup> In particolare, è stato sostenuto che in quella sede è stata espressa «la chiara prevalenza accordata dagli organi comunitari alle istanze di regolamentazione del mercato e di tutela della concorrenza rispetto alle istanze di protezione dei consumatori», così G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, cit., p. 257.

<sup>32</sup> Relativamente alle conseguenze derivanti dalla eventuale integrazione da parte dei Parlamenti nazionali delle norme contenute nella direttiva con disposizioni più stringenti che non siano coerenti con gli obblighi dei singoli Stati membri ai sensi del diritto dell'Unione, si v. S. CORDOPATRI, *Art. 2 - Livello di armonizzazione*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di Pietro Sirena, Milano, 2016, p. 123 ss.

consumatore tramite il Prospetto informativo europeo standardizzato, di cui all'allegato II, dal “creditore” (e se del caso dall'intermediario del credito o dal rappresentante designato) e anche relativamente ad alcuni aspetti della disciplina fissata dall'art 17 in merito al calcolo del tasso annuo effettivo globale.

Alla luce di queste brevi considerazioni sembra potersi ritenere che la ragione determinante che ha condotto il legislatore europeo a scegliere come base di riferimento l'art. 114 del TFUE piuttosto che l'art. 169 sia stata quella di attribuire particolare importanza alle norme oggetto di armonizzazione massima (in particolare quelle sulla determinazione del TAEG e sulle informazioni precontrattuali) che, investendo aspetti essenziali della contrattazione tra il consumatore e gli operatori del credito, non si vogliono affidare alla discrezionalità nella determinazione di una tutela *in melius* concessa agli Stati membri dall'art. 169 TFUE.

Il legislatore italiano ha avviato il procedimento di attuazione della direttiva 2014/17/UE con la legge di delegazione europea n. 114 del 9 luglio 2015<sup>33</sup>. L'*iter* di recepimento si è concluso con l'approvazione del d.lgs. del 21 aprile 2016, n. 72<sup>34</sup> che ha novellato il testo unico delle leggi in

<sup>33</sup> Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2014, pubblicata nella *G.U.* n. 176 del 31 luglio 2015.

<sup>34</sup> Attuazione della direttiva 2014/17/UE, in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali nonché modifiche e integrazioni del titolo VI-*bis* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, sulla disciplina degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi e del decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141, pubblicato nella *G.U.* n. 117 del 20 maggio 2016.

Per espressa previsione dell'art. 3, c. 1° del d.lgs. n. 72 del 2016 le nuove disposizioni sul credito immobiliare ai consumatori, con alcune eccezioni, sono entrate in vigore il primo luglio 2016 con riferimento ai contratti sottoscritti successivamente a tale data.

Le eccezioni sono rappresentate dagli articoli 120 *octies*, 120 *novies*, 120 *decies*, c. 3 e 120 *duodecies* che, necessitando dell'approvazione di disposizioni di attuazione da parte del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio su proposta della Banca d'Italia (o, nel caso dell'art. 120 *duodecies*, da parte della Banca d'Italia), sono entrate in vigore il primo novembre 2016.

Le disposizioni di attuazione dell'art. 120 *octies* e 120 *novies* t.u.b. sono state approvate dal Presidente del CICR con d.m. del 29 settembre 2016 n. 380, reperibile all'indirizzo

materia bancaria e creditizia (d.lgs. n. 385 del 1° settembre 1993) introducendo, nel titolo VI dedicato alla «trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti», il capo I *bis* intitolato «credito immobiliare ai consumatori».

[http://www.mef.gov.it/ministero/comitati/CICR/documenti/DM\\_380\\_del\\_29.9.2016.pdf](http://www.mef.gov.it/ministero/comitati/CICR/documenti/DM_380_del_29.9.2016.pdf)

Quelle degli artt. 120 *decies*, c. 3 e 120 *duodecies* sono state emanate dalla Banca d'Italia con il provvedimento «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari-correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti» adottato 29 settembre 2016 e reperibile all'indirizzo

[http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivionorme/disposizioni/trasparenza\\_operazioni/Disposizioni\\_pro\\_trasparenza.pdf](http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivionorme/disposizioni/trasparenza_operazioni/Disposizioni_pro_trasparenza.pdf)

## 2.1. Il carattere binario della regolamentazione europea del credito immobiliare

Al fine di favorire un'erogazione responsabile del credito, che agevoli la creazione di un mercato europeo caratterizzato dalla stabilità finanziaria<sup>35</sup> e al cui interno sia assicurato «un elevato livello di protezione dei consumatori»<sup>36</sup>, la direttiva 2014/17/UE opera corrispondentemente su due (principali) versanti: con regole che attengono alla disciplina del rapporto negoziale tra operatore professionale e consumatore, da una parte, e con disposizioni inerenti alla vigilanza bancaria, dall'altra.

Alla luce di tale divaricato ambito di intervento, in dottrina è stato rilevato che al fine di comprendere questa interazione sarebbe necessario guardare al modo in cui è congegnata la costituzione economica europea, la quale «implica necessariamente che gli interventi pubblici di regolazione del mercato si “traducano” in diritti e doveri imputati ai consumatori e alle imprese come situazioni giuridiche soggettive, che possono essere fatte valere individualmente in giudizio»<sup>37</sup>.

Sebbene, come si è detto, si tratti di regole che hanno incidenza diversa (e nel sistema italiano anche un differente ambito di afferenza, segnatamente il diritto privato e la normativa pubblicistica della vigilanza bancaria), le istanze loro sottese si caratterizzano per ispirare la *ratio* della

<sup>35</sup> Sul perseguimento della stabilità finanziaria e sul rapporto con altri “valori”, anche di rilevanza costituzionale, si cfr. A. PRINCIPE, *La stabilità finanziaria presupposto per la sicurezza: un obiettivo ancora possibile?*, in *Contratto e impresa*, 6/2016, p. 1308 ss.

<sup>36</sup> Così il considerando n. 5 della direttiva. Nella stessa direzione si esprime il considerando n. 6 ove si rileva che «la presente direttiva dovrebbe pertanto realizzare un mercato interno più trasparente, efficiente e competitivo (...) promuovendo sostenibilità nell'erogazione e assunzione dei prestiti e l'inclusione finanziaria e garantendo dunque ai consumatori un elevato livello di protezione».

<sup>37</sup> Così P. SIRENA, *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 3.

previsione dei molteplici obblighi di comportamento imposti sugli “operatori del credito”: alcuni sono obblighi di condotta da rispettare nella relazione con il consumatore, altri – più propriamente – obblighi organizzativi attinenti all'attività di impresa.

Entrambi aspirano a designare il paradigma del modo in cui creditori<sup>38</sup> ed intermediari devono agire sul mercato.

Tra i primi si possono annoverare – in questa fase senza pretese di completezza – il dovere di agire «in maniera onesta, equa, trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori», la cui portata viene estesa dall'art. 7 già dalla “messa a punto” dei prodotti creditizi; l'obbligo di garantire che le comunicazioni di pubblicità e *marketing* siano «corrette, chiare e non ingannevoli» (art. 10); quello di rendere disponibili in qualsiasi momento informazioni generali «chiare e comprensibili» (art. 13); quello di fornire informazioni personalizzate prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta (art. 14); il dovere di informare a titolo gratuito (art. 8); l'obbligo di non concedere credito senza una preventiva valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore (art. 18).

Tra i secondi si inquadrano gli obblighi volti ad evitare che la maniera in cui i “creditori” remunerano il proprio personale impedisca il rispetto del dovere di agire secondo i precetti dell'onestà, dell'equità, della trasparenza e della professionalità (art. 7, n. 2); l'obbligo di garantire che la

<sup>38</sup> La direttiva utilizza una definizione di creditore che, dovendo essere idonea a trovare applicazione in tutti gli Stati membri, è volutamente generica. Ai sensi dell'art. 4, n. 2, essa identifica la persona fisica o giuridica che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, concede o si impegna a concedere crediti rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 3. In alcune occasioni, inoltre, la direttiva utilizza il termine “creditore” pur in assenza di un contratto (e senza che ricorra una ulteriore fonte di obbligazioni). Al fine di garantire che la trattazione risulti chiara e rispettosa delle categorie giuridiche tradizionali, si indica stipulativamente che (soprattutto nel contesto delle disposizioni previste dalla direttiva) il termine verrà talvolta virgolettato, talaltra sostituito dalle locuzioni “operatore professionale”, “operatore del credito” (e simili).

politica retributiva per il personale responsabile della valutazione del merito creditizio sia «coerente con una gestione sana ed efficace del rischio» (art. 7, n. 3, lett. a); il dovere di retribuire il personale incaricato dell'esecuzione dei servizi di consulenza in modo da non pregiudicarne «la capacità di agire nel migliore interesse del consumatore» (art. 7, n. 4); l'obbligo di assicurare che il personale degli operatori del credito abbia e mantenga un livello di conoscenza e competenza adeguato allo svolgimento dei compiti affidatigli (art. 9)<sup>39</sup>.

L'individuazione delle numerose regole di comportamento gravanti sugli operatori del credito ha condotto parte della dottrina ad affermare che la direttiva istituirebbe un «principio di precauzione che sottende il superamento dell'antitesi (...) tra il vessillo normativo, il quale pone al centro della nuova disciplina regole paternalistiche a vantaggio della parte economicamente debole (...) e la prassi invece governata dalla bramosia dei bancari e degli intermediari»<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Si v. anche l'allegato III alla direttiva n. 17 che precisa i requisiti minimi di conoscenza e competenza al cui rispetto è sottoposto principalmente il personale dei creditori, degli intermediari del credito e dei rappresentanti designati.

<sup>40</sup> Così, R. CALVO, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Il corriere giuridico*, 6/2015, p. 824.

## 2.2. Contenuto ed ambito di applicazione oggettivo

Ai sensi dell'art. 1, la direttiva definisce «un *quadro comune* per alcuni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative dei singoli Stati membri concernenti» contratti di credito ai consumatori garantiti da ipoteca o altrimenti relativi a beni immobili residenziali, «compreso l'obbligo di effettuare una valutazione del merito creditizio (del consumatore) prima di concedere un credito».

La direttiva chiarisce che tale quadro comune è funzionale alla elaborazione di «standards efficaci» in relazione alla conclusione di contratti di credito immobiliare e relativamente alle regole prudenziali e di vigilanza al cui rispetto sottoporre (principalmente) gli intermediari del credito e gli enti non creditizi.

La collocazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore nell'art. 1 della direttiva ed il suo elevamento a base per lo sviluppo di standards efficaci assume un valore significativo in quanto sintomatica dell'importanza che tale valutazione riveste per il legislatore europeo nella disciplina del credito immobiliare<sup>41</sup>.

L'ambito di applicazione oggettivo della direttiva è individuato dall'art. 3 con riferimento ai «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» (lett. a) ed ai «contratti finalizzati all'acquisto o alla

<sup>41</sup> Si cfr. D. FARACE, *Art. 1 – Oggetto*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 116 ss., ove l'A. esamina le diverse tecniche di redazione dell'oggetto delle direttive europee esposte nella *Joint Practical Guide of the European Parliament, the Council and the Commission for persons involved in the drafting of European Union legislation*<sup>2</sup>, Bruxelles, 2013.

conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata» (lett. b).

Per precisare l'ambito di applicazione della direttiva è necessario innanzitutto guardare alla definizione di «contratto di credito» contenuta all'art. 4, n. 3, il quale ricomprende sotto tale locuzione ogni accordo in base al quale «il creditore concede o s'impegna a concedere al consumatore un credito (...) sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra agevolazione finanziaria analoga».

Riservandoci di tornare sulla individuazione dell'ambito di applicazione della normativa in esame con riferimento alla disciplina interna di attuazione, può dirsi che la direttiva 2014/17/UE si applica ai contratti con cui il “creditore” concede o s'impegna a concedere al consumatore un credito (sotto forma di dilazione di pagamento, prestito o altra analoga agevolazione finanziaria) quando il credito è garantito da ipoteca o da altra garanzia analoga comunemente utilizzata dagli Stati membri<sup>42</sup> su un bene immobile residenziale o su un diritto connesso a beni immobili residenziali oppure quando è finalizzato all'acquisto o alla «conservazione» di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata.

A distinguere i due contratti è dunque la circostanza che nel primo il “creditore” concede o si impegna a concedere un credito la cui restituzione viene garantita dalla concessione di ipoteca o ancora «da altra analoga garanzia connessa a beni immobili residenziali», mentre nel secondo

<sup>42</sup> Il riferimento alla possibilità di garantire l'adempimento del “contratto di credito” mediante la prestazione di una garanzia diversa da quella ipotecaria o attraverso un altro «diritto connesso ai beni immobili» è utile per quegli ordinamenti che conoscono forme di garanzia su beni immobili diversi dall'ipoteca, ma non per quello italiano ove, tra l'altro, vige come noto il principio di tipicità dei diritti reali. Per approfondimenti sugli strumenti di garanzia utilizzati in Europa si v. C. MARSEGLIA, *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 44 ss. Si cfr. altresì A. FUSARO, *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, *ibidem*, p. 17 ss.

l'elemento discrezionale è rappresentato dal fatto che la somma mutuata è “finalizzata” all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un bene immobile (terreno o costruzione edificata o progettata).

Con riferimento ai contratti che si inquadrano nella prima categoria la direttiva non precisa se il titolare del diritto sul bene immobile residenziale concesso in garanzia debba essere il mutuatario o se, invece, possa trattarsi di un terzo (e se quest'ultimo debba essere a sua volta un consumatore). Il tenore letterale dell'art. 3, paragrafo primo, lettera a) non sembra ostare ad una interpretazione che ritenga tale corrispondenza non necessaria, con la conseguenza che la normativa europea sul credito immobiliare si applicherebbe anche ai contratti di credito il cui adempimento è garantito dalla concessione di un diritto di garanzia su un bene il cui titolare è un soggetto diverso dal richiedente il finanziamento: si pensi al mutuo ipotecario garantito da un datore di ipoteca terzo rispetto al rapporto di finanziamento. Nonostante la condivisibile osservazione che l'art. 3, paragrafo 1, lett. a), se letto alla luce del considerando n. 15, induce a ritenere che il contratto di credito garantito da un'ipoteca su un bene immobile residenziale «sia concluso per soddisfare l'obbligazione del pagamento del prezzo derivante dall'acquisto dello stesso bene<sup>43</sup>», l'impianto della direttiva non sembra consentire di escludere dall'applicazione delle sue disposizioni protettive il soggetto che abbia garantito, attraverso la concessione di ipoteca, un contratto di credito concluso da un soggetto diverso<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> In questo senso, cfr. S. CORDOPATRI, *Art. 3 – Ambito di applicazione*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 143.

<sup>44</sup> Pur ammettendo che il titolare del bene concesso in garanzia possa essere un terzo, dovrebbe trattarsi di un soggetto che agisce nella qualità di consumatore. In questa direzione sembrano deporre due ordini di ragioni. Innanzitutto la direttiva è volta a tutelare non solo l'individuo che acquista un bene immobile residenziale ma anche il soggetto che avendo prestato un'ipoteca a garanzia dell'adempimento dell'obbligo restitutorio della somma mutuata, a causa di quest'ultimo eventuale inadempimento, rischia di perdere il diritto di proprietà sul bene ipotecato in seguito alla sua vendita

Con riferimento ai contratti che si inquadrano nella seconda categoria la direttiva non qualifica come “residenziale” il bene immobile al cui acquisto o mantenimento della proprietà deve essere destinata la somma mutuata. Ciò nonostante alcuni commentatori hanno rilevato che, sebbene l’art. 3 distingua i contratti di credito garantiti da un diritto su un bene immobile residenziale dai contratti di credito finalizzati all’acquisto o alla conservazione di un immobile, il riferimento alla finalità d’uso “residenziale” del bene immobile costituirebbe un indice certo del fatto che il legislatore europeo abbia voluto riferirsi espressamente alla residenza. In quest’ottica, sarebbe proprio la preordinazione del bene al soddisfacimento di esigenze fondamentali del consumatore a giustificare il maggiore livello di protezione da assicurargli, sia che egli assuma delle obbligazioni per l’acquisto o la conservazione del bene, sia che destini il bene a “strumento” di garanzia<sup>45</sup>. Sebbene si riconosca a tale orientamento il merito di instaurare un rapporto che accomuna ontologicamente e teleologicamente le due “classi” di contratto, l’interpretazione che intende escludere dall’ambito di applicazione della direttiva i contratti di credito volti all’acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un bene immobile che non sia

forzata. In secondo luogo, a ritenere che il terzo datore di ipoteca debba essere un consumatore è il riferimento alla vocazione residenziale del bene, da interpretarsi come il luogo in cui l’individuo ha fissato la propria dimora abituale.

Sulla sostanziale corrispondenza tra la nozione di residenza nell’ordinamento interno e in quello europeo, si cfr. la direttiva 2009/55/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, relativa alle esenzioni fiscali applicabili all’introduzione definitiva di beni personali di privati provenienti da uno Stato membro, pubblicata nella *G.U.* n. *L 145/36* del 10 Giugno 2009. L’art. 6 precisa che per residenza normale si intende «il luogo in cui una persona dimora abitualmente[...]» Si v. altresì il Regolamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 luglio 2012, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni e all’accettazione e all’esecuzione degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, pubblicato nella *G.U.* n. *L 201/107* del 27 luglio 2012.

<sup>45</sup> S. CORDOPATRI, *Art. 3 – Ambito di applicazione*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., pp. 143-145, che ritiene che «sarebbe proprio la qualità del bene immobile residenziale a rappresentare allora il comune denominatore della disciplina di rapporti strutturalmente disomogenei»

residenziale appare in contrasto con il tenore letterale dell'art. 3 lettera b) della direttiva n. 17 che si riferisce espressamente anche ai terreni.

Deve considerarsi inoltre l'art. 46 che dispone le opportune modifiche da apportare alla direttiva 2008/48/CE alla luce delle ragioni esposte nel considerando n. 18 ove viene precisato che i contratti di credito non garantiti finalizzati al restauro di un bene immobile residenziale, per un ammontare del credito superiore ad euro 75.000, ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva sul credito ai consumatori, al fine di assicurare a questi ultimi un livello di protezione equivalente ed evitare ogni lacuna regolamentare tra le due fonti normative. Da tali previsioni deriva che ai contratti di importo inferiore alla soglia cui prima si è fatto riferimento, se garantiti, si applicherà la direttiva 2014/17/UE

Dall'ambito di applicazione della direttiva l'art. 3, paragrafo 2 esclude una serie di operazioni riconducibili all'*equity release* (c.d. prestito vitalizio ipotecario), ai contratti di credito risultanti da un accordo raggiunto dinanzi ad un giudice o ad un'altra autorità, a quelli concessi dal datore di lavoro ai dipendenti senza interessi o ad un TAEG inferiore a quello prevalente sul mercato, a quelli in cui il credito è concesso senza interessi o ulteriori oneri ad esclusione di quelli necessari al recupero dei costi direttamente connessi alla garanzia del credito, ai contratti di credito concessi nella forma di scoperto, qualora il credito sia da rimborsare entro un mese e ai contratti di credito relativi alla dilazione senza spese del pagamento di un debito esistente che non rientrano nell'ambito di applicazione del par. 1 lett. a).

Il paragrafo 3 dell'art. 3 della direttiva attribuisce poi agli Stati membri la facoltà di non applicare la disciplina sul credito residenziale ai consumatori ai contratti di credito relativi a crediti concessi, a condizioni particolari, ad un pubblico ristretto in base a disposizioni di legge con finalità di interesse generale, ai cc.dd. prestiti ponte, ai “contratti di credito”

che prevedano che il bene immobile non possa mai essere occupato dal consumatore o da un suo familiare come abitazione, appartamento o altro luogo di residenza «se non in base ad un contratto di locazione». In questi casi è tuttavia necessario che gli ordinamenti interni garantiscano comunque l'applicazione di una disciplina nazionale adeguata.

Si prevede inoltre che gli Stati membri possano non applicare (solamente) gli articoli 11 e 14 della direttiva, relativi rispettivamente alle comunicazioni di pubblicità e *marketing* e alle informazioni precontrattuali, oltre che l'allegato II (contenente il PIES), ai contratti di credito ai consumatori garantiti da ipoteca (o altra garanzia simile) non finalizzati all'acquisto o alla conservazione di un diritto sul bene immobile residenziale, purché in tale caso venga garantita l'applicazione degli articoli 4 e 5 e degli allegati II e III della direttiva 2008/48/CE.

### **2.3. L'ambito di applicazione soggettivo: il consumatore**

Guardando adesso all'ambito di applicazione soggettivo, per la definizione di consumatore l'art. 4 richiama quella utilizzata dalla direttiva 2008/48/CE che lo qualifica come «una persona fisica che, nell'ambito delle transazioni disciplinate dalla (presente) direttiva, agisce per scopi estranei alla sua attività commerciale o professionale». E' stato rilevato in dottrina che il riferimento alle transazioni disciplinate dalla direttiva sui contratti di credito ai consumatori indurrebbe a domandarsi se le disposizioni della direttiva 2014/17/UE debbano trovare applicazione «solo nei confronti di quei consumatori persone fisiche che siano già stati interessati dai rapporti disciplinati dalla direttiva richiamata (...) o se invece debba prevalere una ricostruzione fondata non sul dato letterale della norma, ma sull'interpretazione agevolata dai considerando, specie i n. 12, 14 e 19»<sup>46</sup>.

Come si vedrà nel prosieguo, quest'ultima è la soluzione fatta propria dal legislatore italiano in sede di attuazione della normativa in esame, e che si è risolta nella individuazione di una definizione di consumatore quasi coincidente con quella prevista dal “codice del consumo”.

<sup>46</sup> Così F. MASSA, *Le finalità delle disposizioni normative in tema di pubblicità e marketing*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 250-251.

### 2.3.1 Segue:...il creditore

Ai sensi dell'art. 4, numero 2) è “creditore” la persona fisica o giuridica che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, «concede o s'impegna a concedere» crediti rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 3<sup>47</sup>.

Parte della dottrina ha rilevato la “doppia” specialità della definizione di “creditore” prevista nella direttiva 2014/17/UE, per un verso, rispetto a quella generale di “professionista”, da sempre paradigma – dal punto di vista soggettivo – della controparte del consumatore e, per altro verso, rispetto alla nozione di “creditore” contenuta dall'art. 3, lett. b) della diversa ma per tanti aspetti contigua direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori<sup>48</sup>.

Relativamente al rapporto tra la definizione di “creditore” utilizzata dalla direttiva 2014/17/UE e la qualifica classica di professionista, la specialità della prima va rinvenuta nell'oggetto dell'attività svolta: determinato in modo specifico nella disciplina sul credito immobiliare, indeterminato nel secondo. Con riferimento alla definizione di “creditore” accolta dalla direttiva sui contratti di credito ai consumatori, invece, quella contenuta dalla direttiva sul credito immobiliare presenta un ulteriore grado di specificazione dovendo trattarsi della concessione di credito per l'acquisto o la conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una

<sup>47</sup> Si tratta, come si è visto, di crediti concessi sotto forma di dilazione di pagamento, prestito o di altra agevolazione finanziaria analoga, garantiti da ipoteca su un bene immobile residenziale o finalizzati all'acquisto o al mantenimento del diritto di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata.

<sup>48</sup> Cfr. P. BARTOLOMUCCI, *Art. 4 Definizioni*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 151 ss.

costruzione edificata o progettata, o della concessione di credito garantita da un'ipoteca o da altra garanzia su beni immobili residenziali.

Dalla lettura dell'art. 4 n. 2) emerge che, relativamente alla normativa sui contratti di credito immobiliare, il legislatore europeo ha scelto una definizione volutamente ampia della controparte del consumatore, attenta al tipo di attività svolta (e al suo mercato di riferimento) e che considera la qualità di “creditore” come astrattamente assumibile sia dal soggetto persona fisica che da quello persona giuridica<sup>49</sup> e cioè da un ente dotato della c.d. autonomia patrimoniale perfetta.

La direttiva non identifica con precisione il professionista legittimato ad erogare credito immobiliare al pubblico, nella convinzione che tale scelta sia di competenza degli Stati membri e, pertanto, si limita ad individuare la controparte del consumatore riferendosi al soggetto attivo del rapporto obbligatorio nascente dal contratto di credito e dunque titolare del diritto alla restituzione della somma erogata o, in alternativa, identificandola con il

<sup>49</sup> La previsione contenuta nell'art. 4, n. 2), che esige il rispetto della disciplina europea sul credito immobiliare da parte del creditore persona fisica e da parte di quello organizzato nella forma di una persona giuridica, è dettata per garantire che a prescindere dai requisiti organizzativi stabiliti dagli ordinamenti nazionali, chiunque eroghi credito immobiliare ai consumatori sia tenuto ad osservare la normativa europea. Il considerando n. 10 della direttiva fa infatti salva la facoltà degli Stati membri di limitare, conformemente al diritto dell'Unione, il ruolo del creditore (e quello di intermediario del credito) «alle sole persone giuridiche o a talune tipologie di persone giuridiche».

Il legislatore italiano si è avvalso di tale facoltà già in sede di recepimento della direttiva 2008/48/CE che la prevedeva nel considerando n. 15, avendo limitato – in quella sede – il novero dei soggetti che possono erogare credito ai consumatori facendo riferimento – oltre che alle banche – agli intermediari finanziari che, ai sensi dell'art. 107 c. 1, lett. a), devono essere costituiti come società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperativa. Parte della dottrina ritiene che tale opzione, oggi vigente a seguito dell'immutato quadro normativo di riferimento, sia in contrasto con lo spirito di liberalizzazione delle attività cui, invece, si ispirerebbe la direttiva 2014/17/UE e che comprometterebbe l'effettività del principio di libera concorrenza tra le imprese, attesa l'operatività, nel settore europeo del credito, del regime della libera prestazione dei servizi. Con riferimento a tali considerazioni, si cfr. V. CARRIERO, *Art. 35, Abilitazione e vigilanza degli enti non creditizi*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 532 e ss.

soggetto che si è obbligato a concludere un contratto di credito con il consumatore<sup>50</sup>.

Indicazioni più precise circa la determinazione dei soggetti che possono erogare credito al pubblico, e che dunque possono rivestire la qualità di “creditore”, si desumono dalle definizioni di “ente creditizio” e di “ente non creditizio”, contenute rispettivamente dai nn. 9) e 10) dell'art. 4.

Il primo viene definito attraverso un richiamo dell'art. 4, paragrafo 1, punto 1) del regolamento (UE) n. 575/2013<sup>51</sup> come «un'impresa la cui attività consiste nel raccogliere depositi o altri fondi rimborsabili dal pubblico e nel concedere crediti per proprio conto», mentre il secondo viene qualificato, in negativo, come «un creditore che non è un ente creditizio» (art. 4, n. 10 della direttiva 2014/17/UE).

La definizione di “ente creditizio”, la cui paternità nel panorama europeo deve attribuirsi alla c.d. prima direttiva banche del 1977<sup>52</sup>,

<sup>50</sup> Come si avrà modo di precisare in sede di analisi della normativa interna sul credito immobiliare, il legislatore italiano – in continuità rispetto all'impostazione seguita in occasione dell'attuazione della direttiva 2008/48/CE – si riferisce al soggetto che eroga il credito o che si è obbligato ad erogarlo con il termine di «finanziatore» (art. 120 *quinquies*, c. 1, lett. e) t.u.b.).

<sup>51</sup> Regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, pubblicato nella *G.U.* n. *L 176/I* del 27 giugno 2013.

<sup>52</sup> Prima direttiva 77/780/CEE del Consiglio del 12 dicembre 1977 relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio, in *G.U.* n. *L 322* del 17 dicembre 1977.

La nozione di “ente creditizio” è rimasta inalterata anche nelle successive direttive comunitarie che sono state emanate, nel corso degli anni, per disciplinare uniformemente l'accesso all'attività degli enti creditizi. Ci si riferisce, in particolare, alla seconda direttiva 89/646/CEE del Consiglio del 15 dicembre 1989, in *G.U.* n. *L 386/I* del 30 dicembre 1989, alla direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000, in *G.U.* n. *L 126* del 26 maggio 2000, alla direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 giugno 2006, in *G.U.* n. *L 177/I* del 30 giugno 2006, alla direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, in *G.U.* n. *L 176/338* del 27 giugno 2013 e, da ultimo, al regolamento (UE) 575/2013 del 26 giugno 2013, in *G.U.* n. *L 176/I* del 27 giugno 2013. Una eccezione alla omogeneità della nozione di ente creditizio nel diritto privato europeo, costituita – in tutti gli interventi normativi citati – dal riferimento alla ricezione di depositi o di altri fondi

corrisponde alla nozione di banca di cui all'art. 1 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Secondo l'art. 10 del t.u.b. l'attività bancaria, al cui esercizio la banca è autorizzata, consiste, com'è noto, nella raccolta di risparmio tra il pubblico e nell'esercizio del credito, attività tra le quali, come sottolineato da taluni interpreti, deve intercorrere un «collegamento funzionale necessario»<sup>53</sup>, inteso nel senso che l'erogazione del credito deve avvenire utilizzando il danaro che la banca riceve in deposito dalla clientela.

Fuori dai casi in cui la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito sono svolte in rapporto di collegamento funzionale, attività che nel nostro ordinamento – alla luce dell'art. 10, c. 2, t.u.b. – è riservata esclusivamente alle banche, possono svolgere attività di concessione del credito anche gli intermediari finanziari autorizzati ai sensi degli artt. 106 e ss. del t.u.b.<sup>54</sup>, soggetti che rientrano, nel linguaggio utilizzato dal legislatore europeo, tra

rimborsabili dal pubblico e alla concessione di crediti per proprio conto, è rappresentata dalla direttiva 2000/28/CE del 18 settembre 2000 che aveva ricompreso, all'interno della definizione di “ente creditizio”, anche gli istituti di moneta elettronica di cui alla direttiva 2000/46/CE, categoria poi qualificata come “ente finanziario” dalla direttiva 2009/110/CE concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica.

<sup>53</sup> Cfr. P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*<sup>4</sup>, Milano, 2014, p. 24.

<sup>54</sup> L'art. 107 t.u.b., modificato dal d.lgs. n. 72 del 12 maggio 2015, sottopone, com'è noto, l'iscrizione degli intermediari finanziari nell'albo tenuto dalla Banca d'Italia (e dunque la legittimità dell'esercizio delle attività di concessione di finanziamenti, trattandosi di attività riservata) al possesso di determinati requisiti. In particolare, si prevede che l'intermediario sia costituito come «società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperativa» (lett. a); che la sede legale e la direzione generale della società siano situate in Italia (lett. b); che l'importo del capitale versato non sia inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia (lett. c); che unitamente all'atto costitutivo e allo statuto venga presentato un programma sull'attività iniziale e sulla struttura organizzativa (lett. d); che nel caso di acquisizione di partecipazioni bancarie sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione di cui all'art. 19 t.u.b. (lett. e); che i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo godano dei requisiti previsti per gli esponenti aziendali dall'art. 26 t.u.b e, più in generale, che siano «idonei secondo quanto previsto dell'art. 110 t.u.b.» (lett. e-bis); che tra gli intermediari finanziari o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti non sussistano stretti legami che ostacolano l'esercizio effettivo delle funzioni di vigilanza previste dall'art. 108 t.u.b. (lett. f); che l'oggetto sociale sia limitato solamente alle attività di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 106 t.u.b. (lett. g)

gli “enti non creditizi” di cui all'art. 4, n. 10) della direttiva 2014/17/UE.

Agli intermediari finanziari l'art. 106 t.u.b. riserva, com'è noto, l'esercizio nei confronti del pubblico delle attività di concessione di finanziamenti «sotto qualsiasi forma»<sup>55</sup>. Con riferimento a questi operatori l'art. 35 della direttiva n. 17 del 2014, in un'ottica di tutela del consumatore e al fine di garantire un mercato del credito immobiliare caratterizzato da stabilità ed efficienza, prevede che gli Stati membri assicurino che (anche) gli enti non creditizi siano soggetti ad una procedura di abilitazione adeguata, che siano iscritti in un registro e che siano sottoposti alla vigilanza da parte di un'autorità competente.

<sup>55</sup> Il d.m. n. 53 del 2 aprile 2015 (Regolamento recante norme in materia di intermediari finanziari) precisa, all'art. 2, che per attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma si intende «la concessione di crediti, ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive del credito ed impegni di firma». Ai sensi del medesimo articolo, questa attività comprende inoltre ogni tipo di finanziamento erogato nella forma di «a) locazione finanziaria; b) acquisto di crediti a titolo oneroso; c) credito ai consumatori, così come definito dall'art. 121 t.u.b.; d) credito ipotecario; e) prestito su pegno; f) rilascio di fidejussioni, l'avallo, l'apertura di credito documentaria, l'accettazione, la girata, l'impegno a concedere credito, nonché ogni altra forma di rilascio di garanzie e di impegni di firma».

### 2.3.2. Segue:...l'intermediario del credito

Tra i soggetti cui si applica la normativa in esame v'è altresì l'intermediario del credito, che l'art. 4, n. 5) definisce come la persona fisica o giuridica che, non agendo come creditore o notaio, non si limita a presentare direttamente o indirettamente un consumatore ad un creditore o ad un intermediario del credito ma, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale e dietro versamento di un compenso, «presenta od offre contratti di credito ai consumatori», «assiste i consumatori svolgendo attività preparatorie o altre attività amministrative precontrattuali per la conclusione di contratti di credito» diverse da quelle inerenti alla presentazione o all'offerta dei contratti di credito, «conclude con i consumatori contratti di credito per conto del creditore». Si tratta dunque di un soggetto professionista che non concede direttamente un finanziamento ai consumatori utilizzando le proprie risorse finanziarie, limitandosi ad agire quale intermediario tra i soggetti abilitati alla erogazione di finanziamenti al pubblico ed i consumatori, impegnandosi a svolgere – a titolo oneroso – attività che spaziano dalla presentazione di un prodotto creditizio, alla assistenza nella fase precontrattuale o alla conclusione del contratto di credito nella qualità di mandatario del “creditore”. La dottrina ha rilevato che per la qualificazione di un operatore come intermediario del credito è sufficiente lo svolgimento di una sola delle attività previste dall'art. 4, c.1, n. 5)<sup>56</sup>.

La direttiva distingue l'intermediario del credito *tout court* (o indipendente) dall'intermediario del credito con vincolo di mandato. In particolare, l'art. 4, n. 7), definisce quest'ultimo come intermediario che

<sup>56</sup> Cfr. P. BARTOLOMUCCI, *Art. 4 Definizioni*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 154.

opera per conto e «sotto la responsabilità piena ed incondizionata» di un solo creditore, di un solo gruppo o di un numero di creditori o gruppi che non rappresenta la maggioranza del mercato. Come si vedrà anche nel prosieguo della trattazione, la qualifica di intermediario del credito con vincolo di mandato rileva anche con riguardo agli obblighi di *disclosure* che gravano su tale operatore nella fase precontrattuale del rapporto con il consumatore o in quella che precede l'eventuale prestazione di servizi di consulenza<sup>57</sup>, e che si sostanziano nell'informazione da fornire al consumatore sul rapporto di esclusiva che lega l'intermediario al creditore.

A differenza della direttiva 2008/48/CE sul credito ai consumatori, che non contiene disposizioni inerenti all'abilitazione e alla vigilanza degli intermediari del credito, quella sul credito immobiliare – preso atto della frequenza con la quale i creditori impiegano soggetti dediti alle attività di intermediazione nella promozione dei loro prodotti e servizi – prevede pertanto, all'art. 29, che (anche) tali operatori debbano essere «debitamente abilitati per l'esercizio di tutte o una parte delle attività di intermediazione del credito» da un'autorità competente del loro Stato membro d'origine<sup>58</sup> e che siano iscritti in un registro<sup>59</sup> aggiornato e «pubblicamente disponibile in linea». Accanto a tali previsioni che attengono alla necessità di sottoporre gli intermediari del credito ad una procedura di abilitazione e – in un'ottica di protezione del consumatore – alla pubblicità del registro contenente i dati

<sup>57</sup> Si v. l'art. 15, c. 1, lett. c), l'art. 22, c. 2, lett. a) e l'art. 22, c. 3, lett. b).

<sup>58</sup> L'art. 32 della direttiva, nel rispetto del principio di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, prevede che l'abilitazione ottenuta da un intermediario del credito dall'autorità competente dello Stato membro d'origine è valida in tutto il territorio dell'Unione a condizione che le attività esercitate nel paese ospitante siano comprese nel provvedimento abilitativo conseguito in quello d'origine.

<sup>59</sup> Tale registro deve contenere le informazioni previste dall'art. 29, c. 4. In particolare, devono figurarvi i dati identificativi dei soggetti che fanno parte del personale dirigente responsabile delle attività di intermediazione; l'indicazione degli Stati membri in cui l'intermediario esercita la propria attività in regime di libertà di stabilimento o di libera prestazione dei servizi e l'eventuale svolgimento delle attività di intermediazione sotto vincolo di mandato.

dei soggetti legittimati ad operare in qualità di intermediari del credito, la direttiva in esame contiene prescrizioni stringenti sui requisiti al cui possesso gli Stati membri devono subordinare l'esito della procedura di abilitazione<sup>60</sup>.

Il cambio di passo compiuto dal legislatore europeo con riferimento alla procedura di abilitazione e vigilanza cui sottoporre gli intermediari del credito immobiliare, rispetto al regime più duttile accolto dalla direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo, si spiega avendo riguardo alla particolare delicatezza del mercato del credito di riferimento ove il comportamento irresponsabile degli operatori del credito ha già dimostrato la propria idoneità a «mettere a rischio le basi del sistema finanziario»<sup>61</sup>. Va altresì considerato che le profonde differenze intercorrenti tra i sistemi nazionali di regolamentazione e vigilanza sugli intermediari del credito hanno costituito un ostacolo limitativo delle attività transfrontaliere con effetti rilevanti sulla concorrenza tra le imprese<sup>62</sup>.

Nell'ordinamento italiano, i soggetti autorizzati a svolgere le attività di intermediazione creditizia vengono individuati dall'art. 121, c. 1, lett. h) del t.u.b., la cui disciplina è stata modificata dal d.lgs. n. 141 del 13 agosto

<sup>60</sup> In particolare, l'art. 29 prevede, al c. 2, che gli intermediari del credito (oltre a dover soddisfare i requisiti di conoscenza e competenza di cui all'art. 9) abbiano concluso un contratto di assicurazione per la responsabilità civile professionale, valida in tutto il territorio dei paesi in cui offrono i propri servizi, o di altra garanzia analoga che li tenga indenni dalle richieste di risarcimento dei danni che possono aver arrecato nell'esercizio della loro professione (lett. a). Su proposta dell'Autorità bancaria europea del 19 dicembre del 2013 (EBA/CP/2013/46), l'importo monetario minimo dell'assicurazione della responsabilità civile professionale è stato stabilito dalla Commissione con Regolamento delegato del 19 settembre 2014 che lo ha determinato in euro 460,000 per ogni singolo sinistro e in euro 750,000 come importo globale per anno civile per tutti i sinistri. Ancora, le persone fisiche che intendano abilitarsi come intermediari del credito o che vogliano ricoprire cariche sociali all'interno di un intermediario del credito costituito come persona giuridica devono possedere il requisito della onorabilità, attestato «almeno» dal non essere stati destinatari di una dichiarazione di fallimento (salvo se riabilitati) e dal rilascio di un certificato penale che non riporti condanne riferite a gravi illeciti penali connessi con i reati contro il patrimonio o con le attività finanziarie (lett. b).

<sup>61</sup> Così il considerando n. 3

<sup>62</sup> In questi termini il considerando n. 2

2010<sup>63</sup> di attuazione della direttiva sui contratti di credito ai consumatori.

L'art. 121, che indica le definizioni attraverso le quali interpretare il capo II del titolo VI del t.u.b. in merito al credito ai consumatori, individua come intermediari del credito «gli agenti in attività finanziaria», «i mediatori creditizi» e qualsiasi altro soggetto (che non sia il finanziatore) che nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale svolga, a titolo oneroso e nel rispetto delle riserve previste dal titolo VI del t.u.b., «attività di presentazione o proposta di contratti di credito ovvero altre attività preparatorie in vista delle conclusioni di tali contratti» o, alternativamente, attività di «conclusione di contratti di credito per conto del finanziatore».

Nell'ambito della disciplina dei contratti di credito immobiliare ai consumatori la definizione di intermediario corrisponde esattamente a quella utilizzata dal legislatore nazionale in sede di recepimento della direttiva sul credito ai consumatori e si è tradotta, pertanto, nella individuazione – contenuta nell'art. 120 *quinquies*, c. 1, lett. g) del t.u.b. – (tra i soggetti che possono svolgere attività di intermediazione) delle medesime figure professionali abilitate ad operare nel settore dell'intermediazione del credito al consumo.

Con riferimento ai contratti di credito immobiliare, l'art. 128 *quater* del t.u.b. definisce «agente in attività finanziaria» il soggetto (persona fisica o giuridica) che promuove e conclude contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma (...) su mandato diretto conferito da parte degli intermediari finanziari previsti dal titolo V del t.u.b. o delle banche. Ai sensi del medesimo articolo, tali soggetti possono svolgere esclusivamente le attività ivi contemplate nonché le attività connesse o

<sup>63</sup> E successivamente dal d.lgs. n. 169, del 19 settembre 2012, relativo ad ulteriori modifiche ed integrazioni al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, di attuazione della direttiva 2008/48/CE.

strumentali. Le attività di promozione e conclusione di contratti relativi alla concessione di finanziamenti possono essere svolte su mandato<sup>64</sup> di un solo intermediario o di più intermediari appartenenti al medesimo gruppo.

L'unica eccezione a tale restrizione è prevista per l'ipotesi in cui l'intermediario abbia conferito un mandato solo per specifici prodotti o servizi, in questo caso l'agente – ai sensi dell'art. 128 *quater*, c. 4, t.u.b – potrà assumere due ulteriori mandati.

A rendere evidente il legame che intercorre tra l'intermediario finanziario o la banca e l'agente in attività finanziaria, nonché il ruolo di interposizione di quest'ultimo, è il comma 5 dell'art. 128 *quater* t.u.b che prevede che l'intermediario finanziario che abbia conferito un mandato relativo alla promozione e alla conclusione di contratti di finanziamento risponda solidalmente dei danni causati dall'agente anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale.

L'esercizio dell'attività di agente finanziario nei confronti del pubblico è riservato ai soggetti iscritti in un apposito elenco<sup>65</sup> tenuto

<sup>64</sup> Si ritiene che la relazione negoziale tra intermediario e agente possa essere instaurata, oltre che attraverso la conclusione di un contratto di agenzia (art. 1742 c.c.), anche mediante la conclusione di un contratto di mandato, di un contratto di appalto di servizi, di un contratto di prestazione d'opera intellettuale o di un contratto atipico.

<sup>65</sup> I requisiti per l'iscrizione nell'elenco degli agenti in attività finanziaria sono dettati dall'art. 128 *quinquies*. La disposizione condiziona l'iscrizione nell'elenco da parte dei richiedenti persone fisiche al possesso della cittadinanza italiana o, in alternativa, di quella di uno Stato membro o di quella di uno Stato extraeuropeo (nel rispetto dell'art. 2 del d.lgs. n. 286 del 25 luglio 1988) e all'aver stabilito il proprio domicilio in Italia (c. 1, lett. a). Tali soggetti devono inoltre godere dei requisiti di onorabilità e professionalità e avere superato un apposito esame (c. 1, lett. c). Per quanto riguarda i richiedenti persone giuridiche, l'iscrizione è subordinata all'aver stabilito la sede legale e amministrativa dell'ente in Italia (qualora si tratti di enti comunitari è sufficiente che nel territorio della Repubblica vi sia una loro stabile organizzazione) (c. 1, lett. b); al perseguimento di un oggetto sociale conforme con quanto disposto dall'articolo 128 *quater*, comma 1, oltre al rispetto dei requisiti patrimoniali, organizzativi e di forma giuridica (c. 1, lett. e); al godimento dei requisiti di onorabilità e professionalità, oltre all'aver superato un apposito esame, da parte di coloro che all'interno della struttura organizzativa dell'ente svolgano funzioni di amministrazione, direzione e controllo e, limitatamente ai requisiti di onorabilità, anche da parte di coloro che detengono il controllo (c. 1, lett. c).

dall'Organismo di cui all'art. 128 *undecies* t.u.b. cui sono attribuiti un ruolo di vigilanza e poteri sanzionatori.

Il mediatore creditizio ai sensi dell'art. 128 *sexies* t.u.b. è il soggetto (persona giuridica) che «mette in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari (...) con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma». Come l'agente in attività finanziaria, anche il mediatore creditizio può svolgere esclusivamente le attività di intermediazione, nonché quelle connesse o strumentali. Pertanto, l'art. 128 *octies* t.u.b. dispone il divieto di contestuale iscrizione da parte della stessa persona giuridica nell'elenco degli agenti in attività finanziaria e in quello dei mediatori creditizi. Anche l'esercizio dell'attività di mediatore creditizio è riservato e subordinato all'iscrizione in un apposito elenco<sup>66</sup> tenuto dall'Organismo di cui all'art. 128 *undecies* t.u.b.

Dal mediatore creditizio di cui al c.1., – che come si è rilevato «mette in relazione banche o intermediari finanziari con la potenziale clientela» – l'art. 128 *sexies*, c. 2 *bis* t.u.b. distingue il mediatore creditizio che presta professionalmente e in via esclusiva servizi di consulenza indipendente aventi ad oggetto la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma. Per la prestazione di tali attività l'art. 128 *sexies*, c. 3 *bis*, t.u.b. prevede che sia remunerato esclusivamente dal cliente. Per entrambe

Il c. 1 *bis* dell'art. 128 *quinquies* t.u.b. condiziona inoltre l'efficacia dell'iscrizione in elenco alla stipula di una polizza di assicurazione della responsabilità civile per i danni arrecati nell'esercizio delle attività derivanti da condotte proprie o di terzi del cui operato gli agenti rispondono a norma di legge. Il c. 2 subordina la permanenza nell'elenco degli agenti in attività finanziaria all'esercizio effettivo dell'attività e all'aggiornamento professionale.

<sup>66</sup> I requisiti per l'iscrizione nell'elenco dei mediatori creditizi sono disciplinati dall'art. 128 *septies* t.u.b. e sono coincidenti con quelli che devono essere soddisfatti dagli agenti in attività finanziaria per l'iscrizione nel rispettivo elenco. A differenza degli agenti in attività finanziaria, tuttavia, i mediatori creditizi non possono svolgere le attività proprie di tale figura professionale nella qualità di persone fisiche, essendo necessaria la costituzione nella forma della società per azioni, società in accomandita per azioni, s.r.l. o società cooperativa (lett. a).

le categorie di mediatori la legge prevede che lo svolgimento delle rispettive attività avvenga senza che i mediatori siano legati «ad alcuna delle parti da rapporti che ne possano compromettere l'indipendenza», carattere che costituisce un ulteriore profondo *discrimen* rispetto all'operatore agente in attività finanziaria.

Come si è già messo in evidenza, secondo l'art. 120 *quinquies*, c. 1, lett. g) del t.u.b, l'attività di intermediazione creditizia può essere esercitata, oltre che dagli agenti in attività finanziaria e dai mediatori creditizi anche da «qualsiasi altro soggetto» nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, a titolo oneroso e nel rispetto delle riserve di attività previste dalla legislazione vigente. Proprio il riferimento al necessario rispetto delle riserve previste dall'ordinamento induce a ritenere che la qualità di intermediario del credito non vada considerata come categoria aperta, essendo necessaria – ogni qual volta un soggetto eserciti le attività in cui si risolve l'intermediazione del credito – una verifica circa il rispetto delle riserve contenute dal titolo VI- *bis* del t.u.b. E' il caso, ad esempio, del promotore finanziario e dell'agente assicurativo la cui compatibilità con l'esercizio delle attività di intermediazione creditizia è prevista dall'art. 17, c. 4 *bis*, del d.lgs. n. 141 del 13 agosto 2010 (a seguito delle modifiche disposte dal d.lgs. n. 169 del 19 settembre 2012), che lascia tuttavia fermi i rispettivi obblighi di iscrizione nei relativi elenchi, registri o albi.

Dal confronto delle disposizioni interne che regolano l'attività degli intermediari creditizi con la disciplina europea, parte della dottrina ha rilevato che l'aver introdotto in ambito nazionale una serie stringente di requisiti patrimoniali e organizzativi per l'ottenimento dell'abilitazione costituirebbe una scelta di politica del diritto in contrasto con quella

perseguita dalla direttiva<sup>67</sup>. Secondo tale impostazione, mentre l'approccio seguito dal legislatore europeo si caratterizzerebbe per sottoporre gli intermediari del credito al rispetto di obblighi relativi ad un assetto organizzativo e patrimoniale minimo e per introdurre un livello più elevato della qualità e dell'offerta dei servizi<sup>68</sup> attraverso il riferimento ai requisiti della professionalità, della onorabilità e della conoscenza e competenza, concependo così abilitazione e vigilanza come «momenti della regolamentazione del mercato del credito fondiario rilevanti non in sé, ma in un'ottica funzionale alla elevazione del livello dell'offerta dei servizi»<sup>69</sup>, la normativa italiana avrebbe privilegiato l'elemento patrimoniale-organizzativo a dispetto di quello personale. Tale opzione, stante l'operatività nel mercato del credito immobiliare dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, comporta inoltre che i soggetti abilitati in ordinamenti diversi da quello italiano, ove non siano sottoposti negli Stati d'origine a requisiti rigorosi dal punto di vista dell'assetto organizzativo, potrebbero ben operare in Italia con la conseguenza di alimentare meccanismi distorsivi della concorrenza e determinare un regime di sfavore per coloro che sono abilitati secondo le regole del t.u.b<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. P. BARTOLOMUCCI, *Art. 29, Abilitazione degli intermediari del credito*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 509 e ss.

<sup>68</sup> In questa direzione, il considerando n. 8 della direttiva precisa che l'intervento del legislatore europeo dovrebbe migliorare le condizioni per l'instaurazione del mercato interno «definendo standard qualitativi per alcuni servizi, in particolare per quanto riguarda la distribuzione e l'erogazione dei crediti attraverso i creditori e intermediari del credito, nonché la promozione di buone pratiche».

<sup>69</sup> Così, P. BARTOLOMUCCI, *Art. 29, Abilitazione degli intermediari del credito*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 512.

<sup>70</sup> Si pensi alla previsione che vieta allo stesso intermediario del credito di agire in qualità di agente in attività finanziaria e di mediatore creditizio.

### 2.3.3 Segue:... il rappresentante designato

Tra i collaboratori degli intermediari del credito, la direttiva 2014/17/UE contempla il «rappresentante designato» che, ai sensi dell'art. 4, n. 8), è la persona fisica o giuridica che svolge le attività proprie dell'intermediazione creditizia per conto di un solo intermediario del credito e «sotto la responsabilità piena e incondizionata di quest'ultimo». Si tratta dunque di un soggetto dotato del potere di agire per conto dell'intermediario e che mette in relazione gli intermediari del credito ed i consumatori.

L'art. 31 della direttiva concede agli Stati membri la facoltà di permettere agli intermediari del credito di nominare i rappresentanti designati e, nel caso di esercizio in positivo dell'opzione, prevede un diverso regime di responsabilità per i danni causati alla clientela nello svolgimento della loro attività, a seconda che il rappresentante designato sia stato nominato da un intermediario del credito con vincolo di mandato o da un intermediario del credito indipendente. Nel primo caso il legislatore europeo stabilisce che è il “creditore” (banca o intermediario finanziario) che «mantiene la responsabilità piena ed incondizionata per qualunque azione o omissione compiuta dal rappresentante designato». Nel secondo, invece, la responsabilità per i danni causati dal comportamento commissivo od omissivo del rappresentante designato grava sull'intermediario del credito.

Il legislatore italiano non ha stabilito espressamente che gli intermediari del credito possano nominare rappresentanti designati. Ciò nonostante il t.u.b., pur non contemplando la figura del rappresentante designato, contiene – all'art. 128 *novies* – una serie di disposizioni che si applicano ai «collaboratori» degli intermediari finanziari. In particolare, è previsto che i mediatori creditizi e gli agenti in attività finanziaria che si

avvalgano di «collaboratori», oltre ad essere tenuti a verificare che tali soggetti rispettino le norme loro applicabili e possiedano i requisiti di onorabilità e professionalità, rispondano solidalmente dei danni causati nell'esercizio delle loro attività anche in relazione a condotte penalmente sanzionate.

Sebbene il riferimento ai «collaboratori», per la sua genericità, sembrerebbe astrattamente idoneo a ricomprendervi la figura del rappresentante designato, tale opzione interpretativa deve escludersi alla luce del differente regime di responsabilità previsto dall'art. 128 *novies* t.u.b. rispetto a quello stabilito dalla direttiva e, soprattutto, alla luce dell'assenza del vincolo di subordinazione tra rappresentante designato e intermediario del credito, legame che invece caratterizza la relazione tra l'agente o il mediatore creditizio ed i rispettivi dipendenti o collaboratori.

Da tali considerazioni sembra possibile inferire che il legislatore italiano non consenta agli intermediari del credito di avvalersi dell'operato dei rappresentanti designati<sup>71</sup>. Tale scelta sembra giustificabile alla luce dei rischi di elusione della disciplina di abilitazione cui sono sottoposti gli intermediari del credito<sup>72</sup>, dalla volontà di non ampliare eccessivamente il novero delle figure professionali con cui il consumatore potrà relazionarsi, e

<sup>71</sup> Tale limitazione non rischia di perdere di effettività alla luce dei principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi sanciti dall'art. 32 della direttiva che, al paragrafo 2, prevede infatti che il rappresentante designato nominato in uno Stato membro non possa operare negli Stati membri in cui non sia possibile nominare rappresentanti designati.

<sup>72</sup> Il rischio che il regime di abilitazione degli intermediari del credito possa essere eluso è dovuto alla circostanza per cui il rappresentante designato, pur potendo esercitare le medesime attività dell'intermediario finanziario, non è sottoposto ad un provvedimento amministrativo qual è quello risultante dalla concessione dell'abilitazione, ma esercita le proprie attività in virtù di un negozio di diritto privato (ed in particolare di un contratto di mandato). La stessa *ratio* è sottesa all'orientamento che predica la nullità del contratto di investimento concluso con l'intermediario non abilitato. Si cfr. Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Foro italiano*, 2001, I, c. 2185 ss. Si v. anche la nota di commento di V. MARICONDA, *Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di swap*, in *Corriere giuridico*, 8/2001, p. 1066 ss.

dalla preoccupazione di evitare che il coinvolgimento di numerosi soggetti nell'operazione creditizia determini un aumento dei costi del finanziamento a carico del consumatore.

## **2.4 L'educazione finanziaria e la “gestione responsabile del debito”**

Benché estraneo al fuoco di questo lavoro, dedicato agli obblighi di condotta degli intermediari del settore creditizio, il tema dell'educazione finanziaria del consumatore suscita alcuni spunti di riflessione dovuti all'importanza assegnatavi dal legislatore europeo.

La promozione dell'educazione finanziaria dei consumatori, la cui realizzazione è finalizzata a garantire una gestione oculata del debito da parte del consumatore ed evitare in tal modo che la sua esposizione debitoria raggiunga un livello di sovraindebitamento, assume nella direttiva 2014/17/UE i caratteri di vero *trait d'union* di molte delle disposizioni nelle quali essa si articola.

All'educazione finanziaria è innanzitutto dedicato il capo II della direttiva che, all'art. 6, onera gli Stati membri del compito di stabilire misure volte a favorire l'educazione dei consumatori circa un indebitamento e una gestione del debito responsabili.

L'adozione di tali misure viene ritenuta particolarmente rilevante con riferimento ai contratti di credito ipotecario<sup>73</sup> e si iscrive tra quelle volte in senso ampio alla protezione del consumatore, obiettivo perseguito dall'art.

<sup>73</sup> Il riferimento specifico da parte del legislatore europeo al credito ipotecario e quindi solo ad una delle due “operazioni contrattuali” tratteggiate dall'art. 3 della direttiva, ed in particolare a quella di cui alla lett. a), induce a ritenere che il legislatore pensi alla concessione di credito garantito da ipoteca (o da altro diritto) come maggiormente “rischiosa” rispetto a quella in cui il consumatore ottiene un credito “finalizzato” senza concedere alcuna garanzia. Proprio a causa del rischio specifico rappresentato dalla concessione di credito garantito da ipoteca, la cura nei confronti dell'educazione del consumatore dovrebbe essere pertanto «particolare» (considerando n. 29). Se tale riflessione può apparire condivisibile in un contesto normativo che preveda che del diritto sul bene da concedersi in garanzia sia titolare lo stesso “consumatore mutuatario”, non altrettanto può dirsi nella disciplina in esame che non richiede una tale identità tra soggetto mutuatario e soggetto che garantisce la restituzione del credito.

12 del TFUE e dall'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Oltre ad essere oggetto di disciplina da parte della direttiva, il tema dell'educazione suscita vari spunti di riflessione, in particolare quelli attinenti alle ragioni della previsione di un'attività educativa specifica con riguardo al mercato finanziario; all'identificazione del soggetto cui attribuire il ruolo didascalico e, in seconda battuta, alle modalità in cui tale attività può esplicarsi.

Guardando al “diritto primario” dell'Unione europea, si riferisce all'educazione del consumatore l'art. 169 TFUE che, sotto il titolo XV intitolato «protezione dei consumatori», prevede che al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare loro un livello di protezione elevato, «l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi». Ancora, nella Carta di Nizza, si legge, all'art. 38, che nelle politiche dell'Unione è garantito un elevato livello di protezione dei consumatori<sup>74</sup>.

Anche la normativa europea di rango secondario contiene previsioni specifiche in merito all'importanza dell'educazione del consumatore. Tra i provvedimenti più rilevanti di diritto derivato si segnala il regolamento (UE) n. 254/2014 che racchiude il programma pluriennale per la tutela dei consumatori per il periodo 2014-2020<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> Si v. anche lo studio elaborato dalla Commissione sull'applicazione della Carta che, con riferimento alle iniziative intraprese al fine di implementare le previsioni di cui all'art. 38, annovera il *Libro verde sul credito ipotecario*, in *2015 Report on the application of the Eu Charter of Fundamental Rights*, Luxembourg, 2016, p. 133.

<sup>75</sup> Regolamento (UE) n. 254/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 relativo a un programma pluriennale per la tutela dei consumatori per il periodo 2014-2020 e che abroga la decisione n. 1926/2006/CE, pubblicato nella *G.U.* n. *L 84/42* del 20 marzo 2014.

Sulla scia degli obiettivi fissati dalla comunicazione del 22 maggio 2012<sup>76</sup>, volti a definire una strategia politica attraverso la quale sostenere i consumatori in modo efficace nel corso della loro intera vita garantendo, tra gli altri, «la sicurezza dei prodotti e dei servizi messi a loro disposizione, l'educazione e l'informazione», il regolamento n. 254/2014 mira a creare le condizioni adeguate per rafforzare la posizione dei consumatori mettendo a loro disposizione «strumenti, conoscenze e competenze sufficienti (a permettergli di) compiere scelte ponderate e informate»<sup>77</sup>. Per il raggiungimento di questi propositi, il legislatore europeo assicura un sostegno finanziario adeguato alle organizzazioni dei consumatori, organismi che dovrebbero disporre delle capacità per migliorare la tutela e la fiducia dei consumatori agendo sul campo e personalizzando l'assistenza, l'educazione e l'informazione<sup>78</sup>.

Con una disposizione che sembra rappresentare la chiave di lettura del programma pluriennale di tutela dei consumatori, l'art. 2 ne precisa l'obiettivo generale facendo riferimento, oltre che alla già vista garanzia generica di un livello elevato di protezione, alla volontà di «conferire maggiore potere ai consumatori» e di collocare tale categoria «al centro del mercato interno, nel quadro di una strategia globale per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva». La norma delinea le modalità di realizzazione di questi propositi richiamando oltre che la tutela della salute e della sicurezza, gli interessi giuridici ed economici dei consumatori, la

<sup>76</sup> Si tratta della comunicazione COM(2012) 225 final, rivolta al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, intitolata *Un'agenda europea dei consumatori, Stimolare la fiducia e la crescita*, disponibile all'indirizzo

[http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/impresa/consumatori/consumer\\_agenda\\_2012\\_it.pdf](http://www.sviluppoeconomico.gov.it/images/stories/impresa/consumatori/consumer_agenda_2012_it.pdf).

<sup>77</sup> Si v. il considerando n. 4.

<sup>78</sup> Alla personalizzazione dell'assistenza, dell'educazione e dell'informazione, fa riferimento il considerando n. 9.

promozione del loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la tutela dei propri interessi.

Sebbene all'educazione del consumatore si riferisca genericamente anche la direttiva 2008/48/CE<sup>79</sup>, quella sul credito immobiliare si caratterizza per l'aver imposto tale onere in capo ai singoli Stati membri in modo esplicito, tanto da essere considerata da alcuni<sup>80</sup> il primo atto

<sup>79</sup> In particolare, nel considerando n. 26 si fa presente che, tra le misure che gli Stati membri dovrebbero adottare al fine di garantire la promozione di pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, può essere inclusa l'educazione del consumatore. Parte della dottrina ha giudicato questa timida esortazione come «quanto mai deludente». In questi termini, E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Napoli, 2010, p. 62.

Appare doveroso richiamare la risoluzione del Parlamento europeo del 5 giugno del 2008 sul Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico (2007/2287/INI). Votata a pochi mesi dall'approvazione della direttiva sul credito al consumo, il Parlamento europeo vi ricorda – nell'art. 23 – «l'importanza di sviluppare un'educazione finanziaria a complemento di un'adeguata protezione del consumatore» e pertanto invita «gli Stati membri e tutte le parti interessate ad adottare e coordinare misure volte ad accrescere l'alfabetizzazione finanziaria dei cittadini – anche dei bambini, dei giovani, dei lavoratori dipendenti e dei pensionati – al fine di dotare i consumatori dei mezzi e delle conoscenze necessari per cercare prodotti e servizi migliori, meno costosi e più adeguati, spronare la concorrenza, la qualità e l'innovazione in seno al settore, creare associazioni dei consumatori competenti in ambito finanziario in grado di controbilanciare il ruolo delle imprese nel processo di elaborazione della regolamentazione», ricorda che «i cittadini che hanno fiducia negli investimenti possono fornire ulteriore liquidità ai mercati dei capitali». Il testo completo della risoluzione è consultabile all'indirizzo: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0261+0+DOC+XML+V0//IT>

Il 18 novembre dello stesso anno il Parlamento europeo torna sul tema dell'educazione con la risoluzione sulla protezione del consumatore: migliorare l'educazione e la sensibilizzazione del consumatore in materia di credito e finanza (20072288/INI) ove ribadisce l'importanza di una corretta alfabetizzazione finanziaria e prende atto degli effetti determinati dalla crisi dei mutui *subprime*, dovuti principalmente all'informazione inadeguata dei mutuatari. La risoluzione è particolarmente importante in quanto, nonostante il ruolo di prim'ordine riconosciuto all'educazione del consumatore, il legislatore europeo precisa, all'art. 9, che essa non è sostitutiva né delle norme di protezione dei consumatori, né di quelle sulla vigilanza delle istituzioni finanziarie. La risoluzione è reperibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0539+0+DOC+XML+V0//IT>

<sup>80</sup> Cfr. F.P. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa*, 6/2015, p. 1423 ss.

normativo di origine europea ad investire gli Stati membri della sua promozione<sup>81</sup>.

Appare degno di nota rilevare infatti come, tra gli atti normativi più recenti di origine europea, il tema dell'educazione del consumatore non venga tenuto in considerazione anche in settori che, proprio per la specificità dei beni e dei servizi che ricomprendono e, talvolta, delle procedure in cui questi ultimi si articolano, avrebbero forse richiesto un'attenzione particolare a tale profilo. A parte il breve cenno di natura opzionale contenuto nella direttiva 2008/48/CE<sup>82</sup>, non vi fanno infatti riferimento né la direttiva 2015/2366/UE<sup>83</sup> relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, né la direttiva 2014/65/UE<sup>84</sup> relativa ai mercati degli strumenti finanziari e neppure il Regolamento n. 600/2014 sui mercati degli strumenti finanziari<sup>85</sup>. Singolare è invece il considerando n. 49 della direttiva 2014/92/UE<sup>86</sup> (sulla comparabilità delle spese relative al conto di

<sup>81</sup> E' bene ricordare che già la risoluzione del Consiglio riguardante un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore, approvata il 14 aprile 1975 (data a cui convenzionalmente si fa risalire la nascita della politica comunitaria di protezione del consumatore) e pubblicata sulla *G. U.* n. 092 del 25 aprile 1975, annoverava (in allegato) tra gli obiettivi da raggiungere ai fini dell'integrazione economica proprio «l'informazione e l'educazione del consumatore». Si v. il punto n. 3, lett. d), dell'allegato Programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore, consultabile sul sito dell'Università di Trento, all'indirizzo [http://www.jus.unitn.it/download/gestione/g.benacchio/20140304\\_1248PRIMO%20PROGRAMMA%201975.pdf](http://www.jus.unitn.it/download/gestione/g.benacchio/20140304_1248PRIMO%20PROGRAMMA%201975.pdf)

<sup>82</sup> nel già citato considerando n. 26.

<sup>83</sup> Direttiva 2015/2366/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE, pubblicata nella *G. U.* n. L 337/35 del 23 dicembre 2015.

<sup>84</sup> Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, pubblicata nella *G. U.* n. L 173/349 del 12 giugno 2014.

<sup>85</sup> Regolamento (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 sui mercati degli strumenti finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, pubblicato nella *G. U.* n. L 173/84 del 12 giugno 2014.

<sup>86</sup> Direttiva 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base, pubblicata

pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base) che promuove l'adozione di misure a sostegno dell'educazione dei consumatori «più vulnerabili», fornendo loro orientamento e assistenza per la gestione responsabile delle loro finanze. Da questa constatazione: l'interesse circa le ragioni di una previsione esplicita e di ampio raggio (a favore cioè del consumatore, senza ulteriore specificazione) proprio con riferimento al credito residenziale, pur concernendo le discipline prima citate settori con i quali il consumatore comunemente non ha familiarità.

La direttiva 2014/17/UE, già nel considerando n. 4, individua uno dei problemi principali del mercato del credito ipotecario nel comportamento irresponsabile degli operatori finanziari nell'attività di concessione dei mutui. Tale condotta non oculata, causata da vari fattori concorrenti – tra i quali il legislatore europeo sottolinea la carenza di una regolamentazione adeguata – sarebbe favorita dalla scarsa cultura finanziaria dei consumatori. Proprio al fine di rimuovere, o quanto meno contenere, tale *deficit* che, in concorso con i comportamenti irresponsabili degli operatori del credito, ha causato l'instabilità del mercato immobiliare, il considerando n. 29 e l'art. 6 della direttiva incentivano, da parte degli ordinamenti interni, lo sviluppo di misure idonee a potenziare la consapevolezza dei consumatori in materia finanziaria.

L'attività pedagogica nei confronti del consumatore ha lo scopo di far in modo che la parte debole del rapporto acquisti familiarità con le regole che governano il sistema finanziario ed è quindi volta innanzitutto a garantirgli l'apprendimento di quelle nozioni, spesso di natura tecnica, che gli consentano di comprendere chiaramente le informazioni che il soggetto

nella *G.U.* n. *L 257/214* del 28 agosto 2014.

professionista è tenuto a comunicargli<sup>87</sup>. Tale attività è orientata al fine di raggiungere una consapevolezza piena nell'assunzione delle decisioni, avvedutezza che riguarda principalmente i loro effetti, rischi, e dunque l'opportunità e la convenienza dell'affare.

Le misure volte ad educare il consumatore rappresentano quindi un tipico esempio di approccio preventivo nei confronti della sua protezione e di strumento di tutela delle ragioni della stabilità del mercato di cui la direttiva è portatrice<sup>88</sup>.

In particolare, nella disciplina europea del credito immobiliare le istanze di protezione del consumatore sembrano assumere un peso specifico con riferimento, non solo al contratto di credito garantito da ipoteca o da altro diritto, fattispecie negoziale cui si riferisce espressamente il legislatore europeo all'art. 6 della direttiva, ma anche nei riguardi del contratto volto all'acquisto o alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale (cui fa riferimento l'art. 3, lett. b). Tale significatività è dovuta al fatto che in entrambe le fattispecie si tratta di contratti di durata capaci, proprio per il protrarsi nel tempo dei loro effetti e per il loro valore economico, di alterare il tenore di vita del soggetto che ottiene il finanziamento e quello del suo nucleo familiare. A giustificare la rilevanza della protezione del consumatore con riferimento al contratto finalizzato all'acquisto o alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale sembra deporre anche il

<sup>87</sup> Nello spirito del legislatore europeo l'educazione non è dunque sostitutiva degli obblighi informativi; al contrario essa è strumento che tende a garantire l'effettività di quegli obblighi che, in assenza di un destinatario consapevole ed edotto del significato, quanto meno generale, delle regole e dei meccanismi più significativi della materia finanziaria, rimarrebbero svuotati della loro funzione di tutela.

<sup>88</sup> Per un'attenta analisi della correlazione tra istanze di protezione del consumatore e tutela del mercato si v. M. ASTONE, *Tutela del consumatore, obblighi di informazione e "contratti diversi": evoluzioni e prospettive dopo la direttiva 2011/83/UE e il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 24*, in *Scritti in onore di Gaetano Salvemini*, Torino, 2016, p. 69 ss.; H. W. MICKLITZ, *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/2016, p. 859 ss.

suo carattere di contratto volto alla soddisfazione di un interesse fondamentale dell'individuo: il bisogno abitativo.

Come si vedrà meglio nel prosieguo, gli obiettivi di tutela del mercato e di protezione del consumatore sono in gran parte coincidenti e propedeutici a quelli che stanno a fondamento della previsione degli obblighi precontrattuali di informazione, di consulenza e di valutazione del merito creditizio. Proprio a ragione della circostanza che l'educazione del consumatore non è un traguardo raggiungibile in un lasso di tempo breve, quanto piuttosto un procedimento – nel caso della direttiva 2014/17/UE: di *Finanzbildung* – nella fase che vede già una relazione con il professionista il legislatore prevede delle ulteriori misure, che potrebbero definirsi “di secondo grado”.

Tali misure aspirano ad assicurare che, anche in presenza di un consumatore privo degli strumenti valutativi idonei a compiere una scelta responsabile, si attivino degli ulteriori meccanismi: informativi (si pensi alle informazioni generali di cui all'art. 13), di consulenza (nella forma dell'obbligo di fornire “spiegazioni adeguate” di cui all'art. 16 o di veri e propri contratti di consulenza cui fa riferimento l'art. 22) o di controllo (ad esempio la valutazione del merito creditizio prevista dall'art. 18) che lo supportino nella decisione sull'opportunità di concludere un contratto di credito, garantendo così il raggiungimento di quegli obiettivi (protezione degli interessi del consumatore e tutela della stabilità del mercato) che, come si è già detto, costituiscono l'anima duale della direttiva<sup>89</sup>.

<sup>89</sup> Cfr. S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2/2014, p. 523 ove l'A. sottolinea che «la natura duale della direttiva 17/2014, perché normativa di regolamentazione del mercato creditizio e nel contempo disciplina di protezione dei consumatori dal sovraindebitamento, traspare apertamente (...)»; Sulla stessa linea di pensiero, si v. anche E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2/2016, p. 206 ss.

Da quanto si è detto emerge che, sebbene gli unici destinatari diretti dell'obbligo di promozione dell'attività educativa a favore dei consumatori siano gli Stati membri – con la conseguenza (determinante ai fini dello studio in esame) di non potere configurare un obbligo educativo in capo agli operatori del credito nei termini di “obbligo di comportamento” – il legislatore europeo, prevedendo che il professionista nella fase di contatto con il consumatore sia sottoposto ad obblighi di varia natura (previsti in un'ottica di protezione del mercato attraverso una erogazione responsabile del credito), sembra delineare lo statuto degli operatori finanziari valorizzando il loro carattere di prestarsi nella realtà dei traffici a “collaboratori indiretti delle finalità pubblicistiche” e gli attribuisce pertanto una funzione educativa ausiliare rispetto a quella principale assegnata agli Stati membri.

### **3. La disciplina italiana del credito immobiliare ai consumatori contenuta nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.**

Come s'è detto, la direttiva 2014/17/UE è stata recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. del 21 aprile 2016, n. 72 che ha novellato il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. del 1° settembre 1993, n. 385).

La scelta del legislatore interno circa l'individuazione della sede normativa per il recepimento della disciplina europea prevista dalla direttiva 2014/17/UE, compiuta a favore del testo unico bancario, induce l'interprete ad interrogarsi sulle ragioni di elezione di tale luogo normativo.

Le alternative astrattamente disponibili – escludendo l'approvazione in un'apposita legge speciale – sembrano ridursi principalmente ad un unico altro plesso normativo: il Codice del consumo (decreto legislativo n. 206 del 6 settembre 2005). Se la scelta per la trasposizione in quest'ultimo avrebbe valorizzato la qualità soggettiva di consumatore, conferendo maggiore organicità alle istanze di protezione connaturate in tale qualifica<sup>90</sup>, prototipo di parte debole di ogni relazione negoziale, quella per il t.u.b. sembra trovare giustificazione *ratione materiae*. Il legislatore italiano ha

<sup>90</sup> Si cfr. sul punto A. SIMIONATO, *Art. 121 t.u.b.* (par. I), nel *Commentario breve al diritto dei consumatori*<sup>2</sup>, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2013, pp. 1690-1691 ove l'A. – con riferimento al recepimento della direttiva 2008/48/CE nel t.u.b. – dopo aver sottolineato che tale scelta rappresenta «un'eccezione rispetto al panorama degli ordinamenti giuridici degli altri Stati membri» afferma che la mancata trasposizione della normativa comunitaria nel codice del consumo «è difficilmente giustificabile con ragioni di natura sistematica concernenti l'attività bancaria, posto che quelle sul credito al consumo sono le uniche norme del t.u.b. che hanno come destinatari (...) “il consumatore” anziché “il cliente”». In senso contrario, cfr. M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui creditori nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 55 ss., (ed in particolare p. 71) ove l'A. giustifica il recepimento della direttiva 2008/48/CE all'interno del t.u.b. alla luce della inderogabilità delle disposizioni *ex art.* 127, se non a vantaggio del consumatore.

dunque confermato l'approccio già maturato con riferimento all'attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori tradottasi, come noto, nel capo II del titolo VI del t.u.b. e l'aver optato per tale soluzione, anche con riferimento alla nuova disciplina sul credito immobiliare ai consumatori, garantisce la “continuità” tra le due normative auspicata da parte del legislatore europeo<sup>91</sup>.

Per le specificità proprie che da decenni caratterizzano lo sviluppo dell'ordinamento civile italiano, che si sostanziano nella ormai risalente predilezione da parte del nostro legislatore per la normativa settoriale<sup>92</sup>, tra le alternative ipotizzabili non sembra potersi contemplare una novella al codice civile, come invece avvenuto in altre esperienze ed in particolare in quella tedesca<sup>93</sup>.

Guardando adesso all'ambito di applicazione della disciplina sul credito immobiliare, la definizione di «contratto di credito» è contenuta dall'art. 120 *quinquies*, comma 1°, lett. c), del t.u.b. che la riferisce al contratto concluso tra un soggetto professionista (il «finanziatore»<sup>94</sup>) ed un

<sup>91</sup> Si cfr. il considerando n. 20 della direttiva 2014/17/UE.

<sup>92</sup> Si v. sul tema N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1986; ID., *Decodificazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, V, 1989; A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2016, p. 136 ss. Sul tema “diritto primo-diritti secondi” cui la perdita di centralità del codice ha dato vita, si cfr. C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi, la ripresa di un tema*, in *Europa e diritto privato*, 2/2006, p. 397 ss. Per la tesi dei rapporti tra codice civile e normativa settoriale in termini di “complementarietà” si v. G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Rivista di diritto civile*, 6/2006, p. 351 ss.

<sup>93</sup> Come si dirà meglio nel prosieguo, la Repubblica federale di Germania ha infatti dato attuazione alla direttiva 2014/17/UE attraverso la *Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften* del 19 febbraio 2016 che ha introdotto disposizioni specifiche sui contratti di credito immobiliare ai consumatori nel *Bürgerliches Gesetzbuch*.

<sup>94</sup> Viene definito dall'art. 120 *quinquies*, c. 1°, lett. e) come il «soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito». Si tratta dunque, come si è già rilevato, della banca o di un intermediario finanziario tenuto all'iscrizione presso l'apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia ex art. 106 t.u.b.

consumatore<sup>95</sup>, con cui il primo concede o si impegna a concedere al secondo un credito sotto forma di «dilazione di pagamento, prestito o altra facilitazione finanziaria». Perché gli si applichino le norme sul «credito immobiliare ai consumatori» – che in virtù dell'art. 120 *sexies* t.u.b. disciplinano tutti i «contratti di credito comunque denominati», salve le eccezioni ivi previste – è inoltre necessario che il credito concesso, o eventualmente quello che il finanziatore si è impegnato a concedere, sia garantito da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su un altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali o, alternativamente, che sia finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un bene immobile edificato o, anche solamente, progettato.

La formulazione dell'art. 120 *quinquies*, c. 1°, lett. c) t.u.b., nella parte in cui definisce cosa debba intendersi per contratto di credito, risente in modo evidente di quella adottata dal legislatore europeo nella direttiva 2014/17/UE. Più precisamente, il legislatore italiano ha trasposto in un unico articolo il combinato disposto degli artt. 3, paragrafo primo, lettere a) e b) e 4 n. 3 del provvedimento europeo richiamato, relativi rispettivamente all'ambito di applicazione della direttiva e alla definizione di contratto di credito, dando vita in tal modo ad una disposizione complessa perché contenente profili che attengono propriamente alle forme in cui il credito viene concesso (segnatamente: dilazione di pagamento, prestito o altra facilitazione finanziaria) ed aspetti inerenti al suo scopo o all'assistenza di un'ipoteca a garanzia dell'adempimento dell'obbligazione restitutoria del credito concesso o da concedersi. Non può inoltre non notarsi come, oltre a

<sup>95</sup> Il consumatore viene definito come la «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta». Il legislatore italiano ha utilizzato dunque la medesima definizione di consumatore contenuta nell'art. 3 del «codice del consumo», superando in sede di attuazione i problemi posti dalla direttiva 2014/17/UE che, per identificare il consumatore, rimandava alla relativa definizione contenuta nella direttiva 2008/48/CE.

risentire dell'influenza della definizione europea di contratto di credito, quella utilizzata dal legislatore interno sia coincidente con quella adottata in sede di attuazione della direttiva 2008/48/CE<sup>96</sup>, in materia di contratti di credito ai consumatori, ed oggi contenuta dall'art. 121, c. 1°, lett. c) del t.u.b. ai sensi del quale con la locuzione “contratto di credito” ci si riferisce al «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».

Già con riferimento alla definizione di contratto di credito ai consumatori parte della dottrina ha avuto modo di rilevare, e tali osservazioni sembrano cogliere pienamente nel segno anche con riguardo alla nozione di contratto di credito immobiliare in analisi, che l'approccio seguito dal legislatore avrebbe carattere «transtipico»<sup>97</sup> perché – attesa la formulazione della norma in termini duttili e slegati dal riferimento alla fattispecie contrattuale – sarebbe idoneo a ricomprendere al suo interno una pluralità di tipi negoziali. Ed è alla luce di tale circostanza che sembra inquadrabile la propensione di parte della dottrina che, al fine di accomunare le fattispecie riconducibili alla nozione di contratto di credito

<sup>96</sup> Recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 141 del 13 agosto 2010.

<sup>97</sup> In questo senso si v. L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e diritto privato*, 3/2009, p. 790. Aderiscono a questa ricostruzione F. MACARIO, *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultaventennale?*, in *La nuova disciplina del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 1 ss.; M. MAUGERI-S. PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori*, nella collana *Quaderni di banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 2013, p. 9 ss.; G. DE CRISTOFARO-F. OLIVIERO, *I contratti di credito ai consumatori*, nel *Trattato dei contratti* di V. Roppo, *Mercati regolati*, Milano, 2014, p. 293 ss.

in quel contesto normativo, fa riferimento alla causa negoziale (individuata in quella di finanziamento<sup>98</sup>) piuttosto che allo schema contrattuale<sup>99</sup>.

Come è evidente tale atteggiamento, votato alla identificazione di uno o più elementi unificanti, tenta di mitigare gli effetti dell'approccio seguito da tempo dal legislatore europeo – e che oggi con la disciplina in commento riconferma la propria attualità – che nel procedimento di armonizzazione, attese le notevoli differenze intercorrenti tra le tradizioni giuridiche degli Stati membri, guarda non al tipo contrattuale bensì ad una classe di contratti ampia, a cui è spesso possibile ricondurre molteplici contratti tipici e atipici<sup>100</sup>.

Tale tendenza, intesa ad aggirare la fattispecie allo scopo di garantire una maggiore aderenza delle norme europee al diverso contesto giuridico di destinazione, non si apprezza esclusivamente con riferimento alla individuazione dei contratti da sottoporre all'ambito di applicazione di una determinata disciplina, ma anche sul diverso piano della configurazione

<sup>98</sup> In argomento, si v. E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953, in particolare p. 59 ss.; M. FRAGALI, *Finanziamento*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 617 ss.; R. CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, I, p. 580 ss.; A. GALASSO, *Le situazioni soggettive nei contratti di credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1988, I, p. 67 ss.; S. MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, in *Enciclopedia giuridica*, V, Roma, 1990.

<sup>99</sup> Come è noto, in ambiente italiano gli studi sulla qualificazione del contratto si sono concentrati prevalentemente sulla osservazione del suo schema negoziale e sulla constatazione del – collegato benché diverso – ambito di rilevanza dell'elemento causale. Si cfr. in argomento G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, (in particolare) p. 220 ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 84 ss., ove l'A., al fine di individuare i tratti che permettano di distinguere tra i diversi tipi negoziali, propone un'analisi di tipo casistico che guardi ora al contenuto del contratto, ora alla qualità delle parti, al modo di perfezionamento (e ad altri elementi); G. GITTI, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Rivista di diritto civile*, 5/2008, I, p. 491 ss.

<sup>100</sup> Si v. in argomento G. DE NOVA, *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, nota a Corte di giustizia delle Comunità Europee, 19 aprile 1994, n. C.331/92, in *I Contratti*, 1/1995, p. 106 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, II, p. 705 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*<sup>2</sup>, Torino, 2015, (in particolare) pp. 143-152.

delle tecniche di tutela da parte del legislatore europeo nella pure nota prospettiva rimediale<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> Si cfr. S. MAZZAMUTO-A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, (in particolare) pp. 1-28.

### **3.1. Segue:...le “operazioni economiche” ricomprese dall'art. 120 *quinquies* t.u.b.**

E' dunque da escludere che il legislatore abbia introdotto nel nostro ordinamento un nuovo tipo contrattuale.

Appare allora preliminarmente necessario tentare di declinare i caratteri degli schemi negoziali che possono essere ricompresi nell'ambito di applicazione della nuova disciplina sui contratti di credito immobiliare con l'avvertenza che le principali difficoltà che si incontrano in tale ricerca derivano dalla scelta del legislatore interno di riferirsi all'operazione economica nel suo complesso piuttosto che direttamente alle singole fattispecie contrattuali che la compongono: scelta che, se appare comprensibile da parte del legislatore sovranazionale, crea non poche perplessità quando viene compiuta da quello interno per le incertezze che possono manifestarsi in sede applicativa<sup>102</sup>.

L'art. 120 *quinquies*, c. 1°, lett. c), si riferisce a due diverse operazioni economiche<sup>103</sup> che, in un primo momento, si descriveranno in modo generico.

<sup>102</sup> La normativa europea, una volta recepita, non è infatti suscettibile di un'ulteriore attuazione e specificazione se non attraverso un'apposita modifica successiva. Un intervento di tal fatta, sebbene potenzialmente idoneo a risolvere le questioni controverse, rivelerebbe comunque l'aver vanificato l'occasione fisiologicamente deputata alla attuazione della normativa europea in chiave interna, tenendo conto cioè delle specificità e delle categorie proprie dell'ordinamento di recepimento.

<sup>103</sup> Il riferimento all'operazione economica piuttosto che al contratto è ricorrente in molte delle ipotesi in cui il legislatore – soprattutto nell'ambito dei rimedi – guarda al fenomeno economico nel suo complesso piuttosto che ad un tipo negoziale determinato ed è “alternativo” rispetto ad altre qualificazioni dogmatiche (si pensi al “contratto collegato”, alla “pluralità di negozi”). Si cfr. sul tema, E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Rivista di diritto civile*, 2/2003, p. 91 ss.; ID., *Contratto e operazione economica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, agg. \*\*\*\*\*, Torino, 2011, p. 243 ss.; G. GITTI, *La tenuta del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, cit., p. 491 ss.

Nella prima, il finanziatore concede o si impegna a concedere un credito a favore del consumatore. L'adempimento dell'obbligo restitutorio della somma “mutuata” viene garantito dalla concessione di un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente ad oggetto beni immobili residenziali. Nella seconda, il credito concesso o promesso dal finanziatore al consumatore deve essere «finalizzato all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà» su un terreno o su un bene immobile edificato o progettato.

Le due “operazioni” descritte in modo sommario sono accomunate quindi dal tipo di prestazione gravante sul finanziatore e dalle modalità in cui essa può essere eseguita: in entrambe le ipotesi il finanziatore concede o si impegna alla concessione di credito sotto forma di dilazione di pagamento, prestito o altra facilitazione finanziaria. Detto altrimenti, concedere o promettere di concedere una dilazione di pagamento, un prestito o un'altra facilitazione finanziaria rappresentano i modi in cui il professionista può diventare creditore del consumatore, provvedendo a dotarlo della disponibilità di una somma di danaro di cui quest'ultimo non dispone o non vuole privarsi. Ulteriore tratto comune può cogliersi nel riferimento a beni immobili (residenziali nel primo caso, quale oggetto del diritto di garanzia ipotecaria ed immobili *tout court* nel secondo). Il carattere discreto tra le due operazioni di cui all'art. 120 *quinquies*, c. 1°, lett. c) del t.u.b. sembra ravvisabile allora nella prestazione del debitore il quale, se in entrambe si obbliga alla restituzione del *tantundem* maggiorato degli interessi (innanzitutto di quelli corrispettivi), nella prima operazione, al fine di garantire il soddisfacimento del proprio “bisogno di credito” concede al finanziatore un'ipoteca, nella seconda diviene “mutuatario” di un «credito finalizzato» essendosi impegnato, al momento della conclusione del contratto, ad impiegare la somma di danaro “mutuata” per la realizzazione di fini determinati.

Descritte le operazioni economiche che il legislatore sottopone alla nuova disciplina sul credito immobiliare, può tentarsi di individuare – senza alcuna pretesa di completezza – i contratti tipici (legalmente o socialmente) o (squisitamente) atipici che possono comporre.

Alla prima operazione (concessione di credito non finalizzato cui accede la costituzione di garanzia ipotecaria), possono essere ricondotti innanzitutto “i contratti di finanziamento” che prima della novella al t.u.b. in esame rientravano nell'ambito di disciplina del «credito fondiario» (artt. 38-42 t.u.b.), normativa che oggi si applica ai finanziamenti a medio e lungo termine concessi a soggetti diversi dai consumatori; i contratti di mutuo<sup>104</sup> (anche consensuale, visto il riferimento dell'art. 120 *quinquies*, c.1., lett. b, t.u.b. non solo alla «concessione» ma anche alla promessa o all'«impegno di concedere»<sup>105</sup>); il contratto di apertura di credito bancario a tempo determinato. In queste fattispecie il credito viene erogato mediante “prestito”. E' più difficile individuare con precisione degli schemi in cui il credito possa essere erogato mediante una “facilitazione finanziaria” (per la formulazione onnicomprensiva che caratterizza tale locuzione) o attraverso una “dilazione di pagamento”, dato che comunemente quest'ultima presuppone un debito già esistente. Potrebbe pensarsi, allora, al contratto di vendita a rate di un bene immobile alienato dallo stesso finanziatore, al contratto di finanziamento che il consumatore stipula al fine di ridurre l'esposizione debitoria maturata nel corso di un precedente rapporto di credito, al *leasing* traslativo. Ancora una volta, sembra opportuno ricordare

<sup>104</sup> Si cfr., per alcuni spunti di riflessione, G. D'AMICO, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, in *I Contratti*, 1/2017, p. 87 ss.

<sup>105</sup> La precisazione non appare secondaria considerato l'ampio dibattito che nel nostro ordinamento ha caratterizzato il tema della necessaria realtà del contratto di mutuo nonostante la previsione di cui all'art. 1822 c.c. Per una sintesi, si v. B. GARDELLA TEDESCHI, *Mutuo (contratto di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1994, XI, p. 537 ss.; A. GALASSO, *Le situazioni soggettive nei contratti di credito*, cit., p. 67 ss.; S. MAZZAMUTO, *Mutuo di scopo*, cit.

che perché l'operazione economica conclusa tra finanziatore e consumatore possa rientrare nell'ambito del credito immobiliare è necessario che il contratto di credito, prescindendo dallo schema negoziale utilizzato, sia assistito da ipoteca (di qualsiasi grado) che, ai sensi dell'art. 120, c. 1°, lett. c) del t.u.b. deve essere concessa «sul diritto di proprietà o su altro diritto reale» (quali ad esempio: usufrutto, superficie ed enfiteusi) avente ad oggetto un bene immobile residenziale, destinato cioè all'uso di civile abitazione.

Con riferimento alla seconda operazione (che realizza la concessione di un credito “finalizzato”) oltre agli schemi contrattuali individuati con riferimento alla prima, si può includere il mutuo di scopo consensuale (ancora una volta per l'espreso riferimento all'impegno di concedere credito) ed il contratto c.d. *rent to buy*. A differenza della prima operazione economica, caratterizzata dalla concessione della garanzia ipotecaria, a contraddistinguere la seconda è la finalizzazione del credito «all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato» ed, in considerazione di ciò, gli schemi negoziali che possono comporre tale operazione economica sembrano rinvenirsi nel contratto di compravendita, con e senza patto di riscatto, nel contratto di permuta. Per quanto riguarda “i negozi conservativi”, potrebbe richiamarsi il contratto di appalto d'opera per la ristrutturazione dell'immobile, ma solo se garantito (l'art. art. 120 *sexies*, lett. h), del t.u.b. esclude infatti dall'ambito di applicazione delle disposizioni sul credito immobiliare «i contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale»). Ancora, sembra possibile includere tra gli schemi attraverso i quali il consumatore può “conservare il diritto di proprietà” su un bene il contratto di finanziamento con cui ripianare la propria situazione debitoria ed evitare la perdita del diritto di proprietà sul bene mediante la sua vendita forzata. Con riferimento all'operazione economica in esame il

legislatore interno si riferisce a beni privi della qualificazione “residenziale”. Come si è visto può trattarsi di un terreno (fondo rustico o area edificabile) o di un immobile edificato o progettato (e quindi di un fabbricato costruito o da costruirsi).

Quanto alla forma dei contratti di credito immobiliare, l'art. 120 *noviesdecies* t.u.b. richiama, tra gli altri, l'art. 117 t.u.b. che prevede che i contratti debbano essere redatti per iscritto e che un esemplare vada consegnato al cliente.

Ai “contratti di credito immobiliare” oltre alle norme contenute dal capo I *bis* del t.u.b. e a quelle richiamate dall'art. 120 *noviesdecies* t.u.b. (segnatamente: gli artt. 117, 118, 119, 120, c. 2°, 120 *ter*, 120 *quater*, 125 *sexies*, c.1° t.u.b.) sono applicabili, in caso di lacune, le norme generali regolatrici dei contratti di cui al titolo II del libro IV e quelle sui tipi e, ove non derogate, le disposizioni contenute nel “codice del consumo” dato che ricorrono i requisiti soggettivi di applicazione.

Guardando infine ai contratti che l'art. 120 *sexies* t.u.b. esclude dall'ambito di applicazione della disciplina contenuta dal capo I *bis*, si segnalano il contratto di “prestito vitalizio ipotecario”, tutti i contratti di credito la cui durata è indeterminata, i contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale anche di importo superiore ad euro 75.000 (operazione che il d.lgs. n. 72 del 21 aprile 2016 ha ricondotto nell'ambito di applicazione della disciplina del «credito ai consumatori»).

#### 4. L'attuazione della disciplina sul credito immobiliare ai consumatori nell'ordinamento tedesco.

In ambiente tedesco, il recepimento della direttiva sul credito immobiliare ai consumatori ha preso avvio con la presentazione al Parlamento federale del disegno di legge governativo 18/5922 approvato il 7 settembre 2015<sup>106</sup>. Il testo definitivo del provvedimento *Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften*<sup>107</sup> è stato licenziato dal Parlamento federale durante la 155<sup>a</sup> seduta svoltasi il 18 febbraio 2016, sulla base delle raccomandazioni e dei rapporti del Comitato per gli affari legali e la protezione dei consumatori<sup>108</sup>.

La legge in esame ha apportato numerose modifiche al *Bürgerliches Gesetzbuch*, molte delle quali sono confluite nel Libro II dedicato, com'è noto, alle obbligazioni. In particolare, è stato modificato il capo 2 (relativo alla normativa speciale per i contratti di credito ai consumatori<sup>109</sup>) del titolo

<sup>106</sup> Il contenuto della proposta legislativa è disponibile all'indirizzo <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/059/1805922.pdf>

<sup>107</sup> Il provvedimento 84/16 è entrato in vigore in data 21 marzo 2016 ed è consultabile all'indirizzo

[http://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BGBl\\_GE\\_Wohnimmobilienkreditrichtlinie.pdf;jsessionid=16503F125B9837A5C4A642D73D7A7EDE.2\\_cid297?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/BGBl_GE_Wohnimmobilienkreditrichtlinie.pdf;jsessionid=16503F125B9837A5C4A642D73D7A7EDE.2_cid297?__blob=publicationFile&v=1)

<sup>108</sup> Per ulteriori riferimenti ai lavori preparatori si cfr. il documento *Referentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz* del 18 dicembre 2014 ed il documento *Gesetzentwurf der Bundesregierung* dell'11 agosto 2015, disponibili all'indirizzo

[http://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Umsetzung\\_Wohnimmobilienkreditrichtlinie.html](http://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Umsetzung_Wohnimmobilienkreditrichtlinie.html)

<sup>109</sup> Capo già emendato in occasione del recepimento della direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori, dalla *Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht* approvata il 29 luglio 2009 ed entrata in vigore l'11 giugno 2010.

3 (sui contratti di credito, agevolazioni finanziarie e contratti di credito a rate tra consumatore e professionista).

Alla luce di tali modifiche la normativa concernente i contratti di credito immobiliare ai consumatori<sup>110</sup> è oggi contenuta principalmente nei parr. 491-515 del BGB, ove vengono disciplinati anche i contratti di credito non immobiliare ai consumatori (cc.dd. *Verbraucherdarlehensverträge*).

Inoltre la legge 84/16 ha disposto modifiche ed integrazioni nei confronti di molteplici segmenti normativi e segnatamente (tra i più rilevanti) le disposizioni preliminari al codice civile<sup>111</sup>, il codice di commercio<sup>112</sup>, il regolamento sui prezzi<sup>113</sup> e la legge bancaria<sup>114</sup>.

In accordo con le disposizioni contenute dalla direttiva n. 17 del 2014, (anche) il legislatore tedesco ha delimitato l'ambito di applicazione della normativa europea sui contratti di credito immobiliare ai consumatori facendo riferimento, nel § 491 BGB, c. 3, ai contratti di credito onerosi<sup>115</sup> garantiti da ipoteca o da altro diritto reale o a quelli che sono destinati all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà o di altri diritti immobiliari su un terreno, su un bene immobile esistente o da costruire<sup>116</sup>.

<sup>110</sup> Deve evidenziarsi che, nel rispetto della definizione di contratto di credito contenuta nella direttiva n. 17 del 2014, il §506 BGB estende l'ambito di applicazione della normativa in analisi anche ai contratti di credito conclusi nella forma della dilazione di pagamento o di altra agevolazione finanziaria.

<sup>111</sup> *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, approvate il 18 agosto 1896. Sono stati modificati, in particolare, i parr. 1 e 3 dell'art. 247 che contengono la disciplina di dettaglio degli obblighi informativi precontrattuali di cui al par. 491a BGB.

<sup>112</sup> *Handelsgesetzbuch* del 10 maggio 1897. In particolare è stato modificato il par. 253 relativo alle iscrizioni in bilancio di attività e passività.

<sup>113</sup> *Preisangabenverordnung* emanato il 14 marzo 1985. La modifica ha riguardato esclusivamente i parr. 1-3 relativi alle disposizioni di base e il par. 6, nella parte relativa ai costi per la valutazione dei beni immobili.

<sup>114</sup> *Kreditwesengesetz* del 10 luglio 1961. Qui si segnala il par. 18a relativo alla valutazione del merito creditizio dei mutuatari nei contratti di credito ai consumatori ed in quelli immobiliari.

<sup>115</sup> La precisazione è rilevante stante la diversa disciplina contenuta nei parr. 514 e 515 BGB per i contratti di credito gratuiti.

<sup>116</sup> Il c. 3 del § 491 BGB lett.: *«Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge sind entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer als Darlehensgeber und*

Parte della dottrina, valorizzando la scelta operata dal legislatore germanico di prevedere in un unico paragrafo del BGB (il § 491 BGB) la definizione di contratto di credito al consumatore – ricomprendendo al suo interno *die Allgemein-Verbraucherdarlehensverträge* e *die Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge* – ha affermato che in tal modo sarebbero disciplinati due sottotipi di contratti di credito ai consumatori, riconducibili alla fattispecie generale del “contratto di credito con il consumatore”<sup>117</sup>.

Il legame tra i due sottotipi negoziali risulta evidente anche dall'applicazione – disposta dal BGB prima del recepimento della normativa *ad hoc* di origine europea – delle disposizioni sui contratti di credito generale ai consumatori ai contratti di credito immobiliari. L'art. 503 BGB, prima della legge 84/16, si limitava infatti ad annoverare i paragrafi del capo 2, titolo 3, Libro II del BGB che non dovevano applicarsi ai contratti di credito assistiti da ipoteca<sup>118</sup>.

Parte degli interpreti ha affermato che nonostante la direttiva 2008/48/CE non si applicasse formalmente ai contratti di credito garantiti da ipoteca, la scelta compiuta dal legislatore tedesco di estenderne alcune previsioni a favore dei consumatori sarebbe stata giustificata dal valore elevato di tali contratti di credito e dai rischi derivanti dai contratti di credito ipotecario<sup>119</sup>.

*einem Verbraucher als Darlehensnehmer, die 1. durch ein Grundpfandrecht oder eine Reallast besichert sind oder 2. für den Erwerb oder die Erhaltung des Eigentumsrechts an Grundstücken, an bestehenden oder zu errichtenden Gebäuden oder für den Erwerb oder die Erhaltung von grundstücksgleichen Rechten bestimmt sind.*

<sup>117</sup> Si cfr. S. OMLOR, *Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 3/2017, p. 112 ss. L'A., dopo avere rilevato che tale opzione deriva dagli ambiti di applicazione complementari delle due direttive sul credito ai consumatori, sottolinea come la scelta di procedere ad un recepimento “per sottotipi” sia operata dal legislatore tedesco e non da quello europeo.

<sup>118</sup> Si trattava, in particolare, del § 497, c. 2, c. 3 frase 1, 2, 4, 5 e dei §§ 499, 500 e 502.

<sup>119</sup> Si v. C. MÖLLER, § 491 BGB *Verbraucherdarlehensvertrag*, in *Beck'sher Online-Kommentar BGB*, 2016, Bamberger/Roth, 40 Edition, Rn. 2.

Tra i contratti che il legislatore germanico ha deciso invece di escludere espressamente dall'applicazione della normativa europea sul credito immobiliare rilevano i contratti offerti dai datori di lavoro ai loro dipendenti ad un tasso annuo effettivo inferiore a quello di mercato<sup>120</sup>; i contratti conclusi nell'interesse pubblico con un numero circoscritto di persone, a condizioni più favorevoli di quelle di mercato<sup>121</sup>; i cc.dd. contratti di credito immobiliare *equity release*<sup>122</sup>.

Ai sensi del c. 4 del par. 491 BGB, non si applicano inoltre molte delle disposizioni contenute nel capo sul credito immobiliare ai consumatori (tra le più rilevanti: quelle sul diritto di recesso; sulle informazioni precontrattuali, sull'obbligo di forma scritta e sulla valutazione del merito creditizio) ai contratti di credito conclusi nel corso di un procedimento giudiziario o determinati, quanto alle condizioni e al contenuto, in una decisione giudiziaria a seguito di una transazione conclusa tra le parti.

Vengono esclusi indirettamente dall'ambito di applicazione della nuova normativa sui contratti di credito immobiliare i contratti di credito che non costituiscono (neppure) contratti di credito generale ai consumatori: si tratta dei negozi citati dal c. 2 del par. 491 BGB alla cui parte “debole” non viene accordata la tutela più favorevole prevista dalla disciplina di

<sup>120</sup> Il par. 491, c. 2, frase 2 n. 4 prevede infatti che rimangano esclusi i contratti che sono offerti dai datori di lavoro ai loro dipendenti come prestazione secondaria rispetto al contratto di lavoro ad un tasso annuo effettivo inferiore (§ 6 del regolamento sui prezzi) a quello di mercato e che non sono offerti ad altre persone.

<sup>121</sup> Ai contratti che sono conclusi solo con un numero limitato di persone nel rispetto della normativa e nell'interesse pubblico, quando nel contratto le condizioni sono stipulate in modo più favorevole per il mutuatario rispetto a quelle di mercato e il tasso di interesse di mercato è più alto (§ 491, c. 2 n. 5), il c. 3 del par. 491 BGB prevede si applichi solamente il c. 4 del par. 491a sugli obblighi di informazione precontrattuali.

<sup>122</sup> Definiti dai nn. 1 e 2, c. 3, del par. 491 BGB come i contratti in cui il mutuante concede una somma forfettaria, dei pagamenti periodici o effettua altre forme di erogazione del credito ed in cambio riceve solo un importo dei futuri proventi derivanti dalla vendita di un bene immobile residenziale o acquisisce un diritto su un bene immobile residenziale e richiede il rimborso solo dopo la morte del consumatore, salvo in caso di violazione, da parte del consumatore, dei propri obblighi contrattuali che consenta al creditore di risolvere il contratto di credito.

origine europea per una serie di ragioni quali l'esiguità dell'importo del credito concesso (n. 1), lo spazio temporale ristretto nel quale si svolge il rapporto negoziale (n. 3), la limitazione preventiva della responsabilità del mutuatario, in caso di inadempimento dell'obbligo restitutorio, al bene concesso in garanzia (n. 2) o, ancora, la regolazione del rapporto negoziale secondo condizioni contrattuali più favorevoli rispetto a quelle di mercato (nn. 4 e 5).

Sebbene i limiti della trattazione non consentano di analizzare compiutamente la normativa tedesca di recepimento della direttiva sul credito immobiliare ai consumatori (l'analisi si soffermerà prevalentemente sulle conseguenze previste in quell'ordinamento in caso di violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore), deve rilevarsi che il legislatore germanico ha adottato una normativa che, se per molti versi ricalca quella comunitaria, in molti casi – nel rispetto dei limiti imposti dai profili di armonizzazione massima – se ne discosta, restituendo all'interprete l'immagine di un recepimento ragionato e autenticamente volto a soddisfare le istanze di protezione del consumatore. La normativa tedesca di attuazione è infatti il frutto dell'esercizio da parte del legislatore germanico di una serie di facoltà che la direttiva ha rimesso alla discrezionalità degli Stati membri e che, in quel contesto, sono state positivamente esercitate<sup>123</sup>.

<sup>123</sup> A titolo esemplificativo, relativamente alla requisito della forma scritta del contratto di credito, si rifletta sulla precisazione che intende il requisito soddisfatto quando la proposta e l'accettazione sono dichiarate separatamente per iscritto dalle parti del contratto di credito (§ 492, c. 1 BGB). O, ancora, relativamente alla sottoscrizione del contratto da parte del mutuante, sulla precisazione che stabilisce che essa non sia necessaria quando venga redatta mediante un dispositivo elettronico (§ 492, c. 1 BGB). Costituisce esempio di tale maggiore specificità della normativa in esame (rispetto a quella italiana) anche la previsione di un termine determinato (1 mese) da cui inizia a decorrere quello per l'esercizio del diritto di recesso nel caso in cui le informazioni precontrattuali vengano veicolate tardivamente (§ 492, c. 6 BGB).

## CAPITOLO II

Gli obblighi di comportamento gravanti sugli operatori finanziari nello svolgimento di attività di concessione del credito immobiliare

*SOMMARIO: 1. Gli obblighi di comportamento “generali” previsti dalla direttiva 2014/17/UE ed il nuovo art. 120 septies del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – 1.1 Segue:...il riferimento alle clausole generali della diligenza e della correttezza – 2. Le informazioni pubblicitarie – 3. Gli obblighi precontrattuali di informazione – 4. L'obbligo di valutazione del merito creditizio – 5. La prestazione dei servizi di consulenza*

### **1. Gli obblighi di comportamento “generali” previsti dalla direttiva 2014/17/UE ed il nuovo art. 120 septies del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.**

I cenni svolti nei paragrafi precedenti circa i profili generali e l'ambito di applicazione della direttiva 2014/17/UE (nel contesto europeo ed in quello interno) consentono adesso di concentrare l'attenzione su uno degli aspetti più rilevanti della disciplina in tema di credito immobiliare sui quali è intervenuto il legislatore europeo, ossia quello concernente le numerose regole di comportamento previste in capo ai soggetti professionali coinvolti nelle attività di concessione di credito immobiliare.

Tali prescrizioni sono finalizzate al perseguimento di obiettivi che si sostanziano, principalmente (ma senza esaurirvisi), nell'assunzione consapevole e responsabile della posizione debitoria da parte del consumatore ed, indirettamente, nell'integrità del mercato del credito immobiliare.

Il capo terzo della direttiva, dedicato alle condizioni applicabili ai creditori, agli intermediari del credito e ai rappresentanti designati, si apre con una disposizione (l'art. 7), rubricata «norme di comportamento da rispettare quando si concedono crediti ai consumatori», che onera gli Stati membri di esigere che gli “operatori del credito” ossia i “creditori” e gli intermediari del credito” (in ambito interno i finanziatori, i mediatori creditizi e gli agenti in attività finanziaria), nello svolgimento delle proprie attività, agiscano in maniera «onesta, equa, trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori».

Come emerge chiaramente dalla lettura dei paragrafi di cui l'art. 7 si compone, il dovere per i soggetti professionali di agire attraverso un comportamento ispirato ai principi di equità, onestà, trasparenza e professionalità, tenendo nella dovuta considerazione i diritti e gli interessi dei consumatori, assume rilievo non solo nel momento della concessione del credito – come forse per esigenze di sintesi prevede la rubrica – ma in tutte le fasi in cui si articola la relazione con il consumatore.

Il paragrafo n. 1 dell'art. 7 prevede infatti che il rispetto di tali regole di condotta sia dovuto già dalla «messa a punto» dei prodotti creditizi e che perduri anche durante la fase di esecuzione del contratto di credito.

Come si è detto, inoltre, i paragrafi 2-5 dell'art. 7 – al fine di garantire che le regole contenute nel par. 1° non vengano compromesse dalle scelte aziendali adottate dagli operatori creditizi nell'ambito dell'organizzazione imprenditoriale – stabiliscono che gli Stati membri attuino delle misure, inerenti alle «politiche retributive», attraverso le quali evitare che possa essere pregiudicato il rispetto dei doveri di comportamento enunciati.

La conformità dell'agire degli operatori del credito ai principi di equità, onestà, trasparenza e professionalità non esaurisce gli obblighi

generali di condotta<sup>124</sup> cui tutti gli operatori creditizi sono sottoposti. Essi infatti, a norma dell'art. 7, devono anche basare la propria attività sulle informazioni relative alla situazione del consumatore, su ogni bisogno particolare che questi ha comunicato e sulle ipotesi ragionevoli circa i rischi cui la posizione economica del contraente debole è esposta per tutta la durata del contratto di credito.

Il legislatore europeo disegna direttamente le regole di comportamento primarie cui assoggettare gli operatori del credito e, nel provvedervi, si serve del ricorso alle clausole generali della onestà, equità, trasparenza e professionalità.

Tale approccio, già consolidato in altri ambiti della disciplina privatistica di origine comunitaria e soprattutto in quelli i cui attori sono ritenuti capaci, con il loro comportamento, di compromettere e pregiudicare in modo considerevole l'integrità del mercato anche a livello macroeconomico<sup>125</sup>, appare invece innovativo con riferimento al contiguo

<sup>124</sup> L'aggettivo “generale” e talvolta “primario” (o le loro declinazioni) viene utilizzato in quanto, come si dirà meglio nel prosieguo, si ritiene che gli obblighi di comportamento di cui all'art. 7 della direttiva 2014/17/UE rappresentino il fulcro degli ulteriori obblighi di condotta previsti dalla disciplina europea del credito immobiliare posti, rispetto alle altre regole di condotta dal contenuto più specifico, in una relazione di “continenza sostanziale” che ne fa emergere la comune derivazione.

<sup>125</sup> Si pensi in particolare alla normativa dettata con riferimento al mercato degli strumenti finanziari. Già la direttiva 93/22/CEE (all'art. 11) prevedeva tra le norme di comportamento da rispettare nella prestazione di servizi di investimento ai clienti, che le imprese autorizzate agissero in modo «leale ed equo». Successivamente, la direttiva 2004/39/CE (all'art. 19) (prima della rifusione) ha sostituito il riferimento alla lealtà con quello alla «onestà», stabilendo che le imprese di investimento dovessero agire «in modo onesto, equo e professionale per servire al meglio gli interessi dei loro clienti». Specularmente, l'art. 25 onerava gli Stati membri di provvedere a mettere in atto le misure appropriate per consentire alle autorità competenti di controllare le attività delle imprese autorizzate al fine di assicurarsi che esse operassero «in modo onesto, equo e professionale in maniera da rafforzare l'integrità del mercato». Prescrizioni dal contenuto sovrapponibile a quella appena esaminate si ritrovano anche nella nuova direttiva 2014/65/UE che, nel considerando n. 86, stabilisce che, sebbene le misure destinate a proteggere gli investitori dovrebbero essere adeguate alle specificità proprie di ciascuna categoria cui gli investitori appartengono (clienti al dettaglio, professionali e controparti), «i principi dell'agire in modo onesto, equo e professionale e l'obbligo di essere corretti, chiari e non fuorvianti» si applichino alle relazioni con qualsiasi cliente (prescindendo

settore bancario e creditizio.

Simili statuizioni non sono infatti contenute né nella direttiva 87/102/CEE<sup>126</sup>, né nella successiva normativa introdotta dalla direttiva 2008/48/CE<sup>127</sup>, entrambi interventi comunitari che certamente indicano gli obblighi di comportamento specifici degli operatori creditizi, senza tuttavia dettare i principi generali cui tali soggetti devono ispirare la propria condotta.

Con ciò ovviamente non si vuole dire che nel settore del credito ai consumatori gli operatori professionali siano esentati dal rispetto di doveri di comportamento da inquadrarsi tramite il ricorso alle clausole generali di diritto comune (a titolo esemplificativo: non solo fornire un'informazione, ma fornirla in modo diligente; non limitarsi ad inserire alcuni elementi nelle comunicazioni pubblicitarie, ma congegnarle in modo da assicurarne la trasparenza), quanto piuttosto sottolineare che nella nuova disciplina del credito immobiliare il legislatore europeo non ha rinunciato a fissare direttamente i principi che devono essere rispettati dagli operatori del

dunque dalla sua qualità soggettiva), al fine di migliorare il quadro regolamentare applicabile alla prestazione dei servizi. Tali principi vengono declinati in regole di comportamento dall'ambito più specifico negli articoli 24 e 30 della direttiva.

Ancora, il Regolamento (UE) n. 600/2014, che insieme alla direttiva 2014/65/UE costituisce il quadro giuridico di riferimento della disciplina dei requisiti applicabili alle imprese di investimento, ai mercati regolamentati e ai fornitori di servizi di segnalazione prevede, nell'art. 24 (rubricato «obbligo di sostenere l'integrità dei mercati»), che le autorità competenti, coordinate dall'*European Securities and Markets Authority*, (...) sorvegliano «le attività delle imprese di investimento al fine di assicurarsi che esse operino in modo onesto, equo e professionale e in maniera da rafforzare l'integrità del mercato».

<sup>126</sup> Direttiva 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo, pubblicata nella *G.U.* n. *L 042* del 12 febbraio 1987.

Prima di venire abrogata espressamente dalla direttiva 2008/48/CE, la direttiva 87/102/CEE ha subito due importanti modifiche in merito alle modalità di calcolo del TAEG ad opera della direttiva 90/88/CEE e della direttiva 98/7/CE, interventi normativi che – proprio per la loro portata innovativa limitata – non contemplavano regole inerenti ai doveri di comportamento degli operatori creditizi.

<sup>127</sup> Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, pubblicata nella *G.U.* n. *L 133/66* del 25 maggio 2008.

credito nell'esecuzione degli obblighi di condotta loro imposti.

Da tale impostazione deriva che l'armonizzazione delle discipline normative degli Stati membri avrà ad oggetto non solo gli obblighi specifici che devono essere eseguiti dagli operatori del credito ma anche i principi generali, con la conseguenziale riduzione della discrezionalità degli Stati membri circa la loro determinazione. Non possono non notarsi, inoltre, le ricadute che la fissazione diretta dei principi a livello sovranazionale può riverberare sul modo in cui le clausole generali di diritto comune vengono abitualmente intese all'interno dei singoli ordinamenti nazionali nel particolare settore delle operazioni creditizie. La matrice europea di tali principi induce infatti a preannunciare un dialogo fecondo tra la Corte di Giustizia e quelle nazionali in ordine, innanzitutto, alla determinazione del significato da attribuire a tali principi nel contesto della normativa europea del credito immobiliare ai consumatori e, in seconda battuta, in ordine all'aderenza delle normative interne di recepimento rispetto alla formulazione dei principi, compatibilità da vagliare alla luce del diritto comunitario. Dialogo tra le Corti che, stante la varietà delle tradizioni giuridiche degli Stati membri, lascia ipotizzare una sempre più attuale contaminazione dei modelli giuridici.

Ad indurre il legislatore sovranazionale ad intervenire sulla regolamentazione dei doveri di comportamento degli operatori creditizi nei termini precisati ha provveduto, come noto, la crisi del mercato dei *subprime*<sup>128</sup>, avvenimento che ha reso attuale la sensibilità dei mercati dei

<sup>128</sup> Di tale correlazione dà atto la stessa direttiva 2014/17/UE che, nel considerando n. 3, rileva «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».

Per un'analisi del legame tra l'agire irresponsabile degli operatori del credito immobiliare e la crisi finanziaria, si v. S. VAN ERP – B. AKKERMANS, *Public or private harmonisation of EU mortgage market?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1/2013, p. 43 ss. Per una breve ricostruzione del fenomeno, si v. anche G. CARRIERO, *La*

singoli Stati membri (attesa la loro interdipendenza) nei confronti degli effetti nefasti (provenienti oltretutto *ab extra* Unione europea) causati dalle condotte irresponsabili degli operatori finanziari nella concessione del credito immobiliare.

Proprio tale ricettività del mercato alle fluttuazioni del credito immobiliare, “agorà (per molti individui) a frequentazione necessaria”<sup>129</sup> e caratterizzata peraltro dalla circolazione di beni dal valore economico spesso rilevante, sembra costituire la ragione metagiuridica della previsione dei doveri generali di comportamento precisati nei termini cui prima si è fatto riferimento, piuttosto che un generale mutamento di tendenza da parte del legislatore europeo<sup>130</sup>.

Difatti specialmente in un settore che il legislatore europeo reputa rilevante sul piano socioeconomico, qual è quello relativo al credito immobiliare, l'imposizione di doveri di condotta attraverso la tecnica normativa della formulazione per clausole generali presenta il vantaggio di

*nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee di indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in A.A. V.V. *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 50-53; A. LUPOLI, *La direttiva 17/2014, il mercato del credito immobiliare e la consulenza al credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2/2016, p. 234 ss. ed in particolare p. 238 ove l'A. precisa che l'esperienza degli Stati Uniti ha mostrato che un mercato immobiliare reso estremamente liquido «può generare crediti scadenti, in quanto la mancanza di qualità del credito (secondi gli schemi classici legati alle capacità finanziarie del debitore) è assorbita dalla liquidità con la quale la garanzia (l'immobile) può essere monetizzata, così trasformando l'escussione della garanzia da momento patologico del rapporto a momento fisiologico». Per un'analisi più approfondita si cfr. altresì ID., *Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan*, in *Rivista di diritto bancario*, 12/2015, p. 1 ss.

<sup>129</sup> Mette in risalto il notevole ricorso al credito da parte dei consumatori quale strumento spesso necessario per l'acquisto di beni immobili G. D'AMICO, *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, cit., p. 87 ss.

<sup>130</sup> Non a caso del dovere per il professionista di comportarsi secondo equità, onestà, professionalità e trasparenza non si trova alcun riferimento esplicito né nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, né nella recentissima direttiva 2015/2302/UE relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati. Entrambi quadri normativi in cui l'attività del professionista, per generalità dell'ambito di applicazione nel primo caso e per la specificità del perimetro applicativo nel secondo, verosimilmente non sono ritenuti in grado di produrre effetti dirompenti sul sistema finanziario.

permettere di vagliare l'apprezzamento della rispondenza ai loro precetti di una serie di comportamenti che, sebbene posti in essere nel rispetto degli obblighi di condotta specifici pure disciplinati dalla direttiva, potrebbero essere contrari a finalità ed aspetti essenziali della disciplina che la tecnica della fattispecie<sup>131</sup>, proprio per la specificità che la connota, potrebbe non riuscire a valorizzare in modo adeguato.

Pregio delle clausole generali<sup>132</sup> è infatti quello di tracciare direttive di comportamento che coprano una molteplicità di situazioni, lasciando al giudice quel margine di potere operativo indispensabile perché la decisione che è chiamato a pronunciare possa riuscire aderente al conflitto di interessi in gioco.

In termini simili, all'emanazione di una regolamentazione per clausole generali il legislatore sovranazionale ha fatto ricorso anche in occasione dell'approvazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali<sup>133</sup>. Ed è interessante notare come, in questa sede, la scelta

<sup>131</sup> Per una recente meditazione sul tema della fattispecie si v. N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2014, p. 36 ss. e le osservazioni in risposta di A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Rivista di diritto civile*, 2/2015, p. 245 ss.

<sup>132</sup> La riflessione della letteratura civilistica in merito alle clausole generali è sterminata. Qui ci si limita a segnalare: A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, p. 539 e ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, p. 9 ss.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, p. 21 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987, p. 709 ss.; G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In Iure Praesentia*, 1989, p. 427 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1998, I, p. 1 ss.; D. MESSINETTI, *I principi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, p. 7 ss.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; F. FORCELLINI e A. IULIANI, *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e diritto privato*, 2/2013, p. 395 ss.

<sup>133</sup> Si pensi, in particolare, al riferimento contenuto, in quel plesso normativo, alla contrarietà alla diligenza professionale. In argomento si v. C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e Contratti*, 6/2010, p. 408 ss.; N. ZORZI, *Le pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato*, in *Contratto e impresa*, 2/2010, p. 443 ss.; V. MELI, *Diligenza professionale, consumatore medio e regola de minimis nella*

di aver proceduto ad una “regolamentazione per principi” abbia ricevuto il plauso della Commissione europea<sup>134</sup>, per aver permesso alle autorità nazionali di adattarsi alla rapida evoluzione dei prodotti, dei servizi e dei sistemi di vendita e di prevenire così quei comportamenti sleali tenuti dagli operatori professionali diversamente non sanzionabili perché non riconducibili ad un divieto specifico nell'ambito di quelli previsti dalla direttiva<sup>135</sup>.

Sembra quindi questa la ragione che ha indotto il legislatore europeo – incidendo anche sulla discrezionalità degli Stati membri – a stabilire direttamente, tramite il ricorso alle clausole generali in analisi, pure i principi che devono essere rispettati dagli operatori del credito nell'adempimento degli obblighi di condotta loro imposti.

Che la previsione diretta di tali principi nel settore del credito immobiliare sia motivata anche dalla sua rilevanza socio-economica sembra dimostrato dalla circostanza che il legislatore sovranazionale ha fatto ricorso al medesimo approccio, oltre che nella già menzionata normativa sugli strumenti finanziari – dalla quale è stato mutuato<sup>136</sup> – anche nel settore

*prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, in La tutela del consumatore contro le pratiche commerciali scorrette nei mercati del credito e delle assicurazioni, a cura di V. Meli e P. Marano, Torino, 2011, p. 1 ss.*

<sup>134</sup> Si v. la comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato europeo economico e sociale sull'applicazione della direttiva sulle pratiche commerciali sleali, *Achieving a high level of consumer protection. Building trust in the Internal Market* del 14 marzo del 2013 che, al par. 2.1, definisce le clausole generali come regole che funzionano come «“catch all” provisions providing criteria which can be used, with a certain flexibility, to prevent unfair behaviour that is not covered by specific prohibitions».

<sup>135</sup> Non sfugge l'altra faccia della moneta: il sacrificio delle istanze di armonizzazione degli obblighi di comportamento tra le varie legislazioni degli Stati membri.

<sup>136</sup> La determinazione dei principi regolatori dell'agire delle imprese di investimento nel mercato degli strumenti finanziari, prima di confluire nella direttiva 93/22/CEE e negli interventi normativi comunitari successivi, è stata elaborata negli *International Conduct of Business Principles*, pubblicati nel dicembre del 1990 dall'*International Organization of Securities Commissions* (IOSCO). L'Organizzazione è intervenuta nuovamente sul tema, in questa occasione con un'attenzione limitata agli obblighi degli intermediari nella distribuzione di prodotti finanziari complessi, nel Gennaio del 2013 con la pubblicazione

assicurativo<sup>137</sup> che, insieme a quello bancario e a quello relativo ai servizi di investimento, costituisce il mercato unico dei servizi finanziari.

I doveri di comportamento cui fa riferimento il legislatore nel provvedimento europeo, come già precisato, sono di vario contenuto.

Nonostante tale diversità, nella loro esecuzione gli operatori professionali devono ispirarsi all'equità, all'onestà, alla trasparenza e alla

della raccomandazione *Suitability Requirements With Respect To the Distribution of Complex Financial Products* che, nonostante il campo di applicazione più specifico, ha mantenuto – nel principio n. 2 – l'obbligo di agire «honestly, fairly and professionally». Tra i primi Autori a mettere in luce la derivazione internazionale dei principi fatti propri dalla normativa europea contenuta dalla direttiva 93/22/CEE, si cfr. M.C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Europa e diritto privato*, 4/2000, p. 1049 ss. ove l'A., dopo aver ricostruito il significato da attribuire alle clausole generali in analisi nell'ambito del codice di condotta internazionale e nel contesto comunitario – rilevando una «disomogeneità» dei principi dovuta all'uso di un linguaggio «aziendalistico-applicativo» – , opera una differenziazione rispetto alle accezioni in cui tali clausole ricorrono nel sistema codicistico e, più in generale, nel diritto privato interno. Lo studio, che come si dirà meglio nel prosieguo – alla luce dell'impostazione seguita dal legislatore sovranazionale nella direttiva n. 17 del 2014 – riconferma la propria attualità, riconosce un'operatività più ampia alle clausole in esame nel contesto comunitario rispetto a quella che è riservata alle corrispondenti (diligenza e correttezza) in quello interno, in quanto la loro osservanza non si esaurisce nel rapporto negoziale instauratosi tra consumatore-cliente e professionista ma designa il modo in cui quest'ultimo deve comportarsi nel mercato.

Oltre che con riferimento al mercato degli strumenti finanziari, l'opportunità di dettare – a livello internazionale – alcuni principi specifici al cui rispetto sottoporre gli operatori professionali operanti nel settore finanziario (e dunque anche in quello creditizio) viene adombrata in occasione del *summit* del G 20 svoltosi a Seul nel 2010. In quella sede il Consiglio per la stabilità finanziaria (FSB) e l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OECD) sono stati incaricati di predisporre dei principi comuni sulla protezione dei consumatori nel settore dei servizi finanziari. La collaborazione si è risolta nella pubblicazione del documento *Final High-level Principles on Financial Consumer Protection* del 14-15 Ottobre 2011 che, al par. n. 3, stabilisce che «*all financial consumers should be treated equitably, honestly and fairly at all stages of their relationship with financial service providers*». Ulteriori precisazioni sullo svolgimento dei lavori sono contenute nel documento elaborato dal FSB, intitolato *Consumer Finance Protection with particular focus on credit* (che nell'allegato J contiene anche i principi citati), pubblicato il 26 Ottobre 2011 e disponibile all'indirizzo [http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r\\_111026a.pdf](http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_111026a.pdf).

<sup>137</sup> Anche la direttiva 2016/97/UE sulla distribuzione assicurativa, pubblicata sulla *G.U.* n. L 26/19 del 2 febbraio 2016, prevede infatti – all'art. 17 – che, nello svolgimento delle relative attività, i distributori di prodotti assicurativi agiscano sempre in modo «onesto, imparziale e professionale per servire al meglio gli interessi dei loro clienti». Il

professionalità. Nel considerando n. 31 della direttiva si afferma che il perseguimento di un livello adeguato di tali canoni, insieme ad un'azione che garantisca una gestione appropriata dei conflitti di interesse, appare essenziale per assicurare la fiducia dei consumatori.

Il riferimento ai precetti richiamati, specialmente quello all'onestà e all'equità, potrebbe suggerire che si tratti di obiettivi il cui raggiungimento è demandato solamente all'autoregolamentazione da parte degli operatori finanziari attraverso l'adesione volontaria ai cc.dd. "codici deontologici".

Tale ricostruzione sembra da escludersi in considerazione della circostanza che l'obbligo di agire secondo onestà, equità, professionalità e trasparenza (evitando situazioni di conflitto di interesse e tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori), oltre ad essere previsto espressamente dalla direttiva n. 17 del 2014, è considerato fondamentale per la protezione dei consumatori tanto da essere oggetto (anche) della normativa sulla vigilanza bancaria<sup>138</sup>. Del resto, già la «Proposta di direttiva in merito ai contratti di credito relativi a beni immobili residenziali» aveva rilevato, con riferimento al codice di condotta sull'informazione precontrattuale<sup>139</sup>, che la sua applicazione era risultata «incoerente e

riferimento alla imparzialità è sostituito da quello all'equità nell'art. 29, c. 2°, lett. b) e nell'art. 29, c. 4, lett. b).

Anche in questo contesto, inoltre, è il riferimento alle «attuali e recenti turbolenze finanziarie», contenuto nel considerando n. 10 della direttiva, a giustificare l'opportunità di rendere uniforme la normativa concernente la distribuzione dei prodotti assicurativi, con l'obiettivo di rafforzare la fiducia dei consumatori e di assicurare un livello adeguato di tutela dei loro interessi. Previsioni di analogo tenore non si rinvennero, invece, nella direttiva 2002/92/CE sulla intermediazione assicurativa, rifiuta nella direttiva 2016/97/UE.

<sup>138</sup> Per un'analisi dell'interazione tra norme di vigilanza e "norme di diritto privato" si cfr. S. GRUNDMANN, *The Banking Union Translated into (Private Law) Duties: Infrastructure and Rulebook*, in *European Business Organization Law Review*, 2015, p. 357 ss.; C. HADJEMMANUIL, *The Banking Union and Its Implications for Private Law: A Comment*, in *European Business Organization Law Review*, 2015, p. 383 ss. In ambiente interno si cfr. A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1/2012, p. 26 ss.

<sup>139</sup> Si tratta del *Voluntary code of conduct on pre-contractual information for home loans* negoziato da alcune organizzazioni europee per la tutela dei consumatori (tra cui Euro

insufficiente»<sup>140</sup>. Non risultano inoltre codici deontologici che si occupino specificamente degli obblighi di comportamento degli operatori bancari<sup>141</sup>.

Allo scopo di individuare il contenuto dei principi generali di cui all'art. 7 della direttiva sul credito immobiliare ai consumatori, l'Autorità bancaria europea (EBA) ha approvato le «*Guidelines on product oversight and governance arrangements for retail banking products*»<sup>142</sup> e le «*Guidelines on remuneration policies and practices related to the sale and provision of retail banking products and services* »<sup>143</sup>.

Nella versione italiana degli orientamenti ABE «sui dispositivi di governance e di controllo sui prodotti<sup>144</sup>, si precisa che l'intermediario dovrebbe «stabilire, attuare e rivedere periodicamente efficaci dispositivi di governance e di controllo sui prodotti» e che, nella fase di immissione sul mercato, tali dispositivi dovrebbero essere volti a «[...] garantire che gli

Coop) e alcune organizzazioni europee del settore creditizio (ECSA) e pubblicato il 5 marzo del 2001. Il testo è reperibile all'indirizzo [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/agreement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/agreement_en.pdf).

<sup>140</sup> Così la Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali, COM(2011) 142 definitivo, punto n. 1.

<sup>141</sup> Tale “lacuna” sembra confermata anche dal contenuto della interrogazione scritta che l'eurodeputato spagnolo Salvador Garriga Polledo rivolse alla Commissione il 29 aprile 2008 in cui chiedeva se non fosse il caso di predisporre degli schemi per un nuovo codice di condotta (diverso cioè da quello che disciplinava solo l'informazione precontrattuale) destinato agli operatori bancari. Il contenuto della interrogazione (EC-2505/08) è disponibile all'indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2008-2505&language=IT>

<sup>142</sup> *Guidelines on product oversight and governance arrangements for retail banking products*, EBA/GL/2015/18, pubblicate dall'European Banking Authority il 15 luglio 2015 e disponibili all'indirizzo <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1141044/EBA-GL-201518+Guidelines+on+product+oversight+and+governance.pdf/d84c9682-4f0b-493a-af45-acbb79c75bfa>

<sup>143</sup> *Guidelines on remuneration policies and practices related to the sale and provision of retail banking products and services*, EBA/GL/2016/06, del 28 settembre 2016 disponibili all'indirizzo <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1596785/Final+report+on+Guidelines+on+remuneration+of+sales+staff+%28EBA-GL-201606%29.pdf>

<sup>144</sup> EBA/GL/2015/18, aggiornati al 22 marzo 2016 e reperibili all'indirizzo [https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1412678/EBA-GL-2015-18+Guidelines+on+product+oversight+and+Governance\\_IT.pdf/4a6942fc-a9c6-481a-afe8-885ecd2f3255](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1412678/EBA-GL-2015-18+Guidelines+on+product+oversight+and+Governance_IT.pdf/4a6942fc-a9c6-481a-afe8-885ecd2f3255)

interessi, gli obiettivi e le caratteristiche dei consumatori siano presi in considerazione; [...] evitare un potenziale pregiudizio per i consumatori; [...] ridurre al minimo i conflitti di interesse»<sup>145</sup>. L'intermediario, ancora, è tenuto a «garantire che il prodotto sia considerato adeguato agli interessi, agli obiettivi e alle caratteristiche del mercato o dei mercati di riferimento individuati»<sup>146</sup>, ad «ideare e immettere sul mercato solo prodotti con caratteristiche, costi e rischi che rispondano agli interessi, agli obiettivi e alle caratteristiche dello specifico mercato di riferimento individuato, e vi apportino benefici»<sup>147</sup>, a «valutare come il prodotto si inserisce all'interno di una propria gamma di prodotti esistente e se la presenza di eccessive varianti di un prodotto precluda al consumatore la possibilità di prendere decisioni informate»<sup>148</sup>. In questo contesto, per stabilire se un prodotto soddisfi gli interessi, gli obiettivi e le caratteristiche di uno specifico mercato di riferimento, si stabilisce che il produttore debba «valutare il grado di capacità finanziaria del mercato di riferimento»<sup>149</sup>.

Le linee guida citate, che presentano un contenuto assai articolato<sup>150</sup>, confermano che la disciplina europea sul credito immobiliare impone limitazioni significative all'autonomia dell'operatore creditizio, sia a quella

<sup>145</sup> Orientamento 1, punto 1.1.

<sup>146</sup> Orientamento 3, punto 3.2.

<sup>147</sup> Orientamento 3, punto 3.3.

<sup>148</sup> Orientamento 3, punto 3.4.

<sup>149</sup> In questo senso l'orientamento 3, punto 3.6.

<sup>150</sup> Merita di essere segnalato l'orientamento n. 4 relativo all'opportunità che l'intermediario, prima che un prodotto venga immesso sul mercato o prima che un prodotto già esistente sia venduto in un nuovo mercato di riferimento o che vi siano apportate modifiche significative, conduca alcuni test «per valutare in che modo il prodotto inciderebbe sui consumatori nell'ambito di un'ampia serie di scenari, compresi scenari di stress», con la precisazione che il prodotto dovrebbe essere opportunamente modificato qualora «dall'analisi di scenario emergano scarsi risultati per il mercato di riferimento». Ancora, particolare attenzione deve riservarsi agli orientamenti n. 7 (sui canali di distribuzione del prodotto, che devono essere adeguati al mercato di riferimento) e 12 (relativo agli obblighi dei distributori – nel sistema interno: mediatori creditizi e agenti in attività finanziaria – di tenere conto delle informazioni fornite dall'intermediario e di rendere al consumatore una descrizione delle principali caratteristiche del prodotto, dei suoi rischi, del relativo prezzo complessivo e di tutti gli oneri).

propriamente contrattuale (scelta dei prodotti da immettere sul mercato, perseguimento di interessi “altri” rispetto a quelli individuali) sia per quanto concerne quella relativa all'organizzazione interna della propria attività imprenditoriale (dotazione di dispositivi di controllo sui prodotti/servizi immessi sul mercato, riduzione dei conflitti di interesse).

### **1.1. Segue:...il riferimento alle clausole generali della diligenza e della correttezza**

Guardando adesso all'ordinamento interno, come già precisato, la disciplina europea del credito immobiliare ai consumatori ha trovato attuazione all'interno del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

In questo contesto, la disposizione attraverso la quale è stato recepito l'art. 7 della direttiva è l'art. 120 *septies* che, rubricato «principi generali», prevede che finanziatore e intermediario del credito, nell'ambito di tutte le attività concernenti il credito immobiliare, si comportino con «diligenza, correttezza e trasparenza, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori» e che basino la propria attività sulle «informazioni rilevanti riguardanti la situazione del consumatore, su ogni bisogno particolare che questi ha comunicato (e) su ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi cui è esposta la situazione del consumatore per la durata del contratto di credito».

Mentre la lettera a) dell'art. 120 *septies* ha riprodotto il contenuto della prima parte dell'art. 7 della direttiva mantenendo inalterato il richiamo alla trasparenza e utilizzando clausole generali più familiari al sistema giuridico italiano, sostituendo in particolare al riferimento alla onestà, equità e professionalità quello alla correttezza e alla diligenza<sup>151</sup>, la lettera

<sup>151</sup> Nell'ordinamento italiano la sostituzione delle clausole di origine europea dell'onestà, equità e professionalità con quelle della correttezza e della diligenza è avvenuta anche nel contesto del recepimento delle normative comunitarie relative ai mercati degli strumenti finanziari e alla distribuzione assicurativa. Si riferisce infatti all'obbligo per i soggetti abilitati di comportarsi con «diligenza, correttezza e trasparenza» l'art. 21 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F) e l'art. 183 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. codice delle assicurazioni). Parte della dottrina, tuttavia, ha rimarcato la rilevanza per il nostro ordinamento della distinzione tra equità e correttezza. Si v. in proposito M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1/1999, p. 83 ss. Si cfr. altresì G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, I, p. 611 ss. E' rispettoso della distinzione tra

b) del medesimo articolo ne ha recepito la seconda in modo pressoché invariato.

Il rimando al canone della diligenza e a quello della correttezza da parte del legislatore interno richiede lo svolgimento di alcune considerazioni.

Appare opportuno infatti chiedersi se richiamando i precetti di cui agli articoli 1175 e 1176 c.c. il legislatore abbia inteso limitarsi a ripetere l'operatività di quelle regole – nel modo in cui tradizionalmente vengono intese nel sistema codicistico – con riferimento specifico alla disciplina del credito immobiliare (ed in questo caso indagarne la necessità) o se, invece, alla luce della matrice europea di tali obblighi e del particolare settore di intervento, essi si colorino anche di significati diversi ed ulteriori rispetto a quelli di diritto comune<sup>152</sup>.

Come noto, il dovere di correttezza riveste nel nostro ordinamento civilistico una posizione cardinale, rilevanza che gli è assicurata già dalla collocazione dell'art. 1175 c.c. che, sotto il Titolo I del Libro IV dedicato alle obbligazioni in generale, impone al debitore e al creditore di comportarsi secondo le regole della correttezza. A tale obbligo generale di comportamento concepito come ordinato a vincolare al proprio ossequio entrambe le parti del rapporto obbligatorio, il codice civile del '42 fa riferimento in più occasioni richiamando la buona fede<sup>153</sup>: le parti devono

correttezza ed equità l'art. 2, c., 2, lett. e) del codice del consumo che assicura ai consumatori come «fondamentali» i diritti alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali.

<sup>152</sup> In questo stesso senso, M.C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, cit., p. 1049 ss.

<sup>153</sup> A questa concezione, ormai maggioritaria, che ritiene buona fede e correttezza un'endiadi si è contrapposto in passato un altro orientamento che, valorizzando la diversa *sedes* normativa dei due principi, segnatamente: l'obbligazione in generale per la correttezza e il contratto per la buona fede, ne rimarcava la diversa natura ed il diverso ambito operativo. Si v. in questo senso A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947 (rist. 2011), p. 57 ss; L. BARASSI, *Teoria generale delle*

comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative (art. 1337 c.c.), in pendenza della condizione (art. 1358 c.c.), nell'esercizio dell'eccezione di inadempimento, durante l'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.).

La buona fede richiamata nelle disposizioni ora citate è la buona fede oggettiva o correttezza che si atteggia a «regola di comportamento alla quale devono attenersi le parti del contratto come, più in generale, i soggetti di qualsiasi rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.)»<sup>154</sup> e rimane distinta dalla buona fede soggettiva, intesa quale ignoranza non colposa di ledere l'altrui diritto (senso in cui ricorre negli artt. 1147, 1148, 1189, 1415 e 1445 c.c.). Ancora, sebbene sotto un profilo diverso da quello degli obblighi di condotta prima richiamati, costituisce criterio per l'interpretazione del contratto stesso (art. 1366 c.c.).

Come noto, la determinazione del contenuto di quello che è forse il più pervasivo tra gli obblighi di condotta, per via della sua formulazione come clausola generale e per la posizione di rilievo che assume tra le disposizioni di diritto privato generale, ha risentito in modo accentuato delle circostanze in cui è maturata la sua genesi.

Dal rilievo marginale riservatovi nel codice civile del 1865<sup>155</sup>, che limitava la sua operatività alla sola fase esecutiva del rapporto contrattuale, e dopo essere stata ignorata dal Progetto di codice italo francese delle obbligazioni<sup>156</sup>, la clausola di correttezza è stata inizialmente interpretata

*obbligazioni*, III, Milano, 1964, p. 8 ss..

<sup>154</sup> Così C. M. BIANCA, *Diritto civile*<sup>2</sup>, III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 500.

<sup>155</sup> L'art. 1124 c.c. prev. si limitava a stabilire che «i contratti debbono essere eseguiti di buona fede, ed obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano». Per una comparazione tra il ruolo assegnato alla buona fede nel codice Pisanelli e nel code Napoléon si cfr. G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, cit., p. 611 ss.

<sup>156</sup> *Progetto di codice delle obbligazioni e dei contratti* approvato a Parigi nell'ottobre del 1927 in edizione bilingue italiano-francese dalla Commissione reale per la riforma dei codici, Provveditorato generale dello Stato, Roma, 1928.

come regola “dal valore morale”<sup>157</sup> e, anche sotto la vigenza della nuova codificazione, sottovalutata sia a causa del contesto socio-politico in cui è stata formulata che per il richiamo ai principi della solidarietà corporativa<sup>158</sup>.

A precisare che non si trattasse di un dovere rilevante solamente quale regola morale dell'agire aveva tuttavia già provveduto la Relazione al codice civile che, sebbene non vincolante per l'interprete, al n. 558 definisce la correttezza come «dovere giuridico qualificato dall'osservanza dei principi della solidarietà corporativa»<sup>159</sup>.

Abolito il riferimento contenuto nell'art. 1175 c.c. ai principi della solidarietà corporativa<sup>160</sup>, il nuovo referente della regola di correttezza verrà

<sup>157</sup> Si cfr. F.U. DI BLASI, *Il libro delle obbligazioni. Parte generale*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*<sup>2</sup>, Milano, 1950, p. 15 ss.

<sup>158</sup> Sulla trascuratezza con la quale gli interpreti hanno trattato la buona fede all'indomani dell'approvazione del codice civile del 1942, si cfr. G. STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1964, I, p. 163 ss.

<sup>159</sup> Sebbene intriso di chiari riferimenti all'ideologia del periodo, il n. 558 della Relazione sembra contenere alcuni aspetti che, come si dirà nel prosieguo, una volta depurati dal sostrato ideologico di riferimento, possono essere considerati “embrionali” rispetto al modo attuale di concepire il dovere di correttezza. Ci si riferisce in particolare alla parte in cui si afferma che il comportamento secondo correttezza, qualificato dal principio di solidarietà, «non è che il dovere di comportarsi in modo da non ledere l'interesse altrui fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio, in maniera che, non soltanto l'atto di emulazione (...) ne risulta vietato, ma ogni atto che non implica il rispetto equanime dell'interesse dei terzi, ogni atto di esercizio del diritto che, nell'esclusivo e incivile perseguimento dell'interesse proprio, urti contro l'interesse pubblico al coordinamento delle sfere individuali». E, ancora, a quella in cui si precisa che, trasferito il concetto sul piano del rapporto obbligatorio, «si richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore».

In questi termini si cfr. il n. 558 della *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile del 1942*, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1943, pp. 116-117.

<sup>160</sup> Per effetto dell'art. 32 del d.lgs.lt. n. 287 del 14 settembre 1944.

E' interessante notare che alcuni autori ravvisavano un legame così stretto tra la correttezza ed i principi della solidarietà corporativa tanto da ritenere che dopo l'abolizione dell'ordinamento corporativo fosse stata implicitamente abrogata anche la clausola di correttezza. Si cfr. G. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1963, I, p. 411 ss.; G. PUGLIESE, *Relazione sul libro delle obbligazioni*, in *Annali di diritto comparato e studi legislativi*, 1950, XXIV, p. 176 ss. In senso contrario, si v. S. PUGLIATTI, *L'ordinamento*

identificato da parte della dottrina e della giurisprudenza nel principio di solidarietà sancito di lì a poco all'art. 2 della Carta costituzionale<sup>161</sup>.

Proprio il superamento della concezione che riteneva l'obbligo di correttezza o buona fede come mera regola morale, compiuto attraverso la valorizzazione della sua natura precettiva ed il conforto derivante dalla positivizzazione del principio di solidarietà nel nuovo testo costituzionale, ha condotto a riaffermare la vitalità di tale dovere nella relazione tra creditore e debitore soprattutto in tutte le ipotesi in cui esso non venga riferito esclusivamente alla realizzazione dell'interesse alla prestazione ex art. 1174 c.c.

Se è vero infatti che la regola di buona fede e correttezza opera innanzitutto come «principio di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione»<sup>162</sup>, è pure vero che essa non esaurisce in ciò le proprie

*corporativo e il Codice civile, in Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 1942, I, p. 358 ss.; U. NATOLI, L'attuazione del rapporto obbligatorio, nel Trattato di diritto civile e commerciale, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1974, I.*

<sup>161</sup> La dottrina sul punto è sterminata. Ci si limita a segnalare S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965, p. 162 ss.; M. GIORGIANNI, *L'obbligazione: La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968, p. 242 ss.; G. ALPA, *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1971, II, p. 277 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, sub art. 1175, Bologna-Roma, 1988, p. 284 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto*, ne *Il codice civile, Commentario*, fondato da P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 171 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

In giurisprudenza si v. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, c. 1296 ss.; Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e responsabilità*, 11/2003, p. 1681 ss.; Cass., sez. un., 23 giugno-13 settembre 2005, n. 18128, in *Guida al diritto*, 38/2005, p. 34 ss.; Cass. 6 agosto 2008, n. 21250, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, II, p. 229 ss., con nota di G. GROSSO, *Osservazioni in tema di recesso della banca e clausola generale di buona fede*; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618, in *Obbligazioni e contratti*, 1/2010, p. 24 ss., con nota di P. DE BIASE, *Fonte di un comportamento dovuto e (mera) qualificazione della fattispecie contrattuale*.

<sup>162</sup> Così L. MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, I, p. 203 ove l'A., analizzando i rapporti tra il dovere di correttezza e l'art. 1218 c.c., precisa che «la bona fides, che costituisce il vero principio di determinazione dell'oggetto dell'obbligazione, non solo esige che il debitore compia tempestivamente tutti gli atti necessari da parte sua per la realizzazione del risultato dovuto, ma anche che, prima della

potenzialità. L'art. 1374 c.c, infatti, prevedendo che il contratto obblighi le parti non solo a quanto sia nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che ne derivino secondo la legge (o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità), riconosce alla regola di buona fede o correttezza una funzione integrativa che, come è stato osservato, opera «tanto sul piano dei comportamenti del debitore e creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione di un contratto (art. 1375 c.c.)»<sup>163</sup>.

La funzione integrativa della correttezza nei confronti del rapporto obbligatorio si apprezza particolarmente nel riconoscerle il ruolo di fonte di autonomi obblighi di protezione<sup>164</sup> – volti a soddisfare interessi altri da

scadenza, si comporti da buon padre di famiglia per mantenersi in grado di adempiere».

<sup>163</sup> Così, M. C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, cit., p. 1064.

<sup>164</sup> Il tema ha costituito (e continua ad essere) oggetto di ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale sia in ambiente tedesco, che è quello in cui la tematica degli obblighi di protezione ha visto la luce, sia in quello italiano ove il suo recepimento ha esercitato una grande influenza non solo nel modo di intendere la nuova categoria, ma anche nell'evoluzione del concetto di obbligazione e nell'individuazione della natura della responsabilità cui la loro violazione dà luogo. I limiti del lavoro non consentono di analizzare a fondo la tematica; qui ci si limita a segnalare alcuni tra i contributi più significativi allo studio della categoria in argomento. Per la dottrina tedesca si v. H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Guttentag, Berlin, 1903; H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1932, p. 257 ss.; G. KÖPCKE, *Typen der positiven Vertragsverletzung*, Stuttgart, 1965; C.W. CANARIS, *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in *Juristen Zeitung*, 1965, p. 475 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1982, p. 297 ss.; Con riferimento alla dottrina italiana si cfr. L. MENGONI, *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1/1952, p. 156 ss.; ID., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (Studio critico)*, cit., p. 185 ss.; U. MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, (in particolare) p. 61-73; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, 1960, p. 1342 ss.; F. CARUSI, *Correttezza (obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 709 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.; C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, p. 567 ss.; L. MENGONI, *La parte generale delle obbligazioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, p. 507 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano 1995, p. 147 ss.; ID., *La nuova responsabilità*

quello alla prestazione – perché teleologicamente ordinati all'intatto mantenimento della sfera giuridica personale e patrimoniale delle parti nei confronti delle possibili invasioni lesive che possono verificarsi in occasione e per l'effetto del loro contatto.

All'obbligo primario di prestazione si riferisce, invece, l'art. 1176 c.c. che, come noto, al fine di garantire il migliore conseguimento dell'interesse del creditore (*ex art. 1174 c.c.*), fa gravare sul debitore un obbligo di condotta ulteriore rispetto a quello di comportarsi secondo le regole della correttezza: quello di adempiere l'obbligazione in modo diligente.

La diligenza rileva dunque quale «misura del comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta»<sup>165</sup> e la dottrina maggioritaria vi riconosce il ruolo di criterio attraverso il quale valutare il comportamento del debitore dal punto di vista dello sforzo da costui esigibile e, conseguentemente, di parametro di commisurazione della responsabilità<sup>166</sup>.

*civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006, p. 443 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; R. CALVO, *Circolazione dei modelli giurisprudenziali in Europa: il caso degli «obblighi di protezione» (un'importazione – utile? – dalla Germania all'Italia)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2010, p. 1 ss.; P. SIRENA, *L'obbligo di protezione a carico di chi si ingerisce nell'altrui sfera giuridica e la restituzione del profitto ingiustificato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2010, p. 9 ss.; L. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 1/2014, p. 45 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano, 2015, p. 659 ss.; R. FAVALE, M. FEOLA, A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016.

<sup>165</sup> Così il n. 559 della *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile del 1942*, Istituto poligrafico dello Stato, Roma, 1943, p. 117.

<sup>166</sup> Cfr. L. MENGONI, *Obbligazioni “di risultato” e obbligazioni “di mezzi”*, cit., in particolare p. 199 ove definisce la diligenza in senso stretto come «dovere di sforzo in vista dell'adempimento» e, più in generale, p. 194 ss.; S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 539 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; A. DI MAJO *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, sub artt. 1173-1176, IV, Bologna-Roma, 1988; A. RAVAZZONI, *Diligenza*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989; M.C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza*, cit., p. 1067 ove l'A., analizzandone i rapporti con il dovere correttezza, precisa che la diligenza si specifica come «misura dello sforzo dovuto dall'obbligato nella realizzazione dell'interesse creditorio; opera, cioè, in un momento in cui l'obbligazione si è già venuta configurando, per effetto della clausola di buona fede, in struttura ed estensione, essendo stato definito il quantum esigibile, ed emersi e delineati

Le brevi osservazioni svolte sui precetti di cui agli artt. 1175 e 1176 c.c. consentono di affermare che nell'impianto codicistico le regole di correttezza e diligenza rilevano quali fonti di obblighi di comportamento – «di prestazione» nel caso della diligenza e «di relazione» in quello della buona fede<sup>167</sup> – che esplicano la propria doverosità nell'ambito di una relazione giuridicamente rilevante e definita.

Se questa è la portata che – con i dovuti adattamenti – le regole di correttezza e diligenza assumono anche nei confronti degli operatori professionali<sup>168</sup> nel settore del credito immobiliare, tuttavia, non può dirsi che il dovere di comportarsi nel rispetto di tali regole esaurisca la propria operatività nell'ambito del rapporto obbligatorio sorto tra consumatore e professionista.

Indice del significato più ampio da attribuire alla diligenza e alla correttezza nella nuova disciplina del credito immobiliare sembra la circostanza che l'art. 120 *septies* del t.u.b. dispone l'osservanza di tali regole di comportamento nello svolgimento di tutte le attività disciplinate dal capo I *bis*: non solo quindi in quelle in cui vi è una relazione tra consumatore e professionista ma, ad esempio, anche in quelle in cui quest'ultimo provvede alla redazione del materiale pubblicitario dei servizi offerti (art. 120 *octies* t.u.b.), remunera il proprio personale o si occupa di assicurarne il rispetto

gli (eventuali) obblighi integrativi e/o accessori».

<sup>167</sup> Qualifica tali obblighi nei termini di «attività di prestazione» e «attività di relazione» U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede*, cit., p. 125.

<sup>168</sup> Rileva che «mancando un regime speciale, la responsabilità civile della banca è [...] in principio governata dalle regole di diritto comune» P. GAGGERO, *Profili della responsabilità civile della banca*, in *I contratti dei risparmiatori*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2013, p. 221. Si cfr. inoltre G. FERRI, *La diligenza del banchiere*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1958, I, p. 1 ss.; M. COMPORI, *Rischio professionale della banca e responsabilità extracontrattuale*, in *Funzione bancaria e responsabilità della banca*, a cura di S. Maccarone e A. Nigro, Milano, 1981.; N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Filippo Vassalli, Torino, 1983, VIII, 3; A. SCARPA e G. FORTUNATO, *Banche e responsabilità civile*, Milano, 2008, (in particolare) pp. 1-35.

dei requisiti di professionalità (art. 120 *septiesdecies* t.u.b.).

Ed è interessante notare come molti dei comportamenti imposti agli operatori creditizi dagli obblighi di condotta dal contenuto più specifico rinvengono la propria origine proprio nei precetti dell'agire conforme a onestà, equità, professionalità e trasparenza (o, esprimendoci con il linguaggio delle clausole generali della tradizione giuridica italiana, secondo un comportamento improntato a diligenza, correttezza e trasparenza). Si pensi all'obbligo di fornire comunicazioni pubblicitarie in modo chiaro, completo e non ingannevole; al dovere di assicurarsi che il personale preposto al contatto con i consumatori sia dotato delle competenze necessarie per prendersi cura delle loro esigenze; all'obbligo di rivelare la presenza di eventuali conflitti di interesse; al dovere di comunicare l'importo del compenso dovuto per la prestazione dei servizi di intermediazione creditizia; all'obbligo di monitorare la periodicità dell'adempimento del mutuatario e di attivarsi per evitare che l'eventuale situazione di difficoltà nei pagamenti diventi fisiologica.

In questo contesto diligenza e correttezza sembrano dunque identificare in generale il modo in cui finanziatore ed intermediario del credito devono agire sul mercato del credito immobiliare e non solo i precetti cui devono adeguarsi durante lo svolgimento del singolo rapporto negoziale con il consumatore. Tale conclusione sembra trovare conforto anche guardando alla formulazione dell'art. 120 *septies* che non estende l'osservanza degli obblighi prima richiamati ad entrambe le parti del rapporto ma solamente al professionista, facendo assurgere così la diligenza, la correttezza e la trasparenza al rango di «principi generali» cui tale soggetto deve improntare tutte le proprie attività.

## 2. Le informazioni pubblicitarie

Nella disciplina europea del credito immobiliare ai consumatori, il primo luogo normativo in cui si apprezzano con maggiore specificità alcune declinazioni delle regole generali di comportamento cui sono sottoposti gli operatori del credito nei riguardi dei consumatori è rappresentato dalle previsioni relative alle pratiche pubblicitarie.

Deve rilevarsi innanzitutto che, nonostante le disposizioni inerenti alle comunicazioni pubblicitarie, la direttiva 2014/17/UE non definisce cosa debba intendersi per pubblicità.

Probabilmente tale “lacuna” è dovuta al richiamo implicito compiuto dal legislatore europeo della definizione di pubblicità contenuta dalla direttiva 2006/114/CE<sup>169</sup> che, nell'art. 2°, par.1°, lett. a) si riferisce a «qualsiasi forma di messaggio che sia diffuso nell'esercizio di un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, allo scopo di promuovere la fornitura di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e gli obblighi».

Un'ulteriore ragione di tale “disinteresse” potrebbe essere rinvenuta nella positivizzazione di una definizione ampia di pratica commerciale (idonea a ricomprendere anche la pubblicità) prescelta nel contesto della direttiva 2005/29/CE<sup>170</sup> sulle pratiche commerciali sleali, la cui disciplina viene peraltro richiamata dalle disposizioni in analisi.

<sup>169</sup> Direttiva 2006/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, pubblicata nella *G.U.* n. *L 376/21* del 27 dicembre del 2006.

<sup>170</sup> Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, pubblicata nella *G.U.* n. *L 149/22* dell'11 giugno 2005.

Come è stato rilevato, sebbene la regolamentazione dell'attività pubblicitaria costituisca «schietta disciplina dell'attività di impresa» e non già «del singolo rapporto contrattuale»<sup>171</sup>, è idonea a condizionare la consapevolezza delle caratteristiche dell'impegno contrattuale che il consumatore va ad assumere.

Conscio della rilevanza di tale relazione, il legislatore sovranazionale, valorizzando nel considerando n. 22 della direttiva 2014/17/UE l'impatto delle conseguenze che possono derivare al consumatore dalla conclusione di un contratto di credito immobiliare, tiene conto della importanza che la pubblicizzazione dei prodotti esercita nei confronti della generalità dei potenziali clienti cui è diretta – risolvendosi spesso in una prima “sollecitazione a ricorrere al credito”<sup>172</sup> – e rileva che già il materiale pubblicitario dovrebbe includere «adeguate avvertenze sui rischi specifici, la natura della garanzia e le implicazioni legate alla sua sottoscrizione».

Su questa scorta, l'art. 10 della normativa in esame, dopo aver fatto salva l'applicazione della direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali<sup>173</sup>, obbliga gli Stati membri ad imporre che le comunicazioni di

<sup>171</sup> In questi termini, M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit., p. 55 ss.

<sup>172</sup> L'effetto della sollecitazione al credito svolto dalla pubblicità emerge anche dal considerando n. 37 che afferma «i creditori e gli intermediari fanno spesso ricorso ad annunci pubblicitari, annunciando frequentemente condizioni speciali, per attirare i consumatori verso un particolare prodotto». Da questa constatazione, l'obiettivo per il legislatore europeo di garantire che i consumatori siano «protetti contro pratiche pubblicitarie scorrette o fuorvianti» e quello di assicurare loro «la possibilità di confrontare le offerte pubblicitarie».

<sup>173</sup> Come indica il considerando n. 37, la previsione di tale “clausola di salvezza” è giustificata dal frequente ricorso, da parte di creditori ed intermediari del credito, ad annunci pubblicitari che contengono «condizioni speciali» volte ad attirare il consumatore verso un particolare prodotto.

Sul tema delle pratiche commerciali sleali si v. C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 408 ss.; Con riferimento ai contratti bancari, si cfr. A. GENOVESE, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2011, p. 200 ss.; EAD., *Contratti bancari e disciplina*

pubblicità e *marketing* relative ai contratti di credito (tutte, prescindendo dunque dal contenuto e dalla modalità di diffusione utilizzata) siano «corrette, chiare e non ingannevoli». E' vietato in particolare l'utilizzo di formulazioni che possano indurre nel consumatore «false aspettative» sulla disponibilità di un credito o sul suo costo.

Alla luce della natura della norma di cui all'art. 10 (che la stessa rubrica qualifica come disposizione generale) la correttezza, la chiarezza e la “non ingannevolezza” sono attributi che devono qualificare ogni comunicazione pubblicitaria, all'obbligo di rispettare tale previsione sono tenuti sia “il creditore” che l'intermediario (mediatore creditizio o agente in attività finanziaria) eventualmente coinvolto nella promozione dei prodotti creditizi offerti dal primo.

Quanto alla determinazione del significato da assegnare all'obbligo di provvedere alla predisposizione di comunicazioni pubblicitarie chiare corrette e non ingannevoli, a differenza dell'art. 7 della proposta<sup>174</sup>, l'art. 10 della direttiva n. 17 del 2014 non prevede espressamente che la lealtà (riferimento poi sostituito con quello alla correttezza), la chiarezza e la non ingannevolezza vadano interpretati ai sensi degli articoli 6 e 7 della direttiva sulle pratiche commerciali sleali<sup>175</sup>. Parte della dottrina ha ritenuto allora

*delle pratiche commerciali scorrette*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano, 2016, p. 375 ss.; G. MARINO, *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2014, p. 137 ss. Con riferimento alla vendita di beni di consumo e ai contenuti del messaggio pubblicitario, si cfr. E. CAMILLERI, *Qualità pubblicizzate e affidamento del consumatore. Spunti per il caso Dieselgate?*, nota a Trib. Palermo 17 novembre 2015, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 5/2016, p. 704 ss.

Per un esame sull'ampiezza delle condotte che possono integrare una pratica commerciale sleale, si cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 19 dicembre 2013, causa C-281/12, Trento Sviluppo s.r.l. vs AGCM, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 4/2013, p. 652 ss.

<sup>174</sup> COM (2011) 142 definitiva.

<sup>175</sup> L'art. 7 della Proposta di direttiva stabiliva infatti che «gli Stati membri esigono che le comunicazioni di pubblicità e marketing relative ai contratti di credito (...) siano leali, chiare e non ingannevoli ai sensi degli articoli 6 e 7 della direttiva 2005/29/CE».

che il loro significato potrebbe essere ricostruito alla luce degli «argomenti ermeneutici “psicologico” e “sistematico”»<sup>176</sup>. Il ricorso ad una interpretazione che guardi alle intenzioni del legislatore non sembra tuttavia appropriato in quanto, alla sua legittimità, si potrebbe obiettare che il legislatore sovranazionale potrebbe aver scelto consapevolmente – nella versione definitiva del provvedimento – di non richiamare la disciplina sulle pratiche commerciali sleali. Che il riferimento per verificare che una comunicazione pubblicitaria sia chiara, corretta e non ingannevole possa essere costituito dalla disciplina sulle pratiche commerciali sleali sembra, invece, argomentabile considerando la previsione espressa della clausola di salvezza, nella prima parte dell'art. 10 della direttiva, e la definizione ampia di pratica commerciale.

La disposizione contenuta nell'art. 10 costituisce una novità introdotta dalla normativa sul credito immobiliare ai consumatori dato che la direttiva 2008/48/CE si limita a prevedere, all'art. 4, il contenuto minimo delle informazioni di base veicolate dalle comunicazioni pubblicitarie; mentre il riferimento alla correttezza, alla chiarezza e alla “non ingannevolezza” è in grado di ricomprendere, in ambito nazionale, tanto la pratica commerciale scorretta di cui all'art. 20 del codice del consumo, quanto quella ingannevole *ex art.* 21.

Anche il divieto di utilizzare, nelle comunicazioni pubblicitarie, formulazioni che possano indurre il consumatore in errore sulla disponibilità di un prodotto o sul suo costo costituisce una specificazione della disciplina generale che, tra gli elementi cui fare riferimento per lo scrutinio sul carattere ingannevole della pratica, contempla la disponibilità del prodotto, all'art. 21 lett. b) del c. cons., ed il suo prezzo, all'art. 21 lett.

<sup>176</sup> In questi termini, si v. F. MASSA, *Art. 10 Disposizioni generali in materia di pubblicità e di marketing*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 249.

d) c. cons.

Quanto alle prescrizioni non formali ma di contenuto, l'art. 11 prevede un elenco di «informazioni di base» che devono essere incluse in alcune comunicazioni pubblicitarie. In particolare, si tratta di quelle che indicano «un tasso di interesse o qualunque altro dato numerico riguardante il costo del credito» e la loro inclusione negli annunci pubblicitari<sup>177</sup> viene ritenuta, nel considerando n. 37 della direttiva, capace di favorire il confronto tra le diverse offerte pubblicitarie da parte del consumatore.

Il paragrafo n. 2 dell'art. 11 individua le informazioni di base che devono essere fornite «in maniera chiara, concisa ed evidenziata».

Alcune sono necessarie, altre eventuali: si prevede infatti che debbano essere incluse nelle comunicazioni pubblicitarie solo «se del caso» (delegando quindi i legislatori nazionali); tutte devono essere facilmente leggibili o chiaramente udibili (a seconda del mezzo utilizzato per la pubblicità).

Tra le prime si annoverano: «l'identità del creditore»; «il tasso debitore, precisando se fisso o variabile o una combinazione dei due tipi»<sup>178</sup>; l'importo totale del credito ed il TAEG<sup>179</sup>.

Le informazioni di base eventuali sono, invece, (tra le altre) quelle concernenti: l'identità dell'intermediario del credito o del rappresentante designato; l'eventuale concessione di ipoteca (o di altra garanzia o diritto analogo) che assista il contratto di credito; la durata del contratto di credito;

<sup>177</sup> La previsione delle «informazioni di base» da includersi negli annunci pubblicitari è mutuata dalla direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori. Per ulteriori precisazioni relative anche al recepimento della direttiva, si cfr. G. CARRIERO e F. MACARIO, *Il credito bancario al consumo*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano, 2016, in particolare, p. 1518 ss.

<sup>178</sup> L'indicazione del tasso deve essere corredata da informazioni dettagliate sulle commissioni comprese nel costo totale del credito per il consumatore.

<sup>179</sup> Per il quale è previsto che abbia un'evidenza almeno equivalente a quella di ogni altro tasso di interesse e che contenga, in alcuni casi, l'indicazione di eventuali servizi accessori da concludersi obbligatoriamente per ottenere il credito pubblicizzato)

l'importo e numero delle rate.

Si prevede, inoltre, che tutte le informazioni di base (necessarie e facoltative) che prevedano l'utilizzo di dati numerici siano espresse attraverso un «esempio rappresentativo» (la cui definizione è affidata agli Stati membri).

Sempre al fine di bilanciare il ruolo di sollecitazione insito nelle comunicazioni pubblicitarie, il paragrafo n. 6 dell'art. 11 concede agli Stati membri la possibilità di disporre nell'annuncio pubblicitario l'introduzione di «un'avvertenza concisa e proporzionata» riguardante i rischi specifici connessi ai contratti di credito, con l'unico onere di notificare tempestivamente alla Commissione l'esercizio di tale facoltà<sup>180</sup>.

Sembra utile precisare che, in continuità rispetto alla disciplina dettata dalla direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori, anche nel contesto del credito immobiliare il contenuto delle comunicazioni pubblicitarie è predeterminato legalmente solo per quelle che contengono un riferimento al costo del credito.

L'impressione che se ne ricava è quindi di una certa libertà concessa agli operatori del credito nel modo in cui organizzare le pratiche pubblicitarie attraverso le quali promuovere i propri prodotti finanziari con l'unico limite generale rappresentato dalla correttezza, dalla chiarezza e dalla rispondenza al vero delle informazioni fornite e con quello, più specifico, consistente nel fatto che, qualora vogliano fare riferimento al tasso di interesse offerto (o a qualunque altro dato che riguardi il costo del credito) vi provvedano includendo anche dati ulteriori che assicurino un'informazione completa almeno per quanto riguarda l'identità del “creditore” ed il costo totale del credito.

Nell'ordinamento italiano la disciplina delle comunicazioni

<sup>180</sup> Come si è detto tale riferimento è importante per il legislatore europeo per le ragioni, già richiamate, espresse nel considerando n. 22 della direttiva n. 17

pubblicitarie è contenuta all'art. 120 *octies* t.u.b., che prevede disposizioni sovrapponibili a quelle della direttiva 2014/17/UE<sup>181</sup>.

Deve inoltre essere richiamata la delibera del CICR n. 380 del 29 settembre 2016 che, secondo il c. 4 dell'art. 120 *octies* t.u.b., avrebbe dovuto precisare le caratteristiche dell'informazione da includere negli annunci pubblicitari, le modalità per la loro divulgazione e i criteri per la definizione dell'esempio rappresentativo. L'unico contenuto “innovativo” della delibera è da ravvisarsi tuttavia nel c. 2° dell'art. 4 che prevede che «gli annunci pubblicitari che non riportano il tasso di interesse o altre cifre concernenti il costo del credito specificano la propria natura di messaggio pubblicitario e indicano che è a disposizione della clientela la documentazione prevista per l'informativa precontrattuale»<sup>182</sup>.

Indicazioni più precise sono previste nel provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*. Il par. 5.1 della sezione VI-*bis* prevede infatti che le informazioni necessarie che devono essere contenute negli annunci pubblicitari che riportano il tasso di interesse o altre cifre concernenti il costo del credito debbano essere formulate in maniera chiara, concisa<sup>183</sup> ed evidenziata rispetto alle altre informazioni relative alle caratteristiche e ai costi del credito, nonché in modo facilmente leggibile o udibile, a seconda della tecnica di comunicazione utilizzata. In termini simili a quanto avviene per le informazioni precontrattuali da fornire al consumatore, nel contesto delle

<sup>181</sup> Sul carattere coincidente, si cfr. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, p. 466 ss.

<sup>182</sup> Sebbene l'art. 4 della delibera del CICR specifichi alcuni aspetti che non sono oggetto di precisazione da parte della direttiva 2014/17/UE e dall'art. 128 *octies* del t.u.b., i riferimenti in esso contenuti non sono del tutto innovativi dato che tali aspetti sono già contemplati dalla sezione VI *bis* del Provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari - correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, del 29 luglio 2009 (come modificato il 15 luglio 2015).

<sup>183</sup> Tale riferimento avvalorava la tesi che ritiene che il *surplus* informativo, impedendo la percezione degli elementi rilevanti della comunicazione, finisca in concreto per pregiudicare la finalità informativa.

comunicazioni di pubblicità e marketing la direttiva mostra quindi una gerarchizzazione delle informazioni.

Quanto alle comunicazioni da fornirsi tramite esempio rappresentativo, la normativa secondaria stabilisce che, ai fini della sua elaborazione, il finanziatore non è libero di congegnare l'esempio in modo discrezionale, dovendo tenere conto delle caratteristiche del contratto di credito offerto, della tipologia di clientela cui è destinato<sup>184</sup>, della domanda realisticamente attesa (in base al target di clientela cui il credito è destinato e all'esperienza relativa alla commercializzazione del prodotto o di prodotti analoghi) e delle modalità di rimborso del credito. Prevede inoltre che anche l'esempio rappresentativo venga redatto in modo chiaro e conciso, che sia accompagnato dall'espressione "esempio rappresentativo" e che assuma un'evidenza maggiore rispetto alle singole informazioni illustrate attraverso l'esempio.

Per quanto concerne gli annunci pubblicitari che non riportino il tasso d'interesse o altre cifre relative al costo del credito, il Provvedimento della Banca d'Italia impone agli operatori del credito l'osservanza delle disposizioni contenute nella «sezione II, paragrafo 5», precisando che il riferimento ai fogli informativi vada inteso ai «documenti previsti dal paragrafo 5.2».

Deve ancora essere ricordato che secondo l'art. 120 *noviesdecies* t.u.b. ai contratti di credito immobiliare ai consumatori si applica (tra le altre disposizioni) l'art. 117 del t.u.b. che – come noto – stabilisce, al c. 6, che sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelle pubblicizzate e, al comma 7, le condizioni sostitutive che troveranno

<sup>184</sup> La normativa secondaria ha accolto l'indicazione fornita dal legislatore europeo nel considerando n. 53 ove si precisa che «nel determinare l'esempio rappresentativo si dovrebbe prendere in considerazione anche la prevalenza di certi tipi di contratti di credito in uno specifico mercato».

applicazione attesa la nullità di quelle pattizie.

Il richiamo dell'art. 117 t.u.b.<sup>185</sup>, c. 6, conferma che le informazioni pubblicitarie, quando previste, non hanno “carattere suggestivo” ma valgono a formulare l'offerta. L'ordinamento non accorda dunque alcuna tutela al professionista che, al fine di invogliare il consumatore a concludere un determinato contratto, pubblicizzi condizioni economiche più favorevoli di quelle che intenderebbe tradurre nel contratto effettivamente stipulato dopo aver sollecitato il consumatore.

Per quanto attiene alle conseguenze derivanti dallo svolgimento di un'attività pubblicitaria che non rispetti le previsioni che si sono analizzate, si è detto che il comportamento del finanziatore e dell'intermediario del credito potrebbe integrare una pratica commerciale scorretta, soggetta pertanto – sul versante pubblicistico – ai poteri di controllo e a quelli sanzionatori dell'AGCM.

Anche sul versante privatistico, segmento normativo ulteriore che compone il «doppio binario di tutele»<sup>186</sup> di cui gode il consumatore-cliente, si pone il problema della determinazione delle ricadute sul contratto di credito immobiliare stipulato a valle di un'eventuale pratica commerciale scorretta.

<sup>185</sup> In proposito deve sottolinearsi che in alcune decisioni l'ABF ha ampliato l'ambito di operatività dell'art. 117 t.u.b., comma 6, operando un'applicazione analogica della norma nelle ipotesi di informazioni contrattuali sfavorevoli rispetto a quelle comunicate in sede di trattativa individuale. Si cfr. ABF Roma, decisione n. 1009 del 13 Maggio 2011 disponibile all'indirizzo <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2011/05/Dec-20110513-1009.pdf>. Si v. altresì ABF Roma, decisione n. 2651 del 30 luglio 2012, reperibile all'indirizzo <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2012/07/Dec-20120730-2651.pdf>

<sup>186</sup> Si cfr. R. CALVO, *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2007, p. 71.

Relativamente a questo profilo, gli interpreti hanno manifestato orientamenti assai articolati<sup>187</sup> che spaziano dall'annullamento alla nullità del contratto, dal ricorso al diritto di recesso alla tutela risarcitoria.

Nel settore della contrattazione immobiliare deve tenersi a mente, tuttavia, che le informazioni che vengono veicolate attraverso le comunicazioni pubblicitarie si iscrivono all'interno di un più ampio procedimento informativo che, come si vedrà in termini più precisi a proposito delle informazioni precontrattuali, finisce per ricomprendere le informazioni diffuse attraverso le comunicazioni pubblicitarie.

Da ciò deriva che – fuori dai casi che si sono analizzati – la comunicazione pubblicitaria che integri una pratica commerciale scorretta difficilmente determinerà conseguenze di ordine invalidatorio sul contratto di credito concluso (o rileverà sotto il diverso profilo risarcitorio), in tutti i casi in cui gli obblighi precontrattuali relativi alle informazioni generali e personalizzate siano stati correttamente adempiuti.

<sup>187</sup> M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?* in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano 2007, p. 238 ss.; C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, cit., p. 408 ss.; EAD., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto privato europeo. Breve excursus sul "contraente debole"*, in *Europa e diritto privato*, 4/2008, p. 831 ss.; M. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, II, p. 477 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile*, 3/2010, p. 880 ss.; N. ZORZI, *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2011, p. 921 ss.; C. CAMARDI, *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus civile*, 6/2013, p. 305 ss.; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, 1/2014, p. 1 ss.; G. MARINO, *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, cit., p. 137 ss.

### 3. Gli obblighi precontrattuali di informazione

Come si è già rilevato, uno dei fini principali che anima la disciplina europea del credito immobiliare è quello di garantire che l'assunzione del debito da parte del consumatore avvenga in modo consapevole e responsabile.

Tra gli strumenti principali utilizzati per raggiungere tale obiettivo, oltre alla promozione dell'attività educativa, vi è quello della imposizione, in capo agli operatori professionali, di obblighi informativi nei confronti dei consumatori.

Se la scelta per lo strumento dell'informazione non rappresenta altro che una riconferma dell'approccio classico tipico della legislazione consumeristica di origine europea<sup>188</sup> che, al fine di ridurre il *gap* sussistente tra consumatore e professionista, onera il secondo di informare il primo circa alcuni aspetti del prodotto o del servizio offerto o, ancora, dei diritti e delle facoltà che la legge attribuisce al soggetto debole del rapporto (si pensi all'informazione sul diritto di recesso e alle conseguenze derivanti dalla sua omissione), nel contesto dei mutui immobiliari essa assume un

<sup>188</sup> Si cfr. S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: regole di informazione come strumento*, in *Europa e diritto privato*, 2/2001, p. 257 ss.; V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Rivista di diritto privato*, 4/2004, p. 747 ss.; U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto Aquis*, in *Europa e diritto privato*, 1/2009, p. 59 ss.; F. RENDE, *Le regole di informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2/2012, p. 185 ss.; R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo e opzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2/2013, p. 311 ss. (in particolare p. 333) ove l'A. ne rileva il legame con il parametro della trasparenza. Con riguardo ai vari significati da attribuire alla trasparenza ed ai diversi ambiti di rilevanza, si v. S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2012, V, p. 1280 ss.; M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 83 e d.lgs. 21/02/2014 n. 24. Ambito applicativo: I contratti standard di servizi di assistenza legale*, in *Europa e diritto privato*, 3/2015, p. 671 ss.

ruolo particolarmente rilevante in considerazione della complessità del mercato di riferimento<sup>189</sup>.

Proprio per le specificità del mercato del credito immobiliare è infatti essenziale garantire al consumatore una comprensione piena degli effetti giuridici che derivano dalle spesso assai articolate clausole contrattuali, utilizzando un linguaggio semplice e non specialistico e attraverso l'illustrazione degli effetti anche di ordine economico e dei rischi che l'esecuzione del contratto può comportare nel corso del tempo.

L'opportunità di garantire al consumatore una piena consapevolezza dell'impegno che intende assumere, oltre che per la particolare tecnicità dei contratti bancari, si spiega alla luce del fatto che gli effetti determinati dalla conclusione del contratto di credito immobiliare si protrarranno per un periodo di tempo medio-lungo e comporteranno una destinazione di parte rilevante del reddito del consumatore all'adempimento dell'obbligo restitutorio.

Sebbene, come si è detto, la ragione che ha spinto il legislatore europeo ad intervenire attraverso la previsione di obblighi informativi nel settore del credito immobiliare sia rappresentata anche dalla inadeguatezza dell'applicazione del codice di condotta sulle informazioni precontrattuali, negoziato dalle associazioni di categoria nel 2001<sup>190</sup>, la direttiva ne ricalca parzialmente l'impianto strutturale.

E' a tale strumento di *soft law* che deve attribuirsi infatti il merito di avere stabilito una differenziazione tra informazioni precontrattuali

<sup>189</sup> Per il ruolo specifico giocato dalla trasparenza nel settore bancario si cfr. nella letteratura più recente A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013. Si v. altresì G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, nel *Trattato dei contratti*, a cura di V. Roppo, *Mercati regolati*, V, Milano, 2014, p. 663 ss.; E. CATERINI, *La trasparenza bancaria*, in *I contratti bancari*, a cura di Ernesto Capobianco, Milano, 2016, p. 135 ss.

<sup>190</sup> Si tratta del già citato *Voluntary code of conduct on pre-contractual information for home loans* del 5 marzo 2001.

«generali» e informazioni precontrattuali «personalizzate» (queste ultime da fornirsi mediante quello che, all'epoca della approvazione del codice, era l'*European Standardised Information Sheet*): impostazione accolta nella direttiva che vi dedica gli articoli 13 e 14.

Prima di precisarne il contenuto, è opportuno mettere in evidenza che, ai sensi dell'art. 8 della direttiva n. 14 del 2017, tutte le informazioni fornite ai consumatori in conformità alle previsioni della direttiva devono essere prestate a titolo gratuito<sup>191</sup>. Tale prescrizione conferma come il legislatore europeo concepisca l'informazione unidirezionale dal professionista al consumatore come mezzo per ridurre l'asimmetria informativa che caratterizza quest'ultimo, escludendo che a tal fine egli debba sopportare i costi necessari al reperimento dei dati utili alla maturazione di una scelta informata.

Deve rilevarsi, ancora, – ed il tema verrà ripreso nel prosieguo della trattazione – che l'attenzione riservata dal legislatore europeo nei riguardi dell'informazione nel contesto dei contratti di credito immobiliare riguarda, almeno formalmente, solo quelle fornite in sede precontrattuale.

A differenza della disciplina, sia pure parziale, dettata dalla direttiva 2008/48/CE<sup>192</sup>, la normativa europea del 2014 non contiene infatti previsioni inerenti all'informazione contrattuale<sup>193</sup> e prescrizioni specifiche

<sup>191</sup> Nonostante la previsione della gratuità delle informazioni, tale riferimento non è stato recepito dal legislatore italiano al momento dell'attuazione della direttiva nel testo unico bancario. Ciononostante, il par. 4 del Provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari* prevede l'obbligo per il finanziatore e per l'intermediario del credito di «fornire gratuitamente ai consumatori le informazioni previste ai sensi della presente sezione, anche in deroga a quanto previsto dall'art. 127-bis del T.U.».

<sup>192</sup> Si pensi, in particolare, alle disposizioni previste nei capi IV e V.

<sup>193</sup> Tema sul quale, relativamente ai contratti di credito ai consumatori, la Corte di Giustizia dell'Unione europea si è pronunciata in più occasioni. In particolare, relativamente alla questione della doverosità, per il giudice investito di una controversia relativa ad un contratto di credito, di verificare d'ufficio che il contratto rispetti gli obblighi informativi contrattuali (interrogativo cui la Corte dà risposta positiva), si segnala la sentenza del 21 aprile 2016, resa nella causa C-377/2014, Radlinger vs Finway

sugli obblighi di condotta che gli operatori del credito devono osservare nella determinazione del contenuto del contratto di credito<sup>194</sup>.

Analizzando la disciplina contenuta dalla direttiva, va rilevato che l'art. 13 non esplicita quale sia l'obiettivo da raggiungere attraverso le informazioni generali, limitandosi – oltre che a specificarne il contenuto – a prevedere che debbano essere rese «disponibili in qualsiasi momento»<sup>195</sup> in forma chiara e comprensibile (su supporto cartaceo, su altro durevole o in forma elettronica) da parte del “creditore” o, qualora gli Stati membri lo ritengano opportuno, anche da parte degli altri operatori del credito (segnatamente gli intermediari del credito)<sup>196</sup>.

Un chiarimento è offerto al riguardo dal considerando n. 38 ove si legge che, poiché le comunicazioni pubblicitarie tendono a concentrarsi su uno o più prodotti di credito, mentre i consumatori dovrebbero poter

a.s., il cui testo è disponibile all'indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&jur=C,T,F&num=C-377/14&td=ALL>. Sul punto si cfr. S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo Radlinger aspettando le clausole floor; sullo sfondo del nuovo art. 1190 Code civil)*, in *I Contratti*, 11/2016, p. 1029 ss.

Ancora, sulla adeguatezza della sanzione che prevede la decadenza dal diritto agli interessi per il caso in cui il contratto di credito non contenga tutti gli elementi obbligatori, sulla legittimità della prassi di rinviare al contenuto delle condizioni generali di contratto per l'indicazione di alcune informazioni contrattuali, sulla ammissibilità della previsione della sottoscrizione necessaria del contratto di credito (ed altre questioni collegate), si segnala la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 9 novembre 2016, resa nella causa C-42/15, *Home Credit Slovakia a.s. vs Klára Biróová*, disponibile all'indirizzo internet <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&jur=C,T,F&num=C-42/15&td=ALL>.

<sup>194</sup> Nel considerando n. 9 della direttiva si precisa pertanto che gli Stati membri sono liberi di mantenere o introdurre disposizioni nazionali relativamente al «diritto contrattuale, per quanto riguarda la validità dei contratti di credito, il diritto patrimoniale, la registrazione fondiaria, l'informativa contrattuale e , ove non disciplinate dalla presente direttiva, le questioni post-contrattuali».

<sup>195</sup> Nel considerando n. 22 si prevede che «dovrebbero essere rese disponibili in permanenza», spostando così l'attenzione dal momento iniziale in cui le informazioni generali devono essere fornite a quello della loro perdurante disponibilità.

<sup>196</sup> Indicazioni favorevoli ad una estensione dell'operatività di tale dovere anche in capo ai soggetti diversi dal creditore sembrano trarsi dal considerando n. 29 che afferma che «i consumatori dovrebbero ricevere informazioni sul credito a prescindere dal fatto che stiano o meno trattando direttamente con il creditore o con l'intermediario del credito».

scegliere sulla base di tutti quelli offerti, le informazioni generali svolgono un ruolo importante in quanto «mettono a conoscenza il consumatore dell'ampia gamma di prodotti e servizi offerti e delle principali caratteristiche degli stessi».

Attraverso quella che potrebbe essere considerata la definizione di informazioni generali (sono informazioni generali quelle che mettono a conoscenza e cioè che informano), traspare il vero obiettivo della previsione che è quello di permettere al consumatore di operare un confronto tra tutti i prodotti di credito offerti da ciascun operatore sul mercato.

La possibilità di svolgere tale confronto viene dunque garantita in una fase che prescinde da un contatto tra il consumatore e un determinato finanziatore o intermediario proprio perché, attraverso la comparazione tra i vari contratti di credito offerti, il consumatore possa individuare la sua migliore controparte<sup>197</sup>.

Quanto al contenuto delle informazioni generali, l'art. 13 prevede una serie di dati che – eccetto quelli di cui alla lett. a) relativi all'indirizzo del soggetto che emette le informazioni generali – attengono ad elementi essenziali del contratto di credito<sup>198</sup>.

<sup>197</sup> Con riferimento alla disciplina sull'informazione precontrattuale introdotta dalla direttiva 2008/48/CE, parte della dottrina ha rilevato che l'adozione uniforme in tutti gli ordinamenti degli Stati membri di un documento di sintesi relativo alle informazioni europee di base potrebbe avere delle ricadute anche negative nei confronti dei consumatori. Dato l'assetto oligopolistico del mercato del credito, sarebbe infatti discutibile che un sistema di trasparenza generalizzata che renda preventivamente disponibili al pubblico tutti i listini dei prezzi delle imprese determini un vantaggio sul piano della concorrenza e su quello delle dinamiche dei prezzi. Per questa tesi si cfr. A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: Istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 5/2010, p. 557 ss.

<sup>198</sup> Tale scelta normativa sembra confermare la tesi secondo cui l'indicazione dettagliata delle informazioni che la parte forte del rapporto contrattuale è tenuta a comunicare al consumatore trova la propria *ratio* – oltre che nell'intento di promuovere la trasparenza del contratto – nella volontà di «sollevare il professionista (...) l'imprenditore o (...) l'interprete dall'onere di distinguere quelle, tra le informazioni, che sono rilevanti per la formazione del consenso e che, pertanto, debbono essere rivelate». Così L. DI DONNA, *I rimedi nella fase precontrattuale*, in *I contratti del consumatore, Istituti di diritto civile*, a

Come emerge dalla lettura dell'art. 13, alcuni di questi dati vengono comunicati senza bisogno di ulteriori descrizioni o avvertenze altri, invece, necessitano di specificazioni.

Tra i primi si indicano gli scopi per i quali il credito può essere utilizzato (lett. b); la possibile durata del contratto (lett. d); l'importo totale del credito, il costo totale per il consumatore, il TAEG (elementi che devono essere forniti mediante esempio rappresentativo<sup>199</sup>) (lett. g); gli eventuali costi ulteriori non inclusi nel costo totale del credito (lett. h); le diverse opzioni disponibili per rimborsare il credito (compresi numero, frequenza e importo delle rate) (lett. i); l'eventuale necessità di una perizia sul valore dell'immobile (con l'indicazione del soggetto responsabile a provvedere alla sua esecuzione) (lett. l); il riferimento ai servizi accessori che il consumatore è eventualmente obbligato ad acquistare al fine di ottenere il credito o al fine di ottenerlo alle condizioni offerte (lett. m).

Devono contenere invece dati ulteriori il riferimento alle forme di garanzia da cui il contratto di credito può essere assistito (deve precisarsi se il bene può essere ubicato in un diverso Stato membro) (lett. c); l'indicazione dei tipi di tasso debitore disponibili (deve precisarsi se si tratta di tassi fissi, variabili o frutto di una combinazione di entrambe le tipologie e deve includersi una breve descrizione delle caratteristiche del tasso fisso, del tasso variabile e delle implicazione derivanti per il consumatore) (lett. e); l'indicazione delle valute estere nelle quali sia eventualmente disponibile il credito (in questo caso il legislatore richiede una spiegazione delle implicazioni che la determinazione del credito in valuta estera può determinare per il consumatore) (lett. f); la descrizione delle condizioni

cura di Guido Alpa, Milano, 2014, p. 297 ss.

<sup>199</sup> La circostanza che sia obbligatorio utilizzare un «esempio rappresentativo» sembra legittimare anche una ricostruzione che collochi il dato informativo in questione “a metà strada” tra quelli da fornire in modo netto e quelli che devono contenere elementi descrittivi.

direttamente connesse al rimborso anticipato (lett. k); l'avvertenza generale circa le conseguenze che possono derivare per il consumatore dall'inadempimento degli obblighi derivanti dalla sottoscrizione del contratto di credito (lett. n).

A differenza delle informazioni generali che, come si è visto, non sono rivolte ad un consumatore già individuato bensì al pubblico dei consumatori, quelle personalizzate hanno per destinatario un consumatore determinato e vengono fornite mediante un modulo standardizzato (si tratta, come già accennato, del Prospetto Informativo Europeo Standardizzato) su supporto cartaceo o su altro supporto durevole<sup>200</sup>.

Più precisamente, le informazioni precontrattuali personalizzate sono destinate al consumatore che, dopo avere verosimilmente svolto una prima selezione tra i contratti di credito offerti sul mercato dai diversi operatori, si rivolga ad uno di loro per conoscere le caratteristiche di uno o più contratti di credito, fornendo informazioni sulle proprie esigenze, preferenze ed illustrando la propria situazione finanziaria. Le informazioni personalizzate saranno inerenti al contratto di credito che il professionista intenderà proporre al consumatore, dopo aver valutato le informazioni da lui fornite ed il suo merito creditizio<sup>201</sup>.

<sup>200</sup> Viene richiamata la definizione contenuta dalla direttiva 2008/48/CE all'art. 3, lett. m) che prevede si tratti di «ogni strumento che permetta al consumatore di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate».

<sup>201</sup> In termini simili si cfr. A. LAS CASAS, *“Informazioni generali” e “informazioni personalizzate” nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori*, in *Persona e Mercato – Attualità*, 1/2015 p. 251 ss., il quale, analizzando gli obblighi informativi disciplinati dalla direttiva, evidenzia come ci si trovi di fronte ad un flusso di informazioni precontrattuali organizzato secondo una gradazione che procede da un ambito generale e svincolato dalla instaurazione di un contratto con il consumatore determinato, verso un quadro via via più definito che diverrebbe qualificato dalle informazioni trasmesse dal consumatore in merito alla propria situazione e alle esigenze che intende soddisfare mediante il credito e quindi direttamente riferito alle caratteristiche della specifica negoziazione in corso.

L'art. 14 della direttiva, oltre a fare riferimento alle informazioni precontrattuali, disciplina quindi in modo implicito – attraverso il richiamo dell'art. 20 sull'«informativa e verifica delle informazioni sul consumatore» – “il procedimento” che conduce il consumatore a ricevere le informazioni precontrattuali personalizzate. Come è stato rilevato in dottrina<sup>202</sup>, esso presuppone che il consumatore sia già venuto a conoscenza delle informazioni generali e che abbia fornito le informazioni relative alle sue esigenze, alla sua situazione finanziaria e alle sue preferenze, che saranno oggetto di valutazione ai fini della verifica del suo merito creditizio.

Alla luce di tali considerazioni, parte della dottrina ha sottolineato che nella disciplina europea del credito immobiliare ai consumatori il procedimento informativo è caratterizzato da circolarità, bidirezionalità e (sulla considerazione dell'ampiezza del contenuto delle informazioni di volta in volta fornite) gradualità<sup>203</sup>.

L'utilizzo di un modulo *standard* per la comunicazione delle informazioni personalizzate, da fornirsi ai sensi dell'art. 14 «in tempo utile,

<sup>202</sup> In questo senso, si v. S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, cit., p. 523 ss. T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit., p. 70 ss.; A. LAS CASAS, “Informazioni generali” e “informazioni personalizzate” nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, cit., p. 251 ss.

<sup>203</sup> Così T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit., p. 70 ss. Si cfr. altresì S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, cit., p. 523 ss.; ID., *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 27 ss.; A. LAS CASAS, “Informazioni generali” e “informazioni personalizzate” nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, cit., p. 251 ss. il quale mette in evidenza come nella direttiva n. 17 la strategia europea di regolazione dell'informazione precontrattuale si arricchisca di profili ulteriori rispetto all'approccio che fa leva sulla mera comunicazione dell'informazione dal professionista al consumatore; E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, cit., p. 206 ss.; A. LUPOI, *La Direttiva 17/2014, il mercato dei crediti immobiliari e la consulenza al credito*, cit., p. 234 ss.

prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta», non rappresenta una novità in quanto tale modalità comunicativa è già contemplata dalla direttiva 2008/48/CE in materia di credito ai consumatori oltre che, come già si è detto, dal codice di autoregolamentazione sulle informazioni precontrattuali del 2001.

Il PIES, contenuto nell'Allegato II alla Direttiva, – la cui struttura è oggetto di armonizzazione massima<sup>204</sup> – è composto da una sezione introduttiva in cui viene precisato il periodo di validità delle informazioni contenute e da sezioni ulteriori che contengono una serie di elementi rilevanti per il contratto di credito. In particolare deve prevedere (per citarne solo alcuni): i dati identificativi del mutuante e dell'intermediario; il tasso di interesse applicato e l'indicazione degli altri costi; le condizioni generali del mutuo; l'importo di ciascuna rata, la frequenza e il numero; una tabella esemplificativa del piano di ammortamento, le informazioni relative ai reclami e all'autorità preposta alla vigilanza del soggetto che eroga il mutuo.

Come ricordato, il PIES non può essere modificato dagli Stati membri se non nei limiti previsti nell'allegato II. Tale circostanza rivela l'adesione implicita da parte del legislatore europeo alla tesi che ritiene il *surplus* informativo non solo inutile, ma controproducente per il consumatore. Ciò emerge dall'art. 14, paragrafo 8, che prevede che qualsiasi informazione aggiuntiva che il “creditore” (o eventualmente l'intermediario del credito) voglia fornire al consumatore, o che sia tenuto a comunicargli in base al diritto nazionale, sia comunicata «in un documento distinto che può essere allegato al PIES». Tale previsione riflette inoltre una «gerarchia tra le informazioni»<sup>205</sup> in base alla quale quelle che formano oggetto del PIES si presumono essenziali ed inderogabili mentre quelle (ulteriori),

<sup>204</sup> Nella parte B del PIES, relativa alle istruzioni per la compilazione, si precisa che gli Stati membri possono (solamente) elaborare o precisare tali istruzioni.

<sup>205</sup> In questi termini T. RUMI, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, cit., p. 78 ss.

rimesse alla discrezione del finanziatore, si reputerebbero secondarie.

L'essenzialità delle informazioni contenute nel PIES si apprezza anche analizzando le norme che disciplinano lo svolgimento della “sequenza” tra la consegna del PIES e la proposizione di un'offerta vincolante da parte del “creditore”. Il paragrafo 3 dell'art. 14 prevede infatti che gli Stati membri debbano garantire che, qualora al consumatore venga proposta un'offerta vincolante per il “creditore”, quest'ultima sia accompagnata da un PIES non solo nei casi in cui questo documento non sia stato fornito in precedenza, ma tutte le volte in cui le caratteristiche dell'offerta siano diverse dalle informazioni contenute nel PIES precedentemente consegnato. E' inoltre nella facoltà degli Stati membri prevedere la fornitura obbligatoria del PIES prima della proposta di qualsiasi offerta vincolante per il “creditore”.

Al fine di tenere conto dell'esigenza dei consumatori di «confrontare e riflettere sulle caratteristiche dei prodotti creditizi»<sup>206</sup>, l'art. 14 si occupa inoltre di delineare la sequenza temporale in cui può giungersi alla conclusione del contratto, concedendo alcuni spazi di scelta ai legislatori nazionali sul modo in cui congegnarla. Il paragrafo n. 6 prevede, infatti, che «gli Stati membri precisano il periodo, di almeno sette giorni, durante il quale il consumatore ha il tempo sufficiente per confrontare le offerte, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata».

In particolare, i legislatori nazionali possono decidere di attribuire al consumatore uno *spatium deliberandi* precedente alla conclusione del contratto, il diritto di recesso o una combinazione tra i due. Come si dirà meglio con riferimento alla disciplina di attuazione, il legislatore italiano ha optato per la prima soluzione concedendo al consumatore un periodo di riflessione di almeno sette giorni e prevedendo che durante tale periodo

<sup>206</sup> In questi termini il considerando n. 40 e, nello stesso senso, il n. 44.

l'offerta sia vincolante per il finanziatore. Non ha esercitato, invece, la facoltà – pure prevista dalla direttiva – di prevedere che durante quel periodo il consumatore non possa accettare la proposta contrattuale.

Con riferimento alla conclusione a distanza dei contratti di credito immobiliare (modalità disciplinata dalla direttiva 2002/65/CE), il paragrafo 7 dell'art. 14 prevede che gli obblighi precontrattuali di informazione si considerino assolti solamente dopo che il “creditore” abbia fornito il PIES al consumatore, confermando dunque la rilevanza assegnata dal legislatore europeo alle informazioni precontrattuali personalizzate anche con riferimento a tale forma di negoziazione.

Guardando adesso all'attuazione delle norme sulle informazioni precontrattuali nel nostro ordinamento, il legislatore italiano ha scelto di recepirle nell'art. 120 *novies* del t.u.b., disposizione che presenta molti profili di continuità rispetto alla disciplina europea di riferimento.

Il primo comma dell'art. 120 *novies* prevede che il finanziatore o l'intermediario del credito metta a disposizione del consumatore «in qualsiasi momento», su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, un documento contenente «informazioni generali» chiare e comprensibili sui contratti di credito offerti.

Il contenuto delle informazioni generali – e quindi la specificazione dei dati informativi sul contratto di credito che devono esservi ricompresi – non viene dettato direttamente dal legislatore che, al comma sesto dell'art. 120 *novies*, delega al CICR – su proposta della Banca d'Italia – il compito di stabilire disposizioni di attuazione con riferimento, tra gli altri, «al contenuto, ai criteri di redazione e alle modalità di messa a punto delle informazioni precontrattuali».

Tali disposizioni, cui si è già fatto riferimento con riguardo alle comunicazioni di pubblicità e *marketing*, sono state adottate con la delibera n. 380 del 29 settembre 2016 che, all'art. 5 – dedicato alla «informativa

precontrattuale» – si limita a richiamare, per quanto concerne le informazioni generali, l'art. 13 della direttiva.

Una disciplina più dettagliata delle informazioni generali si rinviene invece nella normativa secondaria rappresentata dal provvedimento *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza nelle relazioni tra intermediari e clienti* adottato dalla Banca d'Italia il 29 luglio del 2009 e modificato da ultimo il 30 settembre 2016 proprio per dare attuazione al capo I *bis* del t.u.b. In particolare, la sezione VI *bis* al n. 5.2.1 contiene un elenco minuzioso dei dati essenziali<sup>207</sup> che il finanziatore deve

<sup>207</sup> Testualmente «le informazioni generali includono almeno: a) la denominazione del finanziatore e l'indirizzo della sua sede amministrativa o della succursale con sede in Italia; nel caso di offerta attraverso intermediari del credito, vanno indicati anche il nome e il cognome o la denominazione dell'intermediario del credito e, se del caso, del collaboratore di cui si avvale e il numero di iscrizione nell'elenco in cui l'intermediario del credito è eventualmente iscritto, l'indirizzo dell'intermediario del credito e del soggetto che entra in rapporto con il consumatore; b) le finalità per le quali il credito può essere utilizzato; c) la tipologia di garanzie accettate; in caso di ipoteca, va indicata la necessità di una valutazione del bene immobile, la parte che è responsabile della sua esecuzione e i relativi costi per il consumatore; è inoltre indicata la possibilità o meno che il bene immobile sia ubicato in un altro Stato membro dell'Unione europea; d) la possibile durata del contratto; e) le tipologie di tasso d'interesse disponibili, con la precisazione della natura fissa o variabile ovvero derivante dalla combinazione dei due tipi di tasso, e una breve descrizione delle caratteristiche del tasso fisso e del tasso variabile e dei relativi effetti per il consumatore; f) per i finanziamenti in valuta estera, la valuta o le valute estere disponibili, con la spiegazione degli effetti che questi finanziamenti possono avere per il consumatore; g) l'importo totale del credito, il costo totale del credito, l'importo totale dovuto dal consumatore e il TAEG, illustrati mediante un esempio rappresentativo; h) tutte le spese, non incluse nel costo totale del credito, derivanti dal contratto di credito; i) se del caso, la necessità di sottoscrivere contratti relativi a uno o più servizi accessori connessi con il contratto di credito (ad esempio una polizza assicurativa), con la precisazione che questi contratti possono essere acquistati da un fornitore diverso dal finanziatore; j) la possibilità di ricevere servizi di consulenza ai sensi dell'articolo 120- *terdecies* del T.U.; k) le possibili modalità di rimborso del credito, l'importo, il numero e la periodicità delle rate; l) le condizioni per il rimborso anticipato del credito, secondo quanto previsto dagli articoli 120-*ter* e 125-*sexies*, comma 1, del T.U.; m) le informazioni e le evidenze documentali che il consumatore deve fornire al finanziatore ai fini della valutazione del merito di credito ai sensi dell'articolo 120-*undecies*, comma 1, del T.U., e il termine entro il quale esse devono essere fornite, con l'avvertimento che il credito non può essere concesso se il consumatore non fornisce le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione del merito di credito; n) se verrà consultata una banca dati, in conformità dell'articolo 13 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196; o) un avvertimento generale circa le possibili conseguenze connesse con l'inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di credito».

includere nelle informazioni generali che devono essere rese disponibili attraverso un «foglio informativo» standardizzato<sup>208</sup>.

Il documento sulle informazioni generali (che abbiamo visto essere precisato nel contenuto dalla normativa secondaria) deve contenere, ai sensi dell'art. 120 *novies* t.u.b., alcuni dati ulteriori. Si tratta delle «informazioni» e delle «evidenze documentali» che il consumatore deve fornire ai sensi dell'articolo 120-*undecies*, comma 1° (sono le informazioni di cui il finanziatore o l'intermediario del credito terrà conto per eseguire la verifica del merito creditizio del consumatore), con la precisazione del termine entro il quale devono essere fornite; dell'«avvertimento» che il credito non potrà essere accordato se la valutazione del merito creditizio non potrà essere effettuata a causa della scelta del consumatore di non fornire le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione; dell'eventuale consultazione di una banca dati, in ossequio alle previsioni dell'articolo 13 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 e, qualora prestati, della possibilità di ricevere servizi di consulenza.

Dall'analisi dell'art. 120 *novies*, c. 1°, t.u.b. emerge che il legislatore interno ha attuato la facoltà, contemplata all'art. 13 della direttiva, di includere tra le informazioni generali elementi ulteriori rispetto a quelli ritenuti essenziali dal legislatore europeo. Attraverso tali elementi che – come si è visto – attengono alla fase della valutazione del merito creditizio, sembra che il legislatore interno abbia voluto anticipare, rispetto alla

<sup>208</sup> Il cui contenuto è precisato nell'Allegato n. 3 del Provvedimento della Banca d'Italia in analisi ed è disponibile all'indirizzo internet [http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza\\_operazioni/Allegato\\_3.pdf](http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/Allegato_3.pdf).

La lettura del foglio informativo intitolato «Informazioni generali sul credito immobiliare offerto ai consumatori» induce a confermare – per l'utilizzo di un linguaggio semplice e per la presenza di un'apposita sezione «legenda» – il ruolo che si è riconosciuto agli operatori del credito di prestarsi, nella realtà dei traffici commerciali, a svolgere una funzione educativa ausiliare rispetto a quella principale che il legislatore europeo assegna agli Stati membri.

sequenza tracciata dalla direttiva n. 17, il momento in cui il consumatore viene edotto della necessità di comunicare alcune informazioni relative alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, o comunque precisare una questione lasciata aperta<sup>209</sup>.

Delle informazioni precontrattuali personalizzate si occupa invece il c. 2° dell'art. 120 *novies* t.u.b. che prevede che il finanziatore o l'intermediario del credito debba fornire al consumatore le informazioni personalizzate necessarie a consentirgli il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere così una decisione informata in merito alla conclusione di un contratto di credito.

La disciplina ricalca quasi interamente quella della direttiva: le informazioni personalizzate devono essere fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso la consegna del PIES<sup>210</sup> che deve essere consegnato «tempestivamente» dopo che il consumatore ha fornito le informazioni necessarie circa le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze, in conformità all'articolo 120-*undecies*, comma 1°, e comunque in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta.

Il c. 2° dell'art. 120 *novies* t.u.b. prescrive, inoltre, che nel caso in cui al consumatore sia proposta un'offerta, vincolante per il finanziatore, questa debba essere presentata su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, debba includere la bozza del contratto di credito e debba essere seguita dalla consegna del PIES qualora il modulo non sia stato fornito in precedenza al consumatore o qualora le caratteristiche dell'offerta siano

<sup>209</sup> L'art. 20 della direttiva – cui rimanda l'art. 14 – contiene, infatti, un generico riferimento alla «fase precontrattuale».

<sup>210</sup> Il Foglio informativo europeo standardizzato è contenuto dall'allegato 4E al documento Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari ed è disponibile all'indirizzo internet [http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza\\_operazioni/Allegato\\_4E.pdf](http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/Allegato_4E.pdf)

diverse dalle informazioni contenute nel PIES precedentemente fornito. Tali statuizioni, che intendono assicurare una congruenza tra il contenuto delle informazioni personalizzate fornite tramite il PIES e l'offerta formulata dal finanziatore, rinviengono la propria *ratio* nell'obiettivo di garantire che nel momento in cui l'operatore creditizio ritenga un determinato prodotto adatto alla situazione finanziaria del consumatore e glielo offra, rendendosi così disponibile alla concessione del credito, le informazioni veicolate in sede precontrattuale diventino contenuto del contratto e non siano modificabili a libero piacimento del professionista, assumendo così un ruolo che da mero strumento di promozione della trasparenza assurga a quello di mezzo attraverso il quale determinare il contenuto delle clausole negoziali. Guardando alla disciplina generale del contratto, sembra corretto affermare che l'offerta vincolante formulata dal finanziatore si sostanzia in una proposta irrevocabile ai sensi dell'art. 1329 c.c. che, oltre al termine di irrevocabilità, deve indicare gli elementi essenziali del contratto cui si riferisce e l'eventuale ulteriore periodo di efficacia (durante il quale è tuttavia revocabile).

La disciplina recepita nel t.u.b. aiuta quindi a fugare i dubbi lasciati aperti dalla normativa europea con riferimento alla individuazione delle conseguenze derivanti dalla mancata consegna del PIES, dalla dazione di un prospetto che riporti informazioni false o parziali e, soprattutto, dalla eventuale incongruenza tra le informazioni contenute nel prospetto informativo e il contratto di credito immobiliare effettivamente concluso questione, quest'ultima, particolarmente rilevante a seguito del mancato elevamento esplicito delle informazioni contenute nel prospetto informativo a parte integrante del contratto di credito, diversamente da quanto invece è avvenuto in altri ambiti della disciplina consumeristica<sup>211</sup>.

<sup>211</sup> Si pensi in particolare all'art. 49, c. 5, del codice del consumo in merito ai contratti a distanza e a quelli negoziati fuori dai locali commerciali e all'art. 72, c. 4, del medesimo

A tali interrogativi si tenterà di rispondere nel capitolo terzo del presente elaborato.

Tornando alla disciplina di attuazione, ai sensi della sezione VI *bis*, punto 5.2.2 del provvedimento della Banca d'Italia del 30 settembre 2016 l'avvenuta acquisizione del documento da parte del consumatore deve essere attestata per iscritto o attraverso altro supporto durevole che riporti l'indicazione della data di avvenuta consegna. La disposizione, che sembra motivata dall'esigenza di garantire che il professionista disponga di un documento – utilizzabile nel corso di un eventuale giudizio con il consumatore – dal quale emerga che la comunicazione delle informazioni precontrattuali è stata correttamente veicolata prima della conclusione del contratto, per il modo in cui è formulata sembra ammettere che il documento in cui viene attestata l'avvenuta consegna del PIES possa essere costituito dallo stesso contratto di credito immobiliare che, ai sensi dell'art. 117 t.u.b., deve essere concluso per iscritto. Relativamente alla legittimità di una tale interpretazione, è necessario tenere conto dell'orientamento maturato dalla Corte di Giustizia<sup>212</sup> che, pronunciatisi sull'ipotesi speculare a quella in analisi con riferimento alla disciplina sui contratti di credito ai consumatori, si è espressa favorevolmente alla ammissibilità di una clausola del tenore della norma, distinguendo gli effetti che l'ordinamento nazionale lascia derivare dalla sua previsione<sup>213</sup>.

codice di settore, relativamente ai contratti di multiproprietà, a quelli relativi ai prodotti per le vacanze a lungo termine ed ai contratti di rivendita e di scambio.

<sup>212</sup> Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 18 dicembre 2014, resa nella causa C-449/13, CA Consumer Finance SA vs Ingrid Bakkaus.

Il testo della sentenza è reperibile all'indirizzo <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&jur=C,T,F&num=C-449/13&td=ALL>. Si v. la nota di commento di M. M. FRANCISETTI BROLIN, *Ancora sul c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo. Chiose a margine di una recente decisione comunitaria*, in *Contratti e Impresa/Europa*, 1/2015, p. 357 ss.

<sup>213</sup> In particolare, la Corte distingue il caso in cui, in forza del diritto nazionale, tale clausola negoziale comporti soltanto che il debitore abbia attestato di avere ricevuto la scheda contenente le Informazioni europee di base, dalla diversa ipotesi in cui

Conformemente al paragrafo 8 dell'art. 14 della direttiva, è previsto che le informazioni aggiuntive che il finanziatore o l'intermediario del credito debba o voglia fornire al consumatore siano riportate in un documento distinto.

Con riferimento alla facoltà che la direttiva (art. 14) ha concesso ai legislatori nazionali di scegliere tra l'attribuzione al consumatore di uno *spatium deliberandi* prima della conclusione del contratto (che si ritiene debba decorrere almeno dalla consegna del PIES), ovvero il diritto di recedere dal contratto concluso (o ancora un periodo di tempo che rappresentasse una combinazione tra i due istituti), il legislatore italiano ha optato per la prima soluzione. Viene infatti attribuito al consumatore un periodo di riflessione di almeno sette giorni e statuito che durante tale periodo l'offerta sia vincolante per il finanziatore. Durante detto periodo il consumatore può tuttavia accettare la proposta contrattuale, configurandosi

l'ordinamento statale faccia derivare dalla stipulazione di una clausola simile il riconoscimento da parte del consumatore della piena e corretta esecuzione degli obblighi precontrattuali incombenti sul creditore, con la conseguenza implicita – per la parte che l'ha sottoscritta – di dovere dimostrare l'inadempimento di quegli obblighi precontrattuali che invece ha dichiarato essere stati correttamente eseguiti. I giudici europei ritengono che nel primo esempio la clausola standard non comprometterebbe l'effettività dei diritti riconosciuti dalla direttiva purché la sua apposizione venga apprezzata come semplice indizio che il finanziatore dovrà avvalorare attraverso uno o più elementi di prova pertinenti e al consumatore sia sempre riconosciuta la possibilità di far valere la mancata ricezione della scheda informativa o l'inadeguatezza della scheda ricevuta al fine dell'esatto adempimento degli obblighi informativi precontrattuali incombenti sul creditore. Nel secondo una simile clausola negoziale non sarebbe ammissibile in quanto determinerebbe una inversione dell'onere probatorio e consentirebbe al creditore di eludere gli obblighi cui è tenuto. Nello stesso senso si cfr. il par. n. 45 delle conclusioni dell'avvocato generale ove è affermato «con tale clausola il debitore attesta semplicemente l'esecuzione di un fatto (la consegna della cosiddetta scheda contenente le informazioni europee di base) e non il pieno e corretto adempimento di un obbligo (ossia una scheda contenente le informazioni europee di base che soddisfi i requisiti derivanti dalla direttiva 2008/48)».

Parte della dottrina ha rilevato come una simile clausola «sulla base delle coordinate del diritto interno (...) sia nulla in forza del divieto previsto dall'art. 2698 c.c.» e che inoltre – date le qualità personali del mutuatario che è anche consumatore – una «siffatta clausola può andare incontro alla presunzione di vessatorietà, ai sensi dell'art. 33, lett. t), c. cons.»: così M. M. FRANCISSETTI BROLIN, *Ancora sul c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo. Chiose a margine di una recente decisione comunitaria*, cit., p. 365.

così il periodo di riflessione quale oggetto di un diritto disponibile che assicura al soggetto debole una tutela soltanto minimale, pur esaltandone formalmente l'autonomia contrattuale.

Come la direttiva (all'art. 16), anche la disciplina di attuazione (al c. 5 dell'art. 120 *novies* t.u.b.) tiene conto della possibilità che il consumatore necessiti di spiegazioni e chiarimenti da parte dell'operatore professionale al fine di valutare l'adeguatezza del contratto di credito a lui proposto (ed eventualmente dei servizi accessori) rispetto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria prescrivendo che gli vengano forniti chiarimenti adeguati. Similmente all'art. 16 della direttiva<sup>214</sup>, anche l'art. 120 *novies*, c. 5, t.u.b. non precisa il momento temporale in cui tali chiarimenti possono essere forniti, né le modalità di comunicazione<sup>215</sup>.

Il CICR ha stabilito – all'art. 5, c. 2°, del d.m. n. 380 del 29 settembre 2016 – che il finanziatore si doti di procedure organizzative e di controllo interno aventi ad oggetto le modalità e la portata dell'assistenza da fornire al consumatore<sup>216</sup>.

<sup>214</sup> E allo stesso modo: l'art. 5, par. 6 della direttiva 2008/48/CE con riferimento ai chiarimenti da fornire nei contratti di credito ai consumatori.

<sup>215</sup> Su entrambe le questioni si è pronunciata la Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 18 dicembre 2014, resa nella causa C-449/13, CA Consumer Finance SA vs Ingrid Bakkaus (citata). Con riferimento al primo interrogativo, la Corte dopo aver negato la propedeuticità dell'obbligo di valutazione della solvibilità del consumatore rispetto a quello di fornirgli chiarimenti adeguati, precisa – nel punto n. 46 della sentenza – che gli obblighi informativi precontrattuali «non possono essere adempiuti in fase di conclusione del contratto di credito, ma devono essere adempiuti in tempo utile attraverso la comunicazione al consumatore, preliminarmente alla firma di tale contratto, dei chiarimenti menzionati all'art. 5, paragrafo 6, di detta direttiva» (paragrafo che disciplina l'obbligo di fornire al consumatore chiarimenti adeguati). Con riferimento al secondo interrogativo la Corte di Giustizia rileva che, stante la mancanza di una diversa indicazione da parte del legislatore, i chiarimenti adeguati possono essere forniti anche oralmente nel corso di un colloquio con il consumatore.

<sup>216</sup> In particolare deve assicurarsi: che i chiarimenti rispondano alle domande formulate dal consumatore sulla documentazione precontrattuale fornitagli, sulle caratteristiche del contratto proposto e sugli effetti che possono derivargli a seguito della sua conclusione. Deve assicurarsi, inoltre, che tali chiarimenti possano essere ottenuti dal consumatore oralmente o comunque attraverso tecniche di comunicazione a distanza che consentano un'interazione individuale e, infine, che siano forniti da personale in possesso di una

Un ulteriore obbligo informativo previsto dall'art. 120 *novies* t.u.b. è quello concernente il «contenuto» ed i «possibili effetti» dell'accordo previsto dal c. 3 dell'art. 120 *quinqüesdecies* t.u.b. Si tratta della possibilità che le parti al momento della conclusione del contratto di credito convengano – con clausola espressa – il c.d. “patto marciano”. Anche in questo caso la normativa secondaria prevede che, nel caso in cui il contratto contenga simile clausola, al consumatore siano fornite informazioni sul contenuto specifico di essa, sulle caratteristiche dell'inadempimento di cui al comma 4, lett. c) dell'art. 120 *quinqüesdecies* e sui possibili effetti per il consumatore. Tali informazioni devono essere rese in modo chiaro e comprensibile, attraverso un modulo che può essere allegato al PIES<sup>217</sup>.

Infine, accanto agli obblighi informativi precontrattuali descritti, che – come si è visto – gravano parimenti sul finanziatore e sull'intermediario del credito e sono finalizzati a permettere al consumatore di confrontare i prodotti disponibili sul mercato, valutarne le implicazioni e giungere in tal modo ad una decisione informata sull'opportunità di concludere un contratto di credito, la direttiva n. 17 (all'art. 15) e la disciplina interna di attuazione contemplano obblighi di informazione specifici in capo ai soli intermediari del credito.

In particolare l'art. 120 *decies* t.u.b. individua una serie di informazioni che l'intermediario è tenuto a fornire al consumatore «in tempo utile prima dell'esercizio di una delle attività di intermediazione del credito». Esse attengono alla denominazione e alla sede dell'intermediario,

conoscenza adeguata e aggiornata sui contratti di credito offerti, sui diritti dei consumatori e sulla disciplina adottata ai sensi del decreto.

Tale regolamentazione costituisce esempio della capacità della disciplina europea in esame, seppure per il tramite della sua attuazione nazionale, di incidere sui profili organizzativi e aziendali degli operatori creditizi.

<sup>217</sup> In questi termini la sezione VI *bis* n. 5.2.2 del provvedimento della Banca d'Italia del 30 settembre 2016.

al registro<sup>218</sup> in cui è iscritto, alla circostanza che sia soggetto a vincolo di mandato nei confronti di uno o più “finanziatori”, al compenso che il consumatore dovrà versargli o – nel caso in cui non sia determinato – al metodo per il suo calcolo, alle commissioni che eventualmente riceva dal finanziatore.

A differenza degli obblighi informativi precontrattuali che attengono al contenuto del contratto, alle sue condizioni ed ai rischi che derivano dalla sua conclusione, e che – come si è visto – mirano a garantire il raggiungimento della consapevolezza del consumatore in ordine all'opportunità e alla convenienza del contratto di credito, quelli in capo agli intermediari sembrano, invece, destinati innanzitutto ad assicurare la trasparenza della negoziazione (si pensi ai doveri informativi relativi all'identità dell'intermediario e agli ulteriori dati di registrazione, la cui conoscenza facilita il consumatore che voglia proporre reclamo; a quelli che rendono “chiari” eventuali conflitti di interesse o, ancora, a quelli relativi al compenso che permettono al consumatore che non voglia sopportarne i costi di rivolgersi direttamente al finanziatore).

<sup>218</sup> Il riferimento al «registro» costituisce indice del frequente *copy out* in sede di recepimento di una normativa di origine europea. L'art. 128 *quinquies* t.u.b. (relativamente agli agenti in attività finanziaria) e l'art. 128 *septies* t.u.b. (per i mediatori creditizi) si riferiscono infatti all'elenco. Così, anche la disciplina di attuazione emanata dalla Banca d'Italia nel punto 5.2.5.

#### 4. L'obbligo di valutazione del merito creditizio

Tra gli ulteriori obblighi che devono essere eseguiti nella fase precontrattuale, la direttiva 2014/17/UE impone al “creditore” quello di valutare il merito creditizio del consumatore che abbia avanzato una richiesta di finanziamento. Il ruolo di rilievo attribuito dal legislatore europeo alla valutazione del merito creditizio è confermato, come si è già rilevato, dal fatto che ad essa faccia riferimento già l'art. 1 della direttiva in sede di definizione dell'oggetto.

Tale obbligo, ancora una volta, va letto alla luce delle finalità essenziali della direttiva: garantire la protezione del consumatore attraverso una politica di *responsible lending*<sup>219</sup>, evitare che incorra in situazioni di sovraindebitamento<sup>220</sup> assicurando la «sostenibilità nell'erogazione»<sup>221</sup> e tutelare, indirettamente, la stabilità del mercato del credito immobiliare<sup>222</sup>.

<sup>219</sup> Per un'analisi dell'approccio seguito dal legislatore europeo, nella dicotomia *responsible lending* - *responsible borrowing*, si cfr. E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, cit., in particolare p. 206-208. Si v. altresì, G. FALCONE, “*Prestito responsabile*” e *valutazione del merito creditizio*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/2017, p. 147 ss.

<sup>220</sup> Per i riferimenti al legame tra la situazione di sovraindebitamento e la verifica del merito creditizio si v. G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1/2013, p. 38 ss.; L. MODICA, *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L. 3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art. 124 TUB)? Il “piano del consumatore” in funzione punitiva*, in *Diritto civile contemporaneo* (sito web), 2/2014, p. 1 ss.; E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla “contrattazione con l'insolvente”?*, in *Nuove leggi civili commentate*, 5/2014, p. 1088 ss.; R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 6/2015, p. 781 ss.; Si v. anche l'ordinanza ABF, Collegio di Roma, n. 153 del 2013 e la decisione ABF, Collegio di Milano, n. 2464 del 2013 reperibili su <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/ricerca-full-text/index.html>

<sup>221</sup> Così il considerando n. 6 della direttiva.

<sup>222</sup> L'idoneità di una cattiva valutazione del merito creditizio del consumatore a produrre effetti negativi sul mercato del credito è confermata dal considerando n. 57 che, riferendosi alla possibilità che il creditore faccia riferimento in quella sede alla sua «capacità (...) di trasferire parte dei rischi a terzi», richiama implicitamente i noti azzardi

La significativa rilevanza che la valutazione del merito creditizio assume nella disciplina del credito immobiliare viene rimarcata nei primi commenti alla direttiva, sottolineando come essa costituisca «un punto di snodo cruciale della trama normativa della direttiva 2014/17/UE e uno dei fondamenti della regolazione del mercato “al tempo della crisi”»<sup>223</sup>.

L'obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore prima di concedergli un credito, al fine di garantire la «sostenibilità» dell'erogazione, pare configurarsi come una declinazione del dovere generale di agire secondo onestà, equità, trasparenza e professionalità di cui all'art. 7 della direttiva che, come si è visto, impone agli operatori professionali anche di tenere conto «dei diritti e degli interessi dei consumatori»<sup>224</sup>.

La direttiva n. 17 compie un passo in avanti rispetto alla disciplina prevista dalla direttiva 2008/48/CE con riferimento ai contratti di credito ai consumatori, ed uno indietro rispetto alla proposta di direttiva sui contratti di credito relativi a beni immobili residenziali<sup>225</sup>.

L'art. 8 della direttiva 2008/48/CE si limitava infatti a stabilire che gli Stati membri provvedessero affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il “creditore” svolgesse una valutazione del merito creditizio del consumatore, tacendo sugli esiti di questa valutazione rispetto all'opportunità di concedere il credito (questione che – come si dirà nel prosieguo della trattazione – non è stata risolta dal legislatore italiano che, nell'art. 124 *bis* t.u.b., si è limitato a trasporre la formula della direttiva).

legati al fenomeno della “cartolarizzazione dei crediti” nel mercato immobiliare e le sue degenerazioni.

<sup>223</sup> Così E. PELLECCIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, cit., p. 214.

<sup>224</sup> Parte della dottrina ha rilevato che il principio del prestito responsabile, che sostiene l'obbligo di valutazione del merito creditizio, sia finalizzato ad «elevare il grado di diligenza esigibile dall'ente finanziatore nel corso dei suoi rapporti microeconomici di credito». Così K. FUCCI, *La riforma del credito ai consumatori finalizzato all'acquisto degli immobili residenziali*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 382.

<sup>225</sup> COM (2011) 142.

Al contrario, l'art. 14 della proposta prevedeva che, qualora dalla valutazione fosse emerso che le prospettive di rimborsare il credito erano negative, il “creditore” avrebbe dovuto «rifiutare il credito».

Il c. 5, lett. a) dell'art. 18 della direttiva n. 17 si limita, invece, ad instaurare una relazione tra l'obbligo di verifica e la concessione del credito – senza giungere per questo ad assumere contorni paternalistici<sup>226</sup> – prevedendo che il “creditore” possa erogare il credito al consumatore solo quando «i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto<sup>227</sup>».

Sulla base del richiamato art. 18, la valutazione del merito creditizio – che nel contesto del credito immobiliare ai consumatori deve essere «approfondita» (art. 18, par. 1) – può definirsi come «verifica delle prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi stabiliti dal contratto di credito».

Ai sensi dell'art. 20, par. 1, che ne indica i parametri valutativi<sup>228</sup>, essa deve essere effettuata sulla base delle informazioni sul reddito del consumatore, sulle sue spese e su altre informazioni sulla sua situazione

<sup>226</sup> In questo senso si cfr. S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, cit., p. 523 ss.

<sup>227</sup> Su questa scia, il considerando n. 57 afferma che «la decisione del creditore sulla opportunità di concedere il credito dovrebbe essere coerente con l'esito della valutazione del merito creditizio». Parte della dottrina ha correttamente rilevato che l'art. 18, letto congiuntamente al considerando n. 57, codificherebbe un peculiare obbligo di astensione per il finanziatore che non dovrebbe concedere il credito qualora la verifica del merito creditizio abbia dato esito negativo. In questo senso M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *L'art. 124-bis del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo: dalla culpa in contrahendo ai vizi del volere*, in *Contratto e Impresa/ Europa*, 2/2014, p. 541 ss. (in particolare p. 559).

<sup>228</sup> La determinazione dei parametri sui quali assestare la valutazione sulla meritevolezza creditizia del consumatore individuata dal legislatore europeo risente in modo evidente dell'elaborazione compiuta dal Financial Stability Board con l'approvazione del documento *Principles for Sound Residential Mortgage Underwriting Practices* dell'aprile 2012, disponibile all'indirizzo [http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r\\_120418.pdf?page\\_moved=1](http://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_120418.pdf?page_moved=1)

economica e finanziaria «necessarie, sufficienti e proporzionate»<sup>229</sup>.

Tenendo conto della pratica diffusa tra gli operatori del credito di considerare, in sede di valutazione della solvibilità del mutuatario, il valore del bene immobile, specie nel caso in cui il contratto di credito sia assistito da ipoteca – assorbendo di fatto la valutazione del merito creditizio nella probabilità di soddisfare le ragioni creditorie mediante l'escussione della garanzia<sup>230</sup> – l'art. 18 par. 3 stabilisce che la valutazione del merito creditizio non debba basarsi «prevalentemente» sull'eventuale maggior importo del valore del bene immobile residenziale rispetto all'importo del credito<sup>231</sup>.

Il par. 4 dell'art. 20 precisa che gli Stati membri dovrebbero porre in essere misure volte ad assicurare che i consumatori, in sede di valutazione del merito creditizio, siano consapevoli della necessità di fornire informazioni sufficientemente complete, e onera il finanziatore o l'intermediario di comunicare al consumatore che nel caso in cui il suo

<sup>229</sup> Nel considerando n. 55 il legislatore europeo indica che la capacità e la propensione del consumatore a rimborsare il credito dovrebbe essere valutata tenendo in considerazione anche le spese periodiche del consumatore, gli altri eventuali debiti e i risparmi. Dovrebbero essere considerati, inoltre, gli eventi futuri che possano ragionevolmente verificarsi durante lo svolgimento del rapporto contrattuale. Si tratta, in particolare, della riduzione del reddito «quando la durata del credito non cessa con il pensionamento», delle eventuali oscillazioni negative del tasso di cambio e dell'aumento del tasso debitore.

<sup>230</sup> Parte della dottrina vi ha rilevato una delle cause del c.d. *predatory lending*. In questo senso, si cfr. A. LUPOI, *Le direttive non vanno prese alla lettera (breve nota alla direttiva 2014/17/UE)*, in *Rivista di diritto bancario*, 3/2016, p. 1 ss., disponibile anche su [http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/a\\_lupoi\\_le\\_direttive\\_non\\_vanno\\_prese\\_alla\\_lettera\\_breve\\_nota\\_alla\\_direttiva\\_17-2014\\_2016.pdf](http://www.dirittobancario.it/sites/default/files/allegati/a_lupoi_le_direttive_non_vanno_prese_alla_lettera_breve_nota_alla_direttiva_17-2014_2016.pdf)

<sup>231</sup> Il considerando n. 55 limita la rilevanza del valore del bene immobile alla valutazione dell'importo del credito da concedere nel quadro di un contratto di credito garantito e precisa che la valutazione del merito creditizio dovrebbe invece basarsi sulla capacità del consumatore di far fronte ai propri obblighi nei termini del contratto. In tale contesto, gli operatori creditizi non dovrebbero quindi ritenere sufficiente, ai fini della valutazione della solvibilità del consumatore, la possibilità che il valore del bene immobile possa in futuro aumentare o anche superare l'importo del credito. Sulla stessa scia, il considerando n. 57 che afferma che l'eventuale possibilità di ricorrere alla cartolarizzazione del debito non dovrebbe indurre il mutuante ad ignorare gli esiti di un'eventuale valutazione negativa del merito creditizio, rendendo disponibile ad un consumatore un contratto di credito che probabilmente non sarà in grado di rimborsare.

merito creditizio non potesse essere valutato a causa del rifiuto di fornire informazioni sulla propria situazione finanziaria o gli elementi di supporto utili alla verifica delle informazioni veicolate, il credito non potrà essere concesso.

Quanto alla provenienza delle informazioni, il “creditore” può reperirle da «fonti interne» (il consumatore stesso<sup>232</sup>) o da fonti esterne (le banche dati di cui al capo settimo della direttiva) e, al fine di non disperdere i dati raccolti durante il procedimento che possibilmente condurrà alla concessione del credito, esse ricomprendono anche quelle eventualmente fornite all'intermediario del credito<sup>233</sup>. L'art. 20 precisa inoltre che le informazioni ricevute dal consumatore devono essere «opportunamente verificate» attingendo anche a «documentazione indipendente verificabile».

Le informazioni su cui si basa la valutazione del merito creditizio, così come il procedimento in cui si snoda, devono inoltre essere documentate e tenute aggiornate. L'aggiornamento delle informazioni utili alla verifica del merito creditizio si apprezza anche alla luce del paragrafo 6 dell'art. 18 che prevede che, qualora si intenda procedere ad un aumento significativo dell'importo mutuato, il “creditore” compia una nuova valutazione del merito creditizio del consumatore «sulla base di informazioni aggiornate» (a meno che la possibilità di concedere un credito dall'importo più elevato non sia stata oggetto della valutazione del merito creditizio già compiuta).

<sup>232</sup> Al fine di consentire al consumatore di rendersi conto delle informazioni minime necessarie da trasmettere al finanziatore per raggiungere una valutazione del merito creditizio basata su informazioni adeguate, parte della dottrina ha ipotizzato – specularmente a quanto già avviene con riferimento al contratto di assicurazione ai sensi degli artt. 1892 e 1893 c.c. – l'utilità di utilizzare nella prassi negoziale un questionario che il finanziatore dovrebbe trasmettere al consumatore. Si cfr. M.M. FRANCISSETTI BROLIN, *Ancora sul c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo. Chiose a margine di una recente decisione comunitaria*, cit., p. 369-370.

<sup>233</sup> Il par. 2 dell'art. 20 stabilisce pertanto che l'intermediario del credito dovrebbe avere cura di fornire al creditore le informazioni necessarie ottenute dal consumatore «per consentire l'esecuzione della valutazione del merito creditizio».

Con una disposizione particolarmente rilevante in punto di rimedi e sulla quale si tornerà nel prosieguo della trattazione, il paragrafo 4 dell'art. 18 ed il paragrafo 3 dell'art. 20 vietano al “creditore” di risolvere il contratto di credito concluso o di modificarlo a danno del consumatore a ragione del fatto che la valutazione del merito creditizio sia stata condotta «scorrettamente» o che le informazioni, al momento della conclusione del contratto, fossero incomplete.

Le uniche eccezioni a tale divieto sono rappresentate dalla omissione intenzionale del consumatore che non fornisce le informazioni al fine di ottenere il credito (evidentemente perché la comunicazione delle informazioni rivelerebbe una situazione di immeritevolezza) e dalla falsificazione delle informazioni ad opera del consumatore<sup>234</sup>.

Nel rispetto della normativa dettata dalla direttiva 95/46/CE<sup>235</sup>, il par. 5 dell'art. 18 prevede che “il creditore” debba informare il consumatore che sarà consultata una banca dati prima di procedere alla consultazione.

Dopo l'adempimento dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore, e qualora la verifica abbia avuto esito negativo, l'art. 18, paragrafo 5, prevede che il “creditore” lo informi senza ritardo del rifiuto, precisando – nel caso in cui sia stata utilizzata una banca dati – i suoi estremi e i risultati della sua consultazione.

<sup>234</sup> A tali eccezioni si fa riferimento anche nel considerando n. 58.

<sup>235</sup> Direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, pubblicata nella *G.U.* n. *L 281/31* del 23 novembre 1995.

In sede interna, oltre al c.d. codice in materia di protezione dei dati personali contenuto dal d.lgs. del 30 giugno 2003, n. 196, i soggetti privati titolari dei sistemi informativi dovranno rispettare le previsioni stabilite dal c.d. codice di deontologia e di buona condotta per i sistemi informativi gestiti da soggetti privati in tema di credito al consumo, affidabilità e puntualità nei pagamenti, emanato dal Garante per la protezione dei dati personali con provvedimento n. 8 del 16 novembre 2004, in *G.U.* del 23 dicembre 2004, n. 300, modificato dall'*errata corrige* in *G.U.* del 9 marzo 2005, n. 56. Per un esame degli aspetti più rilevanti, si cfr. E.O. POLICELLA, *Il codice deontologico sui sistemi di informazione creditizia*, in *Danno e responsabilità*, 3/2005, p. 263 ss.

Relativamente all'onere della prova dell'adempimento dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, né il legislatore europeo né quello nazionale si sono occupati della relativa allocazione. La questione, che rimane aperta anche con riferimento agli obblighi di informazione precontrattuale, ha occupato la Corte di giustizia dell'Unione europea con riferimento alla disciplina introdotta dalla direttiva 2008/48/CE<sup>236</sup>.

Il legislatore italiano ha attuato le norme della direttiva concernenti la valutazione del merito creditizio del consumatore nell'art. 120 *undecies* t.u.b. senza apportarvi modifiche di rilievo. In conformità al comma 9, la Banca d'Italia ha emanato alcune disposizioni di attuazione dell'art. 120 *undecies* t.u.b. integrandole nel documento *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziaria. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, modificato il 30 settembre 2016.

Il punto 5.3 della sezione VI *bis* si limita timidamente a precisare che quando il consumatore viene informato dal finanziatore del rifiuto della domanda di credito, ciò avvenga gratuitamente. Per la precisazione delle modalità in cui si svolge la valutazione del merito creditizio, il

<sup>236</sup> Nella sentenza del 18 dicembre 2014, resa nella causa C-449/13, CA Consumer Finance Sa vs Ingrid Bakkaus (citata), la Corte ha stabilito che la prova del corretto adempimento di tali obblighi grava sul professionista. Tale conclusione, che si pone in linea con il principio di vicinanza della prova in base al quale nel nostro ordinamento deve essere allocato l'onere di cui all'art. 2697 c.c., viene giustificata considerando che, fermo restando il rispetto dei principi di autonomia procedurale degli Stati membri, di equivalenza e soprattutto di quello di effettività, proprio l'osservanza di quest'ultimo sarebbe compromessa qualora l'onere probatorio dell'esatto adempimento degli obblighi precontrattuali cui è tenuto il professionista venisse posto sul consumatore, in quanto «quest'ultimo non dispone di mezzi che gli consentano di provare che il creditore (...) non gli ha fornito talune informazioni (...) e non ha verificato la sua solvibilità» (punto n. 27). Al contrario, l'effettività dell'esercizio dei diritti attribuiti dalla direttiva sul credito ai consumatori viene assicurata da una disciplina che – come quella francese, da cui origina il rinvio pregiudiziale – fa gravare l'onere della prova sul professionista, «senza che tale scelta pregiudichi in maniera sproporzionata il diritto del creditore ad un equo processo». Aderendo alle considerazioni svolte dall'Avvocato generale al paragrafo 35 delle sue conclusioni, la Corte di Giustizia afferma infatti che «un creditore diligente deve essere consapevole della necessità di raccogliere e conservare prove dell'esecuzione degli obblighi di informazione e di spiegazione» (punto n. 28).

provvedimento rinvia (per la precisazione di ulteriori elementi attinenti alla valutazione) alle disposizioni della Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 (Istruzioni di vigilanza per le banche)<sup>237</sup>, quando la valutazione è operata dalle banche e alla Circolare della Banca d'Italia n. 288 del 3 aprile 2015<sup>238</sup>, quando viene svolta dai finanziatori disciplinati dal titolo V del t.u.b. (soggetti operanti nel settore finanziario).

L'esame delle disposizioni interne relative all'obbligo di valutazione del merito creditizio rivela che, a differenza della disciplina prevista dalla direttiva – che contiene riferimenti all'esigenza di assicurare una coerenza tra la valutazione della solvibilità del consumatore e la concessione del credito – e che pertanto ha condotto una parte della dottrina a stabilire in capo all'operatore creditizio un peculiare dovere di astensione in caso di valutazione che abbia avuto esito negativo, il legislatore nazionale ha dettato una regolamentazione meno protettiva delle istanze sottese sia alla tutela del consumatore dai rischi di sovraindebitamento sia alla stabilità finanziaria<sup>239</sup>.

<sup>237</sup> Il rinvio è alle previsioni di cui alla Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Allegato A, paragrafo 2 che, oltre a disporre l'adozione di metodologie interne e la consultazione della Centrale dei Rischi, richiama le *Guidelines on creditworthiness assessment* del 19 agosto 2015 emanate dall'EBA e disponibili all'indirizzo <https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1092161/EBA-GL-2015-11+Guidelines+on+creditworthiness+assessment.pdf>.

La sezione IV delle linee guida citate fa riferimento principalmente al reddito del consumatore, ai suoi impegni finanziari e alle spese «non discrezionali».

<sup>238</sup> Il rinvio è alle disposizioni contenute nel Titolo III, Capitolo I, Sezione VII, paragrafo 2 che, oltre a richiamare le *Guidelines on creditworthiness assessment* del 19 agosto 2015 emanate dall'EBA, invita gli intermediari a dotarsi di apposite metodologie interne (par. 2.4)

<sup>239</sup> Come si dirà meglio nel capitolo terzo della trattazione, se è vero che la previsione del divieto di risolvere il contratto o di modificarlo *in peius*, in ragione dell'adempimento inesatto dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, può costituire un rimedio efficace per il consumatore, è anche vero che – come si è più volte ricordato – l'obbligo di valutazione in parola è previsto anche a tutela della stabilità del mercato del credito immobiliare. Non rimane da ritenere, allora, che probabilmente tale obiettivo, nelle intenzioni del legislatore italiano, è raggiungibile sia attraverso le sanzioni pecuniarie previste dall'art. 144 del t.u.b., che in virtù della carica di dissuasività che il divieto di risoluzione e modifica peggiorativa del contratto di credito può esercitare nei confronti

Alla luce dell'esame svolto emerge che la normativa interna si limita a prevedere la doverosità della valutazione del merito creditizio, la sede dello scrutinio (prima della conclusione del contratto di credito), gli elementi sui quali appuntare il giudizio, il divieto per il finanziatore che non abbia compiuto una valutazione esatta – senza che siano intervenuti fattori perturbativi imputabili al consumatore – di risolvere il contratto di credito o di esercitare uno *ius variandi* in senso sfavorevole ex art. 118 t.u.b., la necessità di rinnovare la valutazione in caso di aumento significativo dell'importo del credito, l'obbligo di informare il consumatore dell'esito negativo della verifica e del mezzo utilizzato per la valutazione.

Per l'analisi dei rimedi esperibili dal consumatore che, in seguito ad una valutazione scorretta del proprio merito creditizio, abbia ottenuto la concessione di credito immobiliare che gli ha arrecato nocumento, si rinvia

degli operatori finanziari. Del resto, anche con riferimento a quegli ordinamenti che – nel contesto della disciplina sui contratti di credito ai consumatori – hanno previsto, per il finanziatore che non abbia valutato correttamente il merito creditizio del consumatore, una sanzione probabilmente più efficace quale la decadenza dal diritto al pagamento degli interessi (soluzione prescelta dal legislatore francese), o a quelli che applicano la stessa sanzione per il caso in cui il contratto di credito non contenga tutti gli elementi obbligatori (così l'ordinamento slovacco), lo scrutinio operato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea si è concentrato in modo particolarmente esaustivo sul carattere della dissuasività dei rimedi prescelti. Si cfr., la sentenza della Corte di Giustizia del 27 marzo 2014, resa nella causa C-565/12, LCL Le Crédit Lyonnais SA vs Fesih Kalhan, e disponibile all'indirizzo

[http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d59bf9446074aa493d85409f7d49f1f4cb.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaxmSe0?](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d59bf9446074aa493d85409f7d49f1f4cb.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaxmSe0?text=&docid=149922&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c&id=27512)

[text=&docid=149922&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c&id=27512](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d59bf9446074aa493d85409f7d49f1f4cb.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaxmSe0?text=&docid=149922&pageIndex=0&doclang=IT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&c&id=27512). La sentenza è commentata da T. DALLA MASSARA, *Obbligo del creditore di valutare la solvibilità del debitore: la Corte di Giustizia sulla sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali prevista nell'ordinamento francese*, in *Diritto civile contemporaneo*, 3/2014, reperibile al sito internet [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com); T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, in *I Contratti*, 10/2014, p. 873 ss.; G. AZADI, *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in *Giurisprudenza italiana*, 2/2015, p. 285 ss.

Si v. altresì la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 9 novembre 2016, resa nella causa C-42/15, Home Credit Slovakia a.s. vs Klára Biròová, reperibile all'indirizzo internet <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&jur=C,T,F&num=C-42/15&td=ALL>

al successivo capitolo.

## 5. La prestazione dei servizi di consulenza

Oltre a tenere in considerazione la possibilità che il consumatore – nel corso dello svolgimento della negoziazione con l'operatore creditizio – possa avere la necessità di ricevere spiegazioni e chiarimenti sui contratti di credito immobiliare o sugli eventuali servizi proposti, per verificare autonomamente se essi siano adeguati alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria (occorrenza della quale il legislatore sovranazionale ha tenuto conto, dettando le relative previsioni nell'art. 16 della direttiva e stabilendo il regime della gratuità), la disciplina europea del credito immobiliare ai consumatori prevede che il consumatore possa servirsi degli appositi servizi di consulenza offerti dagli operatori creditizi.

L'eventuale conclusione di un contratto di consulenza<sup>240</sup>, che inevitabilmente sarà oneroso per i costi che la sua esecuzione comporta per il professionista, mira ad assicurare al consumatore una valutazione preventiva sulla adeguatezza dei contratti di credito e, più in generale, dei prodotti creditizi propostigli dal finanziatore o dall'intermediario del credito rispetto alle sue esigenze e alle sue condizioni finanziarie. Tale valutazione, compiuta da un soggetto dotato dei requisiti di competenza e professionalità previsti dalla normativa europea ed interna, confluirà in una raccomandazione personale che verrà fornita al consumatore all'esito del procedimento valutativo.

Relativamente ai servizi di consulenza, la direttiva 2014/17/UE impone ai soggetti abilitati a prestarli il rispetto di alcuni obblighi di comportamento. Alcuni sono obblighi informativi, altri obblighi che rilevano ai fini della individuazione delle modalità in cui il servizio di consulenza deve essere prestato. Rimane fermo – conformemente a quanto

<sup>240</sup> Il cui schema negoziale, limitandoci ai contratti tipici, può essere rinvenuto in quello del contratto di prestazione d'opera intellettuale o nel contratto di appalto di servizi.

si è più volte ribadito – il dovere, per l'operatore creditizio che agisca nelle vesti di consulente del consumatore, di assicurare il rispetto dei principi generali stabiliti dall'art. 7 della direttiva.

Analizzando gli obblighi informativi, il paragrafo 1° dell'art. 22 della direttiva prevede, innanzitutto, che gli operatori creditizi «indichino espressamente» al consumatore – nel contesto di una determinata operazione – «se i servizi di consulenza vengono prestati o possono essere prestati».

La previsione, che rivela la libertà riconosciuta agli operatori del credito in ordine all'offerta di tale servizio, si giustifica considerando l'attenzione riservata dal legislatore sovranazionale all'obiettivo di garantire che il consumatore sappia, prima della instaurazione di una relazione negoziale con il finanziatore o con l'intermediario del credito, se potrà o, se invece, dovrà stipulare un contratto di consulenza ai fini di ottenere la concessione del credito immobiliare.

Tra gli ulteriori obblighi informativi imposti sugli operatori del credito, ed il cui adempimento deve avvenire prima della esecuzione del contratto di consulenza<sup>241</sup> su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, rilevano la precisazione dell'oggetto della raccomandazione ed il compenso dovuto dal consumatore per i servizi di consulenza (in alternativa può indicarsi il metodo utilizzato per calcolarlo).

In particolare, al fine di assicurare che il consumatore comprenda le basi sulle quali verrà svolta la raccomandazione, gli si dovrà comunicare se essa avrà ad oggetto solo la gamma dei prodotti offerti dai creditori e dagli intermediari del credito con vincolo di mandato oppure se prenderà in considerazione un'ampia gamma di prodotti tra quelli reperibili sul mercato

<sup>241</sup> Il legislatore dell'attuazione ha previsto infatti, nell'art. 120 *terdecies* t.u.b., che gli obblighi informativi debbano essere adempiuti prima della prestazione dei servizi di consulenza e non prima della conclusione del relativo contratto, ulteriore opzione prevista dall'art. 22 della direttiva n. 17 del 2014.

ed offerti dagli intermediari del credito senza vincolo di mandato.

Relativamente agli obblighi che individuano i parametri di elaborazione della raccomandazione personalizzata, l'art. 22 della direttiva e l'art. 120 *terdecies* del t.u.b. stabiliscono che i creditori e gli intermediari del credito che agiscono con vincolo di mandato debbano prendere in considerazione un numero sufficiente<sup>242</sup> di contratti di credito tra quelli offerti e che raccomandino al consumatore uno o più contratti di credito adeguati ai suoi bisogni e alla sua situazione finanziaria e personale. Allo stesso obbligo sono tenuti gli intermediari senza vincolo di mandato che prestino servizi di consulenza. L'unica differenza è rappresentata dalla circostanza che, quando la consulenza è svolta da tali soggetti, i contratti di credito di cui dovrà tenere conto la raccomandazione avranno una differenziazione più ampia in quanto l'intermediario dovrà guardare a tutti i prodotti disponibili sul mercato.

Prescindendo dal soggetto che svolga il ruolo di consulente, tutti sono tenuti ad agire nel migliore interesse<sup>243</sup> del consumatore, ad acquisire informazioni aggiornate sulla sua situazione finanziaria e personale, sui suoi obiettivi ed in ordine alle sue preferenze, ad indicare nella raccomandazione personalizzata le ipotesi ragionevoli circa i rischi derivanti dalla conclusione di uno specifico contratto per la situazione del consumatore per tutta la durata del contratto di credito raccomandato.

In adesione al riconoscimento compiuto dal legislatore europeo in ordine all'influenza suscitata sui consumatori dall'utilizzo della menzione di “consulente indipendente”, il legislatore nazionale ha stabilito che il servizio di consulenza può essere qualificato come indipendente solo quando è svolto dal soggetto, iscritto in una sezione speciale dell'elenco dei

<sup>242</sup> La normativa interna prevede che si tratti di un numero «sufficientemente ampio». Così, l'art. 120 *terdecies*, c. 3, lett. d) t.u.b.

<sup>243</sup> Previsione che accomuna il consulente bancario a quello finanziario.

mediatori creditizi, che presta professionalmente ed in via esclusiva i servizi di consulenza indipendente.

## CAPITOLO III

### I rimedi esperibili in caso di violazione degli obblighi di comportamento degli operatori finanziari

*SOMMARIO: 1. Gli obblighi di comportamento dell'operatore professionale del credito immobiliare: profili problematici – 1.1. I rimedi individuati nell'ambito della normativa sui contratti di credito ai consumatori in caso di violazione degli obblighi informativi precontrattuali – 1.1.1 I rimedi riconosciuti in caso di violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio – 2. Segue...: confronto con le soluzioni elaborate con riferimento alla disciplina in materia di prestazione di servizi e attività di investimento – 3. Spunti di riflessione provenienti dall'attuazione della direttiva 2014/17/UE nell'ordinamento tedesco – 4. Profili ricostruttivi: obbligo di rinegoziazione? – 4.1. La “sollecitazione” alla revisione del contratto nel contesto della surrogazione nei contratti di finanziamento e del procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento: cenni.*

#### **1. Gli obblighi di comportamento dell'operatore professionale del credito immobiliare: profili problematici**

L'art. 41 della direttiva 2014/17/UE onera gli Stati membri di assicurare che i consumatori non possano rinunciare ai diritti loro conferiti dalla normativa nazionale di attuazione della disciplina europea sul credito immobiliare<sup>244</sup> e di adoperarsi in modo tale da garantire che la normativa statale di recepimento non venga elusa attraverso «particolari formulazioni dei contratti» che abbiano l'effetto di includere accordi che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva tra quelli «la cui natura o finalità consenta di evitar(n)e l'applicazione».

L'indisponibilità dei diritti riconosciuti ai consumatori nel contesto

<sup>244</sup> Il considerando n. 11 della direttiva individua il fondamento di tale scelta nella situazione di asimmetria tra la posizione del consumatore e quella in cui si trova il professionista. In quest'ottica si rivela quindi importante «garantire i diritti dei consumatori con disposizioni cui non si può derogare per contratto» mentre «è ragionevole consentire che le imprese e le organizzazioni possano pattuire accordi diversi».

normativo del credito immobiliare costituisce una specificazione dello speculare principio di irrinunciabilità<sup>245</sup> sancito dall'art. 143 del d.lgs. n. 206 del 6 settembre 2005, con la precisazione che solo in quella sede e non anche nella direttiva 2014/17/UE, né tantomeno nel titolo VI, capo I *bis* del t.u.b., si prevede espressamente la nullità di ogni disposizione contraria<sup>246</sup>.

Attraverso la statuizione in esame il legislatore europeo, incidendo sull'autonomia negoziale del consumatore, si spinge sino a vietare una rinuncia, rendendo così il soggetto debole della relazione con il professionista “titolare necessario” di una serie di situazioni giuridiche soggettive attive<sup>247</sup>. Oltre ad essere preoccupato dalla possibilità che il consumatore possa rinunciare – totalmente o solo in modo parziale – ai diritti attribuiti dalla normativa di settore (ipotesi che diventa probabile se si pensa alla eventuale offerta di un corrispettivo nella forma della riduzione del costo del prodotto o del servizio offerto), il legislatore europeo teme che in sede di predisposizione del contratto di credito l'operatore professionale possa utilizzare delle formulazioni idonee ad escluderlo totalmente dalla soggezione alla disciplina europea del credito immobiliare e dal suo ambito di applicazione.

Il godimento dei diritti riconosciuti al consumatore, oltre a poter

<sup>245</sup> E' stato sostenuto che l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti ai consumatori dalle discipline settoriali di origine europea e la nullità di clausole e pattuizioni volte a derogare a tali normative in senso sfavorevole al consumatore sono «tratti caratterizzanti comuni a tali discipline», che per tale ragione si configurerebbero come «unilateralmente imperative». In questi termini G. DE CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, nel *Trattato dei contratti* di Vincenzo Roppo, *Mercati regolati*, V, Milano 2014, p. 20.

<sup>246</sup> L'art. 127, c. 2°, n. 1, t.u.b. si limita a prevedere che le disposizioni del titolo VI sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente.

<sup>247</sup> L'approccio può ritenersi già acquisito al diritto europeo dei contratti, essendo comune a molte altre direttive di armonizzazione. Si pensi all'art. 12 della direttiva 2002/65/CE sui contratti a distanza aventi ad oggetto servizi finanziari, all'art. 22, c. 2, della direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori, all'art. 12, c. 1, della direttiva 2008/122/CE sui contratti di multiproprietà e sui prodotti per le vacanze a lungo termine, all'art. 25 della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, all'art. 23, c. 2, della direttiva 2015/2302/UE relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati.

essere messo in pericolo dalle ipotesi precedentemente citate, molto più comunemente viene attentato dal comportamento degli operatori creditizi che, a fronte della previsione di determinati obblighi di comportamento il cui esatto adempimento garantisce la realizzazione concreta dei diritti attribuiti al consumatore, tengano una condotta che da quegli obblighi si discosta.

Al pari degli altri segmenti normativi di diritto privato europeo ed interno, anche con riferimento al credito immobiliare si rende pertanto necessaria l'individuazione del regime rimediale che da una parte inciti gli operatori del credito a rispettare le regole di comportamento loro imposte e dall'altra assicuri ai titolari delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute la possibilità di pervenire ad una loro concreta realizzazione, seppure in via coattiva.

In questo contesto, la direttiva sul credito immobiliare ai consumatori si limita a prevedere – all'art. 38 – che gli Stati membri stabiliscano le norme inerenti alle sanzioni applicabili alle violazioni delle disposizioni di diritto interno adottate sulla base della direttiva ed attuino tutte le misure necessarie per garantirne l'applicazione. Su questo versante, nel considerando n. 83, il legislatore europeo afferma che taluni aspetti della direttiva possono essere recepiti nel diritto nazionale con norme prudenziali «ad esempio la valutazione del merito di credito del consumatore» mentre altri, quali gli obblighi gravanti sui mutuatari, possono essere attuati mediante «norme civili o penali».

Pur non individuando le sanzioni da applicare alle violazioni delle regole di comportamento da parte degli operatori finanziari l'art. 38, con formula ormai consolidata nel diritto comunitario secondario<sup>248</sup>, precisa che gli strumenti sanzionatori prescelti discrezionalmente dagli Stati membri

<sup>248</sup> Innanzitutto nella direttiva 2008/48/CE.

debbano essere dotati dei caratteri dell'efficacia, della proporzionalità e della dissuasività<sup>249</sup>.

L'unica sanzione indiretta prevista dall'art. 38, par. 2°, concerne l'opportunità che gli Stati membri prevedano che l'autorità nazionale competente divulghi nei confronti del pubblico dei consumatori qualsiasi sanzione amministrativa irrogata agli operatori creditizi per il mancato rispetto delle misure adottate a seguito del recepimento della direttiva, salvo il caso in cui tale divulgazione possa mettere gravemente a rischio i mercati finanziari, o arrecare un danno sproporzionato alle parti coinvolte.

Lo spirito di deterrenza insito in tale disposizione si coglie tenendo a mente le gravi ricadute che la pubblicizzazione di un operare scorretto da parte di alcuni operatori finanziari – perché posto in essere in spregio alle norme prudenziali, di vigilanza o a quelle che disciplinano il modo in cui deve essere condotta la relazione negoziale con il consumatore – può determinare sulla loro affidabilità nel mercato<sup>250</sup> e si apprezza avendo riguardo ad uno dei principali obiettivi della legislazione europea sul credito immobiliare: la salvaguardia della fiducia dei consumatori.

Il legislatore italiano nel recepire la nuova normativa non ha predisposto uno specifico apparato rimediale.

Tenuto conto delle affinità che le regole di condotta previste per i

<sup>249</sup> Tale monito è ribadito anche nel considerando n. 76 che precisa «è opportuno che gli Stati membri stabiliscano norme relative alle sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e ne garantiscano l'attuazione. Benché la scelta delle sanzioni sia lasciata alla discrezionalità degli Stati membri, le sanzioni previste dovrebbero essere efficaci, proporzionate e dissuasive».

Efficacia, proporzionalità e dissuasività sono attributi che le sanzioni individuate dagli Stati membri devono presentare in quasi tutte le normative di origine comunitaria. Si cfr. l'art. 23 della direttiva 2008/48/CE sui contratti di credito ai consumatori, l'art. 15 della direttiva 2008/122/CE sui contratti di multiproprietà e sui prodotti per le vacanze a lungo termine, l'art. 24 della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, l'art. 70 della direttiva 2014/65/UE relativa ai mercati degli strumenti finanziari, l'art. 25 della direttiva 2015/2302/UE sui contratti di pacchetto turistico e sui servizi turistici collegati.

<sup>250</sup> Ad effetti simili conduce la promozione di una delle azioni collettive previste a tutela degli interessi dei consumatori.

contratti di credito immobiliare presentano innanzitutto rispetto a quelle dettata in tema di contratti di credito ai consumatori, appare utile analizzare le soluzioni maturate in quella sede<sup>251</sup> – già sedimentata nel nostro ordinamento e oggetto di intensa discussione da parte degli interpreti – per confrontarle successivamente con i risultati raggiunti dal diritto vivente e dalla dottrina con riferimento alla violazione dei doveri di comportamento nella prestazione dei servizi e nello svolgimento delle attività di investimento.

Il raffronto è volto a verificare se alcuni dei rimedi riconosciuti efficaci in questi contesti normativi possano essere eventualmente mutuati, con gli adattamenti che risulteranno necessari dato il diverso settore di disciplina, per colmare le lacune in punto rimediale della regolamentazione del credito immobiliare.

<sup>251</sup> Ravvisa un rapporto di specialità tra la direttiva 2008/48/CE e la direttiva 2014/17/UE, in ambiente italiano G. FALCONE, *“Prestito responsabile e valutazione del merito creditizio”*, cit., p. 147 ss., in quello tedesco, S. OMLOR, *Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 3/2017, p. 112 ss. Instaura una relazione di complementarità, E. TAMBURINO, *Premessa*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 242 ss.

### **1.1. I rimedi individuati nell'ambito della normativa sui contratti di credito ai consumatori in caso di violazione degli obblighi informativi precontrattuali**

Come è noto, anche nelle attività di promozione e negoziazione di contratti di credito (non immobiliare) ai consumatori, l'operatore creditizio è tenuto ad agire osservando una serie di obblighi di comportamento che si sostanziano, per quanto rileva in questa sede, nei doveri informativi da adempiersi in sede precontrattuale (art. 124 t.u.b.) e nell'obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore previsto dall'art. 124 *bis* t.u.b.

Entrambe le disposizioni costituiscono oggetto dell'attuazione della normativa europea più recente sul credito ai consumatori recata dalla direttiva 2008/48/CE ed, in particolare, dagli artt. 5 e 8<sup>252</sup>.

Analogamente a quanto disposto dall'art. 120 *novies*, c. 2, t.u.b. che, come si è visto, concerne gli obblighi precontrattuali da osservare nella concessione di credito immobiliare ai consumatori, l'art. 124 t.u.b. prevede che nella fase precontrattuale il finanziatore o l'intermediario del credito<sup>253</sup>

<sup>252</sup> Se l'art. 8 della direttiva 2008/48/CE, rubricato «obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore», si limita a stabilire che «gli Stati membri provvedono affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente», è nel considerare n. 26 che si rinviene la *ratio* di politica del diritto che ispira la previsione dell'obbligo di valutazione. La valutazione del merito creditizio del consumatore è considerata, infatti, una delle «misure appropriate» per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito insieme al ricorso agli strumenti informativi e di educazione del consumatore.

<sup>253</sup> Tale obbligo, a differenza di quello che prevede la valutazione del merito creditizio del consumatore (di cui è onerato il solo finanziatore), grava su tutti i soggetti con i quali il consumatore si relaziona nella fase negoziale precedente alla conclusione del contratto. Si cfr. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 11/2010, p. 1041 ss.; A. COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *I contratti del consumatore*, Istituti di diritto civile, a cura di Guido Alpa, Milano, 2014, p. 913 ss.

forniscano al consumatore le informazioni necessarie «per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato» e prendere così una «decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito». Tali informazioni devono essere fornite sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore sul mercato e «se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore»<sup>254</sup>.

Il comma secondo dell'art. 124 t.u.b. disciplina la forma ed il contenuto delle informazioni precontrattuali<sup>255</sup> che devono essere fornite «su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori”» – di cui all'allegato II della direttiva – e vi si precisa che gli obblighi informativi «si considerano assolti con la consegna di tale modulo»<sup>256</sup>.

<sup>254</sup> L'inciso «se del caso» e la previsione dell'assolvimento dell'obbligo di informazione mediante la consegna del modulo contenente le informazioni europee di base è stato interpretato, da parte della dottrina, come un tentativo fallito di attribuire al consumatore il diritto di ottenere delle informazioni personalizzate perché calibrate sulla propria situazione personale e finanziaria. Si v. sul punto L. MODICA, *Art. 124 t.u.b.*, nel *Commentario breve al diritto dei consumatori*<sup>2</sup>, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2013, p. 1708 ss.

Alcuni interpreti, invece, hanno ritenuto che le informazioni precontrattuali, sebbene fornite mediante il modulo prestampato, «debbono essere personalizzate, in quanto il creditore (...) deve tenere conto delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, al fine di consentirgli di raffrontare le varie offerte e di prendere una decisione con cognizione di causa». In questi termini, E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, cit., p. 64.

<sup>255</sup> I dati informativi sono precisati dalla sez. VII, par. 4.2.1 e 4.2.2.1 del Provvedimento della Banca d'Italia “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*”, modificato il 30 settembre 2016. Tra le informazioni più rilevanti si segnalano: il tipo di contratto di credito; la denominazione del finanziatore; i dati identificativi dell'intermediario del credito eventualmente coinvolto nell'offerta dei contratti di credito; l'importo totale del credito e le condizioni di utilizzo; la durata del contratto; il tasso di interesse; il TAEG e l'importo totale dovuto dal consumatore (mediante esempio rappresentativo); importo, numero e periodicità delle rate; tutte le spese derivanti dal contratto di credito. L'indicazione completa è contenuta dal par. 4.2.2.1 lett. da a) ad s) ed alcuni dei dati ivi contemplati devono essere inseriti nel contratto a pena di nullità secondo quanto prevede l'art. 125 *bis*, c. 8, t.u.b.

<sup>256</sup> Il documento deve essere redatto secondo il modello contenuto dall'allegato 4C al Provvedimento della Banca d'Italia “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancarie finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*” modificato il 30 settembre 2016. Il modello è consultabile sul sito della Banca d'Italia all'indirizzo

Al fine di evitare che il consumatore riceva informazioni sovrabbondanti e che la sua attenzione venga deviata su elementi del rapporto che il legislatore ritiene secondari rispetto a quelli contenuti nelle informazioni europee di base, si prevede che ogni informazione aggiuntiva che il finanziatore o l'intermediario intenda comunicare al consumatore, venga fornita mediante un documento distinto che può essere allegato al modulo riproduttivo delle informazioni europee di base<sup>257</sup>. Il c. 4 dell'art. 124 t.u.b. stabilisce, inoltre, che il consumatore, oltre ad avere il diritto di ricevere il modulo contenente le informazioni europee di base, può ottenere, su richiesta e gratuitamente, la bozza del contratto di credito, a meno che il finanziatore o l'intermediario abbiano deciso – al momento della manifestazione dell'istanza – di non concludere il contratto di finanziamento.

Dato il carattere standardizzato dell'informazione (nella disciplina del credito al consumatore come in quella del credito immobiliare), al fine di assicurare un livello di interazione tra consumatore e professionista maggiormente prolungato ed inclusivo rispetto a quello che si esaurisce con la consegna del documento informativo e nell'ottica di garantire l'effettiva

[http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza\\_operazioni/Allegato\\_4C.pdf](http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/Allegato_4C.pdf)

Alcuni autori hanno ritenuto che la *ratio* dell'obbligo di fornire le informazioni precontrattuali mediante il modello informativo europeo standardizzato – permettendo al consumatore di operare un confronto tra le offerte di tutti gli operatori creditizi – risiede principalmente nella tutela del mercato. Le informazioni precontrattuali sarebbero infatti volte ad evitare che «il consumatore compia scelte irrazionali, omettendo di optare per le offerte oggettivamente migliori e convenienti». In questi termini G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori»*, cit., p. 270. Si cfr. anche G. DE CRISTOFARO-F. OLIVIERO, *I contratti di credito ai consumatori*, cit., p. 312.

<sup>257</sup> Nonostante la previsione di tale accorgimento, parte della dottrina sostiene che la possibilità di fornire informazioni ulteriori possa compromettere comunque la comparabilità dei dati contenuti nel modulo *standard*. Si cfr. su tali osservazioni, M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui creditori nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit., p. 55 ss. (ed in particolare p. 62).

comprensione delle informazioni fornite tramite la consegna del modulo informativo, il comma 5 dell'art. 124 t.u.b. stabilisce che il finanziatore o l'intermediario del credito forniscano al consumatore «chiarimenti adeguati»<sup>258</sup> a permettergli di valutare se il contratto di credito proposto sia «adatto» alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria<sup>259</sup>.

Tali chiarimenti possono essere prestati anche illustrando le caratteristiche delle informazioni precontrattuali che devono essere fornite mediante il modulo informativo, i caratteri essenziali dei prodotti proposti, gli effetti specifici che possono derivare al consumatore dal loro acquisto e le conseguenze che possono verificarsi a suo carico nel caso di inadempimento dell'obbligo restitutorio della somma mutuata. Parte della dottrina ha rilevato che in questo caso non si sarebbe di fronte ad una mera informazione «intesa nel senso di trasmissione di dati» ma di una vera e propria «illustrazione-spiegazione (...) individualizzata»<sup>260</sup>.

<sup>258</sup> Come si è visto, di «chiarimenti adeguati» parla anche l'art. 120 *novies*, c. 5, del t.u.b. sugli obblighi precontrattuali da adempiere nella concessione di contratti di credito immobiliare ai consumatori, che ha recepito con formula pressoché identica l'art. 16 della direttiva 2014/17/UE («spiegazioni adeguate»).

<sup>259</sup> L'obbligo di fornire chiarimenti individualizzati, a differenza di quello concernente le informazioni che devono essere veicolate mediante la consegna del modulo standardizzato – che come si è rilevato è volto principalmente alla tutela del mercato – sarebbe previsto «direttamente ed esclusivamente in funzione della tutela dei consumatori, essendo rivolto ad assicurare che la scelta di costoro sia sorretta da una piena consapevolezza del significato, della portata e delle implicazioni finanziarie che l'eventuale stipulazione del contratto di credito è destinata ad avere in relazione alla loro posizione» Così, G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione «completa» delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei «contratti di credito ai consumatori», cit.*, p. 271 ss.

<sup>260</sup> M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui creditori nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione, cit.*, p. 67. Intende l'informazione come mezzo volto non solamente ad informare ma anche ad assicurare la comprensione delle informazioni trasmesse E. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1/2011, p. 246 ss.; Cfr. altresì P. SIRENA e D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Milano, 2016, p. 226 ss. (in particolare pp. 288-292).

La determinazione della disciplina secondaria è rimessa alla Banca d'Italia che, in conformità alle deliberazioni del CICR, è chiamata a specificare la disciplina degli obblighi precontrattuali – informativi e di chiarimento – relativamente al loro contenuto, ai criteri di redazione, alla portata e alle modalità di messa a disposizione. Alla Banca d'Italia è inoltre attribuito il compito di verificare il rispetto delle disposizioni contenute nel Titolo VI del t.u.b. (e quindi anche di quelle inerenti agli obblighi precontrattuali di informazione) da parte delle banche e degli intermediari finanziari, e qualora riscontri delle irregolarità, l'art. 128 *ter* t.u.b. le attribuisce il potere di adottare provvedimenti inibitori. A tutela dell'esatto adempimento degli obblighi precontrattuali di informazione (e di quelli in materia di annunci pubblicitari), l'art. 144 t.u.b., modificato di recente dal d.lgs. del 12 maggio 2015, n. 72, commina in particolare una sanzione amministrativa pecuniaria, compresa tra euro 30.000 ed il 10% del fatturato, nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari che abbiano violato quegli obblighi sia nella concessione di credito ai consumatori, sia nella negoziazione di contratti di credito immobiliare ai consumatori<sup>261</sup>. L'art. 144, c. 8, t.u.b. precisa che le sanzioni prima richiamate si applicano a condizione che le infrazioni abbiano «carattere rilevante (...) tenuto conto dell'incidenza delle condotte sulla complessiva organizzazione e sui profili di rischio aziendali»<sup>262</sup>.

<sup>261</sup> E' opportuno notare che oltre alla violazione degli obblighi da rispettare nella fase della promozione dei prodotti creditizi e di quelli di informazione precontrattuale, anche l'inosservanza dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore è assistita dalla previsione di una sanzione amministrativa pecuniaria ma solamente nell'ipotesi in cui essa venga compiuta nella concessione di credito immobiliare ai consumatori. L'art. 144 t.u.b. richiama infatti l'art. 120 *undecies* t.u.b. (relativo appunto alla verifica del merito creditizio nel credito immobiliare al consumatore), ma non l'art. 124 *bis* t.u.b.

<sup>262</sup> Il carattere della rilevanza delle infrazioni va valutato alla luce del provvedimento della Banca d'Italia (Disposizioni in materia di sanzioni e procedura sanzionatoria amministrativa) emanato il 3 maggio 2016. Nella sezione II, punto 1.1., si precisa che la rilevanza delle violazioni può essere desunta: dalla loro idoneità a determinare significativi rischi legali o reputazionali; dal loro carattere diffuso o sistematico in

Oltre che suscettibile di essere sanzionato attraverso i provvedimenti amministrativi di cui si è dato conto, il comportamento del creditore o dell'intermediario che non adempia agli obblighi informativi previsti dall'art. 124 t.u.b., o che vi adempia in modo inesatto (tardivamente o in modo incompleto) può integrare una pratica commerciale ingannevole ex art. 22 del codice del consumo tutte le volte in cui ne venga accertata l'idoneità ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso, con la conseguenza – per i consumatori – di potere ricorrere alla tutela amministrativa e giurisdizionale di cui all'art. 27<sup>263</sup>.

relazione all'articolazione territoriale o all'operatività dell'intermediario; dalla mancata ottemperanza a richiami o indicazioni dell'Autorità di Vigilanza; dall'inadeguatezza dei presidi organizzativi e di controllo, adottati dall'intermediario, ad assicurare il rispetto della normativa in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni con la clientela.

Deve inoltre rilevarsi che il provvedimento della Banca d'Italia richiama – nella sezione I, punto 2 sulle fonti normative – l'art. 144 t.u.b. nella sua interezza, mentre nella sezione II punto 1.1. omette di richiamarne la lettera *e-bis* che si occupa delle prescrizioni dettate in merito ai contratti di credito immobiliare ai consumatori. La conseguenza è che, limitatamente alle sanzioni da irrogare in caso di violazione delle prescrizioni dettate in merito alla negoziazione di contratti di credito immobiliare, mancano i riferimenti sui quali assestare la valutazione di rilevanza delle violazioni.

Il provvedimento è consultabile all'indirizzo internet [http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/pro sanz/PRO\\_SANZ2.pdf](http://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/pro sanz/PRO_SANZ2.pdf)

Deve precisarsi, inoltre, che al fine di garantire una maggiore aderenza e proporzionalità delle sanzioni irrogate ai benefici ottenuti da parte di banche e intermediari grazie alla violazione delle regole di comportamento, il c. 9 dell'art. 144 t.u.b. stabilisce che qualora i vantaggi ottenuti siano superiori al massimale già indicato, «le sanzioni sono elevate fino al doppio dell'ammontare del vantaggio ottenuto, purché tale ammontare sia determinabile».

<sup>263</sup> Con provvedimento del 6 settembre 2016, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha sanzionato un istituto bancario per aver indotto alcuni consumatori, che intendevano accedere all'erogazione di mutui immobiliari o di liquidità, ad acquistare un prodotto finanziario denominato “mutuo soci” che prevedeva che il consumatore, al fine di ottenere un tasso di interesse meno elevato di quello normalmente praticato, dovesse acquistare dei pacchetti minimi di azioni emesse dallo stesso istituto bancario ed aprire un conto corrente collegato al mutuo. L'Autorità ha qualificato tale prassi «pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, comma 2, 21, comma 3-bis, 24 e 25 del Codice del Consumo». Il provvedimento è reperibile all'indirizzo [http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegatinews/PS10363\\_scorr\\_sanz.pdf/download.html](http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegatinews/PS10363_scorr_sanz.pdf/download.html). Una pratica simile è stata sanzionata dal Provvedimento dell'AGCM del 24 maggio

In particolare si è sostenuto che la comunicazione incompleta delle informazioni previste dall'art. 124 t.u.b. e – *a fortiori* – la mancata comunicazione dei dati informativi costituiscano senz'altro una omissione ingannevole dal momento che, in virtù dell'art. 22, c. 5, del codice del consumo, «tutte le informazioni che specifiche e apposite disposizioni di diritto europeo impongono di fornire ai consumatori nella fase precontrattuale devono considerarsi “rilevanti”, sicché l'indispensabilità di tali informazioni ai fini dell'assunzione di una “decisione di natura commerciale consapevole” da parte del consumatore è *in re ipsa*»<sup>264</sup>.

Sul versante privatistico è necessario analizzare le conseguenze derivanti dalla mancata consegna del PIES, dalla dazione di un prospetto che riporti informazioni parziali o false e, soprattutto, dalla eventuale incongruenza tra le informazioni contenute nel prospetto informativo e il contratto di credito immobiliare effettivamente concluso.

Con riferimento alla prima ipotesi, parte della dottrina ha rilevato che potrebbe ipotizzarsi l'attribuzione al consumatore di un diritto di recesso *sine die*, soluzione che corrisponde a quella prevista dal legislatore per i contratti di credito ai consumatori alla luce del combinato disposto degli articoli 125 *bis*, c. 1°, t.u.b. e 125 *ter* t.u.b.<sup>265</sup>.

Nel caso in cui il PIES venga effettivamente consegnato ma sia lacunoso, il consumatore potrebbe agire in sede risarcitoria denunciando la violazione dell'art. 1337 c.c. Nell'ipotesi in cui la lacuna riguardi invece l'importo totale del credito, potrebbe pensarsi all'applicazione analogica

2017, disponibile all'indirizzo [http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/PS10602\\_scorsanz\\_omi.pdf/download.html](http://www.agcm.it/component/joomdoc/allegati-news/PS10602_scorsanz_omi.pdf/download.html)

<sup>264</sup> In questi termini G. DE CRISTOFARO- F. OLIVIERO, *I contratti di credito ai consumatori*, cit., p. 314, nota. n. 74.

<sup>265</sup> S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, cit., p. 27 ss.

della disciplina contenuta dall'art. 125 *bis*, cc. 6 e 7 e, allo stesso strumento, potrebbe ricorrersi qualora il TAEG pattuito in sede contrattuale sia difforme da quello contenuto nel prospetto informativo.

Qualora invece il contratto di credito offerto contenga elementi non rispondenti alle informazioni contenute dal prospetto informativo ed il finanziatore si rifiuti di adeguarlo alle medesime sembra corretto ritenere che il consumatore possa agire *ex art.* 2932 c.c. Nel diverso caso in cui il consumatore si renda conto della difformità tra le informazioni ricevute in sede precontrattuale ed il contenuto del contratto, solo dopo la sua conclusione, potrebbe agire chiedendo l'annullamento del contratto di credito secondo le regole previste dall'art. 1439 c.c. o, qualora non si fossero integrati gli estremi del dolo da parte del finanziatore, il risarcimento del danno subito *ex art.* 1440 c.c.

### **1.1.1 I rimedi riconosciuti in caso di violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio**

Come si è già rilevato, oltre che dell'assolvimento degli obblighi informativi e di chiarimento/assistenza e specularmente a quanto previsto dall'art. 120 *undecies* t.u.b. in merito alla concessione di credito immobiliare ai consumatori, l'art. 124 *bis* del t.u.b. onera il finanziatore di valutare, prima della conclusione del contratto di credito, il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate e nel rispetto delle disposizioni attuative emanate dalla Banca d'Italia<sup>266</sup>.

Le informazioni utili alla valutazione del merito creditizio possono essere fornite direttamente dal consumatore e «ove necessario» possono essere ottenute consultando «una banca dati pertinente<sup>267</sup>».

<sup>266</sup> La valutazione deve essere compiuta nel rispetto delle regole contenute nella sezione VII, par. 4.3.e 4.4. del Provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, modificato il 9 febbraio 2011 e, successivamente per l'attuazione del nuovo capo I *bis* t.u.b. sul credito immobiliare ai consumatori, il 30 settembre 2016. Il par. 4.3. quando la valutazione viene compiuta dalle banche rinvia alle disposizioni della Circolare della Banca d'Italia n. 285 del 17 dicembre 2013 (Istruzioni di vigilanza per le banche), Parte I, Titolo IV, Capitolo 3, Allegato A, paragrafo 2. Quando la valutazione viene svolta dagli intermediari finanziari di cui al titolo V t.u.b., invece, dovranno essere rispettate le prescrizioni previste dalla Circolare della Banca d'Italia n. 288 del 3 aprile 2015, Titolo III, Capitolo I, Sezione VII, paragrafo 2. Il rinvio alle tradizionali disposizioni della vigilanza prudenziale è stato criticato in quanto non terrebbe conto della innovatività della disciplina europea sul credito ai consumatori e delle istanze ad essa sottese. Si cfr. R. DE CHIARA, *Art. 124 bis*, nel *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*<sup>3</sup>, diretto da F. Capriglione, III, Padova, 2012, p. 1874 ss.

Tra le ulteriori disposizioni rileva anche il decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze n. 117 del 3 febbraio 2011 che all'art. 6 prevede che «al fine di evitare comportamenti non prudenti e assicurare pratiche responsabili nella concessione del credito, i finanziatori assolvono all'obbligo di verificare il merito creditizio del consumatore (...), applicando le procedura, le metodologie e le tecniche relative alla valutazione e al monitoraggio del merito creditizio dei clienti previste ai fini di una sana e prudente gestione dei soggetti vigilati dagli articoli 53, 67, 108, 109 e 114 *quaterdecies* del TUB e delle relative disposizioni di attuazione».

<sup>267</sup> In dottrina è stato affermato che il mero controllo della banca dati sarebbe insufficiente ai fini del corretto adempimento dell'obbligo di verifica del merito creditizio del

Il finanziatore è tenuto inoltre ad aggiornare le informazioni finanziarie di cui dispone e a rivalutare il merito creditizio del consumatore che, dopo la conclusione del contratto di credito, abbia richiesto un aumento significativo dell'importo totale del credito. La previsione si giustifica con l'intento di non svilire la portata della norma attraverso una richiesta di credito frazionata, mentre il richiamo alla significatività dell'aumento è volto a non imporre al finanziatore i costi della verifica ogni qual volta la richiesta di credito supplementare non sia idonea ad alterare la valutazione precedentemente compiuta<sup>268</sup>.

La valutazione del merito creditizio – dai cui esiti che eventualmente rivelino l'affidabilità finanziaria del consumatore non deriva alcun obbligo per il finanziatore di concedere il credito<sup>269</sup> – è svolta normalmente nell'interesse del professionista che la esegue al fine di verificare le probabilità di ottenere la restituzione della somma erogata e degli interessi pattuiti<sup>270</sup>. La direttiva la prevede nell'ottica di assicurare una concessione

consumatore. Tale considerazione deriva dalla circostanza per cui le banche dati non registrano tutte le operazioni di credito al consumo. Si cfr. S. LARocca, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, in *La tutela dei consumatori nella posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella ed L. Mezzasomma, Napoli, 2010, p. 251.

<sup>268</sup> Sulla significatività dell'aumento dell'importo del credito si cfr. R. NATOLI, *Art. 124 bis t.u.b.*, nel *Commentario breve al diritto dei consumatori*<sup>2</sup>, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2013, p. 1712 ss.

<sup>269</sup> Cfr. P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 530-531 ove l'A. rileva che un «obbligo di far credito è estraneo allo statuto dell'impresa bancaria» e che «esso sarebbe (...) in radicale contrasto con il ruolo tipico (selettivo) che in un'economia di mercato la banca è chiamata a svolgere rispetto al processo di allocazione ottimale delle risorse»; G. MUCCIARONE, *Finanziamenti: istruttoria del credito e monitoraggio del cliente*, nel *Trattato dei contratti* di Vincenzo Roppo, *Mercati regolati*, 2014, p. 781 ss.

Alle stesse conclusioni è pervenuta la dottrina tedesca con riferimento all'esperienza germanica. Si v. S. OMLOR, *Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland*, cit., p. 118, ove l'A. rileva che «*ein Kontrahierungszwang im Falle einer fehlerhaften Kreditwürdigkeitsprüfung, die bei ordnungsgemäßer Durchführung zu einer positiven Prognose für den Verbraucher geführt hätte, lässt sich der lex lata nicht entnehmen*».

<sup>270</sup> Tale valutazione, che si atteggia nei doveri di istruttoria e monitoraggio, è «comune a tutti i finanziamenti» e costituirebbe una «prognosi doppia» in quanto la verifica ha ad

responsabile del credito, date le ricadute che i contratti di finanziamento non rimborsati possono determinare sulla esposizione del consumatore a situazioni sovraindebitamento e, per riflesso, sulla stabilità del mercato creditizio.

Stabilendo a carico del mutuante un obbligo specifico di valutazione del merito creditizio del finanziato, il legislatore europeo ha preso quindi atto delle criticità del sistema creditizio, porzione di mercato in cui i finanziatori non hanno mostrato interesse nei confronti di una valutazione singolare e preventiva della solvibilità dei consumatori. Tale disinteresse è stato spiegato considerando le modalità di concessione dei crediti attraverso la conclusione di contratti di massa standardizzati grazie ai quali vengono abbattuti i costi di della negoziazione individuale, l'importo solitamente non esoso dei finanziamenti erogati ed il fatto che la percentuale dei finanziamenti che non verrà rimborsata viene bilanciata mediante un «rialzo dei tassi di interesse praticato omogeneamente per l'intera categoria dei prenditori», causando «un fenomeno di selezione avversa che genera

oggetto «anzitutto (...) la probabilità con cui il soggetto che richiede il finanziamento adempirà al proprio obbligo di rimborso». Tale probabilità viene definita «rischio di credito di primo grado». La valutazione si sposta poi, «per il caso in cui si avverasse il rischio di inadempimento, alla probabilità che il patrimonio del finanziato (...) sia idoneo a consentire la soddisfazione coattiva delle ragioni dell'intermediario». Tale giudizio viene definito come «rischio di credito di secondo grado». Si cfr. G. MUCCIARONE, *Finanziamenti: istruttoria del credito e monitoraggio del cliente*, cit., p. 781, (nota. 1).

Non è mancato chi, rimarcando l'idoneità del credito al consumo a porsi quale strumento per funzionalizzare la libertà di risparmio alla realizzazione di determinati valori costituzionali – ne costituirebbe un esempio l'art. 47 della Costituzione che «orienta il risparmio verso alcune utilità (...) particolarmente meritevoli» – ha sostenuto come la richiesta di credito vada valutata non solo in base alla solvibilità del consumatore ma anche in base alla «meritevolezza della utilità che va a soddisfare». Secondo questa tesi, «la sola indagine statistico-probabilistica dell'affidamento economico del singolo debitore (...) non consente di superare la stridente contraddizione che nella prassi esclude dal credito al consumo (...) quelle fasce sociali più bisognose di credito meritevole, mentre (...) si ammettono al credito le fasce sociali dotate di un reddito anche se a rischio di sovraindebitamento». Cfr. in questi termini E. CATERINI, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento finalizzato*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, cit., p. 50-51.

un'allocazione complessivamente inefficiente del credito»<sup>271</sup>. Una ulteriore causa del rifiuto degli operatori creditizi di procedere spontaneamente alla valutazione della *Kreditwürdigkeit* dei mutuatari è stata individuata nella prestazione delle garanzie reali e personali che spesso accompagna la concessione del credito al consumo (e ancora più di frequente quello immobiliare) e nella possibilità, per il finanziatore, di ricorrere alla cartolarizzazione dei propri crediti e trasferire così il rischio del loro mancato soddisfacimento in capo agli acquirenti<sup>272</sup>.

Quanto alla qualificazione del dovere di valutare il merito creditizio del consumatore<sup>273</sup>, alcuni studiosi sostengono che si tratti di un obbligo di consulenza che comporterebbe il divieto per il professionista di concedere il credito tutte le volte in cui dall'esito della valutazione emerge l'insostenibilità del finanziamento<sup>274</sup>. Altra parte degli interpreti ritiene, invece, che l'obbligo di valutazione del merito creditizio – cui sarebbe strumentale quello di fornire i chiarimenti personalizzati *ex art. 124, c. 5, t.u.b.* – debba essere inteso come dovere di messa in guardia del

<sup>271</sup> Così R. NATOLI, *Art. 124 bis t.u.b.*, cit., p. 1713. Si cfr. altresì G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 38 ss.

<sup>272</sup> Per questa ulteriore ricostruzione si v. C. PONCIBÒ, *Credito al consumo e collegamento negoziale*, in *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e rimedi del diritto privato europeo*, a cura di O. M. Calliano, Torino, 2013 p. 158 ss.

<sup>273</sup> Profilo di interesse non esclusivamente dogmatico, dato il riverberarsi della qualificazione prescelta sul tipo di condotta esigibile dal professionista in un eventuale giudizio di responsabilità.

<sup>274</sup> Cfr. R. DE CHIARA, *Art. 124 bis t.u.b.*, cit., p. 1873; E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, cit., p. 66-67 ove l'A. sostiene che «il legislatore europeo sembra avere introdotto una sorta di giudizio *ex post* sul comportamento e sulla professionalità di chi eroga il credito, tale da incidere sul suo diritto al credito stesso; in altre parole, il legislatore comunitario vuole responsabilizzare il creditore, imponendogli un dovere di non concedere credito al consumatore immeritevole di riceverlo»; C. BOITI, *Il principio del prestito responsabile*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, cit., p. 425 ss. (soprattutto 447-451). Dello stesso avviso sembrano G. DE CRISTOFARO-F. OLIVIERO, *I contratti di credito ai consumatori*, cit., p. 316, sebbene gli AA. sottolineino l'incertezza di tale qualificazione (nota 85); A. COSTA, *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, cit., p. 913 ss. (in particolare p. 944).

consumatore circa l'insostenibilità del finanziamento ma che non comporterebbe un affievolimento del principio di autoresponsabilità<sup>275</sup> del consumatore, il quale manterrebbe comunque la scelta finale sull'opportunità di concludere il contratto di credito<sup>276</sup>.

La dottrina, analizzando il comportamento del finanziatore che prima della erogazione del credito ometta di valutare il merito creditizio del consumatore, o che si determini ugualmente a concedere il finanziamento nonostante l'esito negativo della valutazione compiuta e senza avere avvertito il consumatore della insostenibilità del contratto di credito, vi ha rinvenuto gli estremi di una pratica commerciale scorretta, sempre che venga dimostrata l'attitudine (della medesima) a falsare in misura rilevante il comportamento economico della parte debole del rapporto in conformità a quanto previsto dall'art. 20 del d.lgs. del 6 settembre 2005, n. 206<sup>277</sup>.

Per quanto concerne le conseguenze civilistiche della violazione in parola, nel silenzio del legislatore europeo e nazionale, gli interpreti hanno invocato un obbligo risarcitorio in capo al finanziatore a titolo di responsabilità precontrattuale<sup>278</sup>. E' stato escluso, invece, – e di tale

<sup>275</sup> Si v. S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452 ss.

<sup>276</sup> Si v. L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, (in particolare p. 254); EAD, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2/2012, p. 492 ss.; E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, p. 82 ss., R. NATOLI, *Art. 124 bis t.u.b.*, cit., p. 1716. Proprio sulla base di una valorizzazione estrema del principio di autoresponsabilità del consumatore, una dottrina ha escluso la stessa configurabilità della valutazione del merito creditizio in termini di obbligo incombente sul creditore. Si v. M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui "creditori" nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit., in particolare p. 69-70.

<sup>277</sup> Si cfr. S. LAROCCA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, cit., p. 231 ss.

<sup>278</sup> Si v. A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 183 ss.; E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, cit., p. 67, ove afferma che «il consumatore che abbia ottenuto credito in misura eccessiva per colpa del creditore (che non abbia saputo apprezzare adeguatamente le informazioni correttamente fornitegli

orientamento si darà conto nel sottoparagrafo successivo, poiché la disciplina degli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari ha costituito la sede in cui il diverso ambito di rilevanza e la consequenziale non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento sono stati suggellati – che l'omessa valutazione del merito creditizio o l'erogazione del credito in spregio alle risultanze emerse dalla verifica e all'obbligo di messa in guardia possa ripercuotersi sulla validità del contratto di finanziamento<sup>279</sup>.

Il comportamento del professionista che conceda il credito al consumatore senza avere svolto una corretta valutazione del suo merito creditizio o, avendola svolta, non gli comunichi i rischi in cui potrà incorrere a seguito dell'insostenibilità del finanziamento, integra dunque una violazione del dovere di buona fede nelle trattative *ex art.* 1337 c.c. ed un'inosservanza della regola di diligenza qualificata prevista dall'*art.* 1176, c. 2, c.c. la cui portata – nella disciplina settoriale della concessione di

dal consumatore e le risultanze delle banche dati) può far valere contro il creditore una «responsabilità risarcitoria con la quale paralizzare (...) la domanda di restituzione del capitale ricevuto formulata dal creditore»; G. DE CRISTOFARO-F. OLIVIERO, *I contratti di credito ai consumatori*, cit., p. 516-517; R. NATOLI, *Art. 124 bis t.u.b.*, cit., p. 1715-1716; G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 62-63 ove l'A. rileva che l'*art. 124 bis t.u.b.* è una «norma “anfibiologica” (...) che conferma l'attività professionale del finanziatore integrandone lo “statuto” (...) esso, coerentemente non rileva (...) solo quale precetto di sana e prudente gestione (...), fonda, a nostro parere, un vero e proprio diritto soggettivo del consumatore alla valutazione, speculare al relativo obbligo». In senso contrario M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui “creditori” nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit., p. 55 e ss., che ritiene che in caso di violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio troveranno applicazione le sole sanzioni amministrative irrogate dalla Banca d'Italia.

<sup>279</sup> In senso contrario si cfr. C. IURILLI, *Il credito ai consumatori*, in *La disciplina dei rapporti bancari*, a cura di Fiorucci, Padova, 2012, p. 461 ss., ove l'A. qualifica la regola di cui all'*art. 124 bis t.u.b.* come norma imperativa e fa discendere dalla sua violazione una nullità di protezione; Id. *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile*, in *Studium iuris*, 5/2014, p. 546 ss., contributo in cui l'A., rilevando la mancanza di causa in concreto del contratto di credito concesso (senza la verifica del merito creditizio) per ripianare una precedente esposizione debitoria del consumatore, ne lascia derivare la nullità al fine di «assegnare la dovuta dignità ad una disposizione che, altrimenti interpretata, assurgerebbe a mero vezzo normativo» (p. 552).

contratti di credito al consumatore – è arricchita e specificata dall'obbligo *ex lege* di consulenza e messa in guardia in cui abbiamo detto risolversi l'obbligo di valutazione del merito creditizio.

Per quanto riguarda l'individuazione del danno risarcibile e la sua quantificazione, parte della dottrina ha affermato che si tratterebbe di un danno da perdita di *chance*<sup>280</sup>; secondo altri il risarcimento non dovrebbe essere limitato al mero interesse negativo, calcolato sulla differenza con un ipotetico diverso contratto di credito coerente con il merito creditizio, ma dovrebbe compensare tutte le conseguenze patrimoniali (indirette) indotte sul patrimonio del mutuatario dal credito irresponsabile<sup>281</sup>.

Entrambe le ricostruzioni ravvisano dunque una responsabilità in capo al finanziatore derivante dalla conclusione di un contratto valido ma sconveniente<sup>282</sup>.

Il primo orientamento<sup>283</sup> individua il fondamento della pretesa risarcitoria del consumatore nella circostanza che il contratto di credito concluso «racchiude in sé un rischio – quello del sovraindebitamento – che il cliente ben informato non si sarebbe addossato, o almeno non in quella misura». Si tratterebbe di un'ipotesi «simmetrica a quella del danno da perdita di *chance*» in quanto «nell'un caso il danneggiato è illegittimamente privato di un'alea positiva, nell'altro si vede accollato un'alea negativa». Secondo questa tesi, la *chance* perduta sarebbe quindi quella di non concludere il contratto, opportunità della quale il consumatore razionale si sarebbe avvalso e di cui, invece, è stato ingiustamente privato a causa

<sup>280</sup> G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 64 ss.

<sup>281</sup> R. NATOLI, *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, p. 152 ss.; Id., *Art. 124 bis t.u.b.*, cit., p. 1716; G. DE CRISTOFARO-F. OLIVIERO, *I contratti di credito ai consumatori*, cit., p. 317.

<sup>282</sup> S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*<sup>2</sup>, cit., p. 447. Si cfr. anche la recente decisione dell'ABF, Collegio di Roma, del 20 agosto 2013, n. 4440 reperibile all'indirizzo <https://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni/2013/08/Dec-20130820-4440.pdf>

<sup>283</sup> G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 64.

dell'inadempimento dell'obbligo di valutazione in parola.

Quanto all'onere della prova, partendo dalla considerazione per cui la norma che si trae dall'interpretazione dell'art. 124 *bis* t.u.b. sottintenderebbe l'essenzialità delle informazioni sul merito creditizio ai fini della maturazione di una scelta oculata da parte del consumatore, dovrebbe presumersi fino a prova contraria che egli, se correttamente informato, non avrebbe concluso il contratto. La conseguenza è quella di addossare al finanziatore l'onere di dimostrare che, anche se l'obbligo di valutazione fosse stato correttamente adempiuto, il mutuatario avrebbe stipulato comunque il contratto di finanziamento. Secondo questa ricostruzione, tale onere potrebbe essere soddisfatto dimostrando ad esempio che al momento della conclusione del contratto di credito il mutuatario era consapevole della propria immeritevolezza creditizia in quanto un altro finanziatore aveva precedentemente rifiutato di concedergli credito sulla base degli esiti negativi della valutazione di cui all'art. 124 *bis* t.u.b.

Secondo questa tesi, il risarcimento del danno andrà quantificato commisurandolo alla perdita della possibilità di concludere un contratto di credito dall'importo inferiore rispetto a quello effettivamente stipulato, ma non potrà eguagliare l'importo del finanziamento ottenuto. Questo orientamento – che tra l'altro ridimensiona l'operatività dell'art. 1227 c.c. applicabile nel caso in cui il consumatore abbia concorso a cagionare il danno (*id est*: concessione del credito *ultra vires*) omettendo di fornire informazioni che avrebbero consentito al professionista di valutare correttamente la sua meritevolezza creditizia – ritiene inoltre che il consumatore potrà richiedere in chiave risarcitoria una rettifica del contratto<sup>284</sup>, sostenendo che – in caso di una corretta informazione – si

<sup>284</sup> Sull'istituto, che insieme alla modificazione del contratto rescindibile o risolubile rivela la rilevanza per il nostro ordinamento privatistico del principio di conservazione del contratto, si v., per tutti, E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973.

sarebbe concluso «un diverso contratto di finanziamento per un importo inferiore»<sup>285</sup> conforme all'esito della valutazione. Su questo profilo, che per la locuzione utilizzata sembra riferirsi (solo parzialmente) alla rettifica dell'errore di calcolo di cui all'art. 1430 c.c. (si discute infatti di rettifica in chiave risarcitoria e non ai fini dell'annullamento del contratto, dato che sarebbe improbabile ritenere il *quantum debeatur* elemento non determinante del consenso), si tornerà nel prosieguo della trattazione, quando verrà scrutinata la possibilità di ritenere fondato, per il professionista che non abbia valutato correttamente il merito creditizio del consumatore, un obbligo di rinegoziazione del mutuo.

Il secondo orientamento fonda l'obbligo risarcitorio del professionista nell'aver aggravato la posizione finanziaria del mutuatario. Il danno risarcibile, pertanto, non andrebbe quantificato avendo quale parametro di riferimento la differenza rispetto ad un contratto di finanziamento dall'importo coerente con il merito creditizio del consumatore bensì – ampliando notevolmente il novero delle poste di danno risarcibili – «sulle conseguenze pregiudizievoli indotte sul patrimonio del debitore dal prestito irresponsabile»<sup>286</sup>. A fronte di una individuazione più ampia dei danni risarcibili, questa tesi fa gravare, tuttavia, l'onere probatorio in capo al consumatore che dovrebbe dimostrare: il peggioramento della propria situazione patrimoniale a causa del finanziamento, l'insostenibilità *ab origine* del credito e la conoscenza o la conoscibilità di tale insostenibilità da parte del finanziatore mediante una valutazione diligente del merito creditizio. A differenza del primo approccio ermeneutico, inoltre, questa dottrina sembra meno sensibile nei confronti dei rischi insiti nel ricorso generale all'applicabilità dell'art. 1227 c.c.

<sup>285</sup> G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 67.

<sup>286</sup> R. NATOLI, *Art. 124 bis t.u.b.*, cit., p. 1716 ove l'A. individua tra le possibili conseguenze risarcibili il pignoramento della casa d'abitazione, la segnalazione a sofferenza alla centrale rischi e l'esclusione dall'accesso a nuove linee di credito.

Agli orientamenti tradizionali che, pur attraverso una differente ricostruzione teorica soprattutto sul punto della qualificazione del pregiudizio subito dal consumatore e sul riparto dell'onere probatorio, gli riconoscono il diritto al risarcimento del danno derivante dal mancato o inesatto adempimento dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, si aggiunge la posizione di chi, attraverso una ricostruzione complessiva delle dinamiche che conducono alla formazione dell'accordo contrattuale, ha analizzato la possibilità per il mutuante di ricorrere all'annullamento del contratto, valorizzando la rilevanza della mancata o scorretta informazione sulla scarsa solvibilità del consumatore quale profilo incidente sulla maturazione di un consenso pieno<sup>287</sup>.

A giustificare l'esperibilità dell'azione di annullamento del contratto di credito sarebbe l'errore in cui è incorso il professionista nella valutazione della solvibilità del consumatore, elemento quest'ultimo che costituirebbe «tipica esemplificazione di qualità della persona dell'altro contraente»<sup>288</sup> e dunque idoneo ad assurgere ad errore essenziale, ai sensi dell'art. 1429, c. 1, n. 3, c.c. In accordo a questa impostazione, dato che la solvibilità del mutuatario farebbe parte del contenuto tipico del contratto di mutuo e degli interessi regolati dal rapporto contrattuale in esame, non occorrerebbe provare che l'errore sulla sua valutazione sia stato determinante del consenso.

Secondo questa tesi, l'errore del mutuante sarebbe inoltre inescusabile perché derivante dalla violazione di un precetto normativo – l'art. 124 *bis* t.u.b. – «che ben ritaglia il perimetro della sua diligenza

<sup>287</sup> Cfr. M. M. FRANCISSETTI BROLIN, *L'art. 124 del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo: dalla culpa in contrahendo ai vizi del volere*, cit., p. 541 ss.

<sup>288</sup> Cfr. M. M. FRANCISSETTI BROLIN, *L'art. 124 del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo*, cit., p. 562.

professionale»<sup>289</sup> e soprattutto, per quanto concerne l'attuale sistema codicistico, riconoscibile *ex art.* 1431 c.c. da parte del mutuatario.

La riconoscibilità dell'errore da parte del consumatore è suffragata dalla constatazione per cui l'art. 124, c. 5, t.u.b., obbligando il finanziatore e l'intermediario a fornire al consumatore chiarimenti adeguati a permettergli di valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze, presenterebbe la finalità indiretta di sollecitare una ponderazione anche da parte del mutuatario in quanto – colmato il *gap* informativo che lo separa dal professionista – anche egli potrebbe essere in grado di accorgersi dell'errore sulla sua solvibilità in cui è incorso il mutuante.

Ritenuta l'annullabilità del contratto, l'orientamento in esame si confronta con la possibilità di coniugare l'esercizio dell'azione di annullamento con l'eventuale proposizione di una domanda risarcitoria *ex art.* 1338 c.c. e, sulla scorta della riconoscibilità dell'errore da parte del mutuatario e della sua inescusabilità da parte del mutuante, perviene ad una soluzione negativa.

Al fine di rimediare agli esiti cui condurrebbe l'accoglimento di una siffatta ricostruzione e tentando di rinvenire un apparato rimediale conforme alle istanze di protezione che animano la normativa consumeristica di origine europea, l'orientamento in esame propende per un richiamo operativo delle clausole generali dell'abuso del diritto<sup>290</sup> e del divieto di *venire contra factum proprium*.

In quest'ottica, al fine di paralizzare la domanda volta

<sup>289</sup> Cfr. ID., *L'art. 124 del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo*, cit., p. 565.

<sup>290</sup> Sul tema dell'abuso del diritto, senza pretese di completezza, si cfr. F. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Rivista di diritto civile*, 5/2001, p. 537 ss.; C. CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, cit., p. 831 ss.; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I Contratti*, 5/2010, p. 524 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., (in particolare) p. 343 e ss.

all'annullamento del contratto da parte del professionista che abbia violato un obbligo legale di comportamento e successivamente voglia trarre vantaggio da tale inadempimento attraverso una *exit from contract*, il consumatore potrebbe evocare una sorta di *exceptio doli generalis* volta a confermare la validità del contratto – lasciandolo in vigore tra le parti – e che legittimerebbe il mutuatario a pretendere il risarcimento del danno patito a causa della scorretta valutazione del proprio merito creditizio *ex art. 1337 c.c.*

L'orientamento ora esposto che, – come si è intuito – è volto a riconoscere al consumatore un rimedio attraverso il quale paralizzare l'eventuale domanda di annullamento del contratto di credito proposta dal finanziatore, sembra convergere nei fini con l'assetto di interessi sotteso alla norma che si trae dalla lettura dell'art. 18, c. 4, della direttiva 2014/17/UE che, come noto, onera gli Stati membri dell'obbligo di assicurare che il creditore che abbia concluso un contratto di credito con un consumatore non lo risolva o modifichi «a motivo del fatto che la valutazione del merito creditizio era stata condotta scorrettamente».

## **2. Segue...:confronto con le soluzioni elaborate con riferimento alla disciplina in materia di prestazione di servizi e attività di investimento**

Com'è noto, nell'ultimo trentennio il tema della tutela degli investitori e quello correlativo della responsabilità degli intermediari qualificati per la violazione delle regole poste a protezione dei primi e della stabilità del mercato finanziario, sono stati tra quelli centrali nell'attenzione del legislatore e degli interpreti<sup>291</sup>.

Il primo intervento comunitario organico in argomento è rappresentato dalla direttiva n. 22 del 1993<sup>292</sup> che, al fine di assicurare un'armonizzazione essenziale delle disposizioni vigenti nei vari ordinamenti, disciplinava le condizioni che le imprese di investimento dovevano soddisfare per l'accesso alla prestazione dei relativi servizi ed onerava gli Stati membri del compito di elaborare una normativa prudenziale idonea al raggiungimento di obiettivi volti alla salvaguardia dei diritti degli investitori, alla prevenzione delle situazioni di conflitto di interesse e all'adozione di misure organizzative interne capaci di assicurare una buona organizzazione amministrativa e contabile. In quegli anni, invece, la disciplina primaria delle attività di intermediazione mobiliare nell'ordinamento italiano era contenuta dalla legge n. 1 del 2 gennaio 1991<sup>293</sup>.

<sup>291</sup> E' stato sostenuto come «nessun altro settore del diritto privato (e del diritto dell'economia)» sia stato interessato in tale misura da «esigenze di sistemazione, di revisione e di rinnovazione»: così A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, p. 493.

<sup>292</sup> Direttiva 93/22/CEE del Consiglio relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, approvata il 10 maggio 1993 e pubblicata sulla *G.U. n. L 141/27* del 11 giugno 1993.

<sup>293</sup> Pubblicata nella *G.U. n. 3* del 4 gennaio 1991. Le regole di comportamento degli intermediari finanziari, in particolare, erano contenute dall'art. 6.

L'art. 11 della direttiva, inaugurando una politica normativa che sarebbe diventata una costante delle discipline successive di regolamentazione dei doveri di condotta imposti sugli intermediari finanziari, calibrava le regole di comportamento gravanti sulle imprese di investimento in ragione «della natura professionale» dell'investitore.

In questo contesto la normativa comunitaria, delegando agli Stati membri l'individuazione concreta degli obblighi di condotta da istituire, si limitava a prevedere che tali regole dovessero attuare una serie di principi<sup>294</sup> ritenuti espressione di “valori” particolarmente meritevoli di perseguimento da parte del legislatore europeo<sup>295</sup>.

Attraverso tale delega vincolata, il legislatore sovranazionale – pur disponibile quindi alla possibilità che gli obblighi gravanti sulle società di investimento assumessero una differente configurazione all'interno dei vari ordinamenti – non rinunciava tuttavia a prescrivere un modello univoco di

<sup>294</sup> Alcuni dei quali fondamentali anche per lo sviluppo successivo della disciplina. Si cfr. in proposito, G. GODANO, *Nuove direttive comunitarie sulle società di investimento nel settore dei valori mobiliari*, in *Foro italiano*, IV, c. 165 ss.; M. C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, cit. Si v. altresì G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2008, p. 894 ss., con specifico riferimento al principio di correttezza (c.d. loyalty principle), al principio del consenso informato (c.d. informed consent principle) e al principio dell'adeguatezza dell'investimento (c.d. know your client principle)».

<sup>295</sup> In particolare, l'art. 11, prevedeva che l'impresa di investimento, pur per il tramite delle regole prescelte dagli ordinamenti nazionali, fosse tenuta: ad «agire, nell'esercizio della sua attività, in modo leale ed equo, nell'interesse, per quanto possibile, dei suoi clienti e dell'integrità del mercato» (primo trattino); ad «agire con la competenza, l'impegno e la diligenza necessari, nell'interesse, per quanto possibile, dei suoi clienti e dell'integrità del mercato» (secondo trattino); a «disporre delle risorse e delle procedure necessarie per portare a buon fine le sue attività, e ad utilizzarle in modo efficace» (terzo trattino); ad «informarsi sulla situazione finanziaria dei suoi clienti, sulla loro esperienza in materia di investimenti e sui loro obiettivi per quanto concerne i servizi richiesti» (quarto trattino); a «trasmettere adeguatamente le informazioni utili nell'ambito dei negoziati con i suoi clienti» (quinto trattino); a «sforzarsi di evitare i conflitti di interessi e, qualora ciò non sia possibile, a provvedere a che i suoi clienti siano trattati in modo equo» (sesto trattino); a «conformarsi a tutte le normative applicabili all'esercizio delle sue attività in modo da promuovere per quanto possibile gli interessi dei suoi clienti e l'integrità del mercato» (settimo trattino).

negoziante tra società di investimento e risparmiatore improntato alla lealtà, all'equità, al perseguimento dell'interesse del cliente e dell'integrità del mercato e ad instaurare un prototipo di relazione negoziale in cui l'operatore professionale fosse impersonato da un soggetto competente e diligente, pronto a raccogliere le informazioni idonee a permettere la valutazione della situazione finanziaria, dell'esperienza e degli obiettivi dei propri clienti ed a trasmettere loro quelle più rilevanti nell'ambito delle contrattazioni.

La direttiva è stata recepita dal legislatore italiano con il d. lgs. n. 415 del 23 luglio 1996<sup>296</sup>, abrogato successivamente dal decreto legislativo n. 58 del 24 febbraio 1998, contenente il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria. Il nuovo “codice di settore” disciplinava gli obblighi di condotta dei soggetti abilitati alla prestazione dei servizi di investimento all'art. 21 che, nella versione originaria, non faceva riferimento alla necessaria osservanza di tali obblighi anche nella «prestazione delle attività di investimento»<sup>297</sup>. La normativa era integrata dalle disposizioni di attuazione emanate dalla Commissione nazionale per la società e la borsa con la delibera n. 11522 del primo luglio 1998 concernente la disciplina degli intermediari.

A distanza di circa un decennio dal primo intervento comunitario

<sup>296</sup> Recepimento della direttiva 93/22/CEE del 10 maggio 1993 relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari e della direttiva 93/6/CEE del 15 marzo 1993 relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, pubblicato nella *G.U.* n. 186 del 9 agosto 1996.

Per quanto concerne le regole di comportamento previste per le imprese di investimento, l'art. 17 del decreto ricalcava l'art. 11 della direttiva 22/1993/CE con un'importante novità. L'obbligo per l'impresa di agire nel migliore interesse del cliente non era più sottoposto ad alcuna condizione. L'art. 17, lett. a) non conteneva infatti la locuzione «per quanto possibile» utilizzata dall'art. 11, primo trattino, della direttiva.

<sup>297</sup> Locuzione aggiunta dal d. lgs. n. 164 del 17 settembre 2007 di attuazione della direttiva MiFID. Si v. R. RORDORF, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Le società*, 3/2008, p. 269 ss.

viene approvata la seconda direttiva europea 2004/39/CE<sup>298</sup> in materia di mercati degli strumenti finanziari, con l'obiettivo di adeguare il quadro regolamentare vigente – attraverso un intervento ora di armonizzazione massima – alla crescita del numero degli investitori e alla moltiplicazione dei servizi e degli strumenti loro offerti.

In ossequio al c.d. metodo Lamfalussy, il quadro regolamentare del mercato dei servizi di investimento non si sarebbe esaurito nelle previsioni contenute dalla direttiva MiFID ma – seguendo una regolamentazione a sviluppo progressivo – sarebbe stato completato dalla direttiva 2006/73/CE<sup>299</sup> avente natura esecutiva, dal regolamento (CE) n. 1287/2006<sup>300</sup> per essere perfezionato, infine, dalle linee guida emanate dal CESR<sup>301</sup>.

La direttiva 2004/39/CE, emanata al fine di garantire un livello elevato di protezione degli investitori, intendeva uniformare le regole di

<sup>298</sup> Direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio approvata il 21 aprile 2004 e relativa ai mercati degli strumenti finanziari che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 92/22/CEE del Consiglio. La direttiva è stata pubblicata nella *G.U.* n. *L 145/I* del 30 aprile 2004.

<sup>299</sup> Direttiva 2006/73/CE della Commissione del 10 agosto 2006, recante modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva, pubblicata nella *G.U.* n. *L 241/26* del 2 settembre 2006.

<sup>300</sup> Regolamento (CE) n. 1287/2006 della Commissione del 10 agosto 2006 recante modalità di esecuzione della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda gli obblighi in materia di registrazioni per le imprese di investimento, la comunicazione delle operazioni, la trasparenza del mercato, l'ammissione degli strumenti finanziari alla negoziazione e le definizioni di taluni termini ai fini di tale direttiva. Il regolamento è stato pubblicato sulla *G.U.* n. *L 241/I* del 2 settembre 2006.

<sup>301</sup> Il Committee of European Securities Regulators (oggi sostituito dall'ESMA) ha emanato una serie di linee guida. Tra le più importanti si ricordano: *Guidelines and recommendations on Publication and Consolidation of Market data* del 9 febbraio 2007; *Guidelines on MiFID Transaction reporting* del 29 maggio 2007; *Question and Answers on Best Execution*, approvate nella stessa seduta. L'elenco completo delle linee guida e delle raccomandazioni emanate dal CESR è disponibile all'indirizzo <http://www.cesr-eu.org/index.php>

condotta degli operatori professionali nel mercato dei servizi di investimento, la cui individuazione era stata affidata fino a quel momento agli Stati membri, seppure – come si è visto – nel quadro di una serie di principi ispiratori vincolanti.

In particolare, l'art. 4 della direttiva di esecuzione n. 73 del 2006 vietava espressamente agli Stati membri di mantenere o stabilire, nei rispettivi ordinamenti, obblighi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalla direttiva. Le uniche eccezioni ammissibili erano rappresentate dal fatto che l'introduzione o il mantenimento di obblighi ulteriori fosse obiettivamente giustificato dalla necessità di fare fronte a rischi specifici per la protezione degli investitori – di particolare importanza per la struttura del mercato interno o per l'integrità del mercato – non adeguatamente tenuti in considerazione dalla direttiva o, ancora, dalla circostanza per cui gli obblighi aggiuntivi (che in entrambi i casi dovevano essere proporzionati) fossero volti a fronteggiare rischi emersi o divenuti evidenti dopo la data di entrata in vigore della direttiva e non regolamentati da altre misure comunitarie.

Il procedimento di armonizzazione della normativa europea nel settore dei mercati degli strumenti finanziari è proseguito con l'approvazione di numerosi interventi normativi, tra i quali i più rilevanti sono rappresentati dalla direttiva 2014/65/UE<sup>302</sup>, in cui è stata rifiuta la

<sup>302</sup> Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE, pubblicata nella *G.U.* n. *L 173/349*, del 12 giugno 2014.

Limitatamente alla previsione delle disposizioni sanzionatorie, la direttiva è stata recepita in Italia dal d.lgs. n. 71 del 18 aprile 2016, pubblicato nella *G.U.* n. *117* del 20 maggio 2016.

In data 28 aprile 2017 è stato approvato, in via preliminare, da parte del Consiglio dei Ministri un decreto legislativo di attuazione della direttiva. Deve rammentarsi inoltre che in data 10 febbraio 2016 la Commissione europea ha posticipato la data di entrata in vigore della direttiva al 3 gennaio 2018, fissando il termine ultimo per il suo recepimento da parte degli Stati membri in data 3 luglio 2017.

direttiva 2004/39/CE, e dal regolamento (UE) n. 600/2014<sup>303</sup>.

La direttiva MiFID è stata recepita nell'ordinamento italiano dal d.lgs. n. 164 del 17 settembre 2007 che ha apportato numerose modifiche al T.U.F.<sup>304</sup>. Le disposizioni di attuazione sono state dettate dalla Consob con la delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 contenente il nuovo regolamento in materia di intermediari<sup>305</sup>.

Analizzando la normativa primaria inerente agli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari<sup>306</sup>, viene in rilievo innanzitutto l'art. 21 del T.U.F. che contiene una previsione di ordine generale. Vi si prevede che i soggetti abilitati alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento debbano – in qualunque momento dello svolgimento della relazione con il cliente – «comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza<sup>307</sup>, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati».

Per quanto riguarda la fase di promozione dei servizi offerti, gli

<sup>303</sup> Regolamento (UE) n. 600/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, sui mercati finanziari e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012.

<sup>304</sup> Per comprendere l'impatto della riforma, può riflettersi sul fatto che tale codice di settore ha subito modifiche in tutte le sei parti in cui si articola.

<sup>305</sup> Successivamente modificato con le delibere n. 16736 del 18 dicembre 2008, n. 17581 del 3 dicembre 2010, n. 18210 del 9 maggio 2012, n. 19094 del 8 gennaio 2015 e 19548 del 17 marzo 2016. La versione aggiornata è disponibile all'indirizzo internet <http://www.consob.it/main/documenti/Regolamentazione/normativa/reg16190.htm#Art.1>

<sup>306</sup> La dottrina ha rilevato che nel settore in esame manca una disciplina sistematica degli obblighi di comportamento gravanti sugli intermediari e di conseguenza «la normativa, di ordine primario e di ordine sub-primario, può essere ricostruita settore per settore e operazione per operazione». In questi termini G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario*, cit., p. 899. Si v. anche F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in Contratto e impresa, 4-5/2008, p. 936 ss.)*; P. LUCANTONI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, nel *Trattato dei contratti*<sup>2</sup>, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, p. 239 ss.

<sup>307</sup> Sull'utilizzo di tali clausole generali nel T.U.F., si v. M. C. VENUTI, *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, cit., p. 1049 ss.

intermediari finanziari sono tenuti ad «utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti». Nella fase precedente la prestazione dei servizi e delle attività di investimento devono «acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati». Dal punto di vista dell'organizzazione aziendale, gli intermediari devono disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, che siano idonee a garantire che lo svolgimento dei servizi e delle attività sia efficiente.

Il c.1 *bis* prevede – limitatamente alle Sim, alle imprese di investimento extracomunitarie, alle Sgr, alle società di gestione armonizzate, agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario, alle banche italiane e a quelle extracomunitarie – che tali soggetti, nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori, adottino «ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti» e che li gestiscono «anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti». Nel caso in cui tali misure non siano sufficienti ad assicurare «con un ragionevole grado di certezza» che il rischio di pregiudicare gli interessi dei clienti venga evitato, gli intermediari prima richiamati devono informare chiaramente i clienti «prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse».

Tali soggetti sono tenuti infine a svolgere «una gestione indipendente, sana e prudente» e ad adottare «misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati».

Guardando alla disciplina secondaria, il regolamento n. 16190 adottato dalla Consob il 29 ottobre 2007, dopo aver operato – all'art. 26 –

una diversificazione tra «cliente professionale»<sup>308</sup> e «cliente al dettaglio», stabilisce, all'art. 27, che tutte le informazioni, comprese le comunicazioni pubblicitarie e promozionali, che vengono indirizzate dagli intermediari ai clienti o ai potenziali clienti devono essere corrette, chiare e non fuorvianti. Oltre a possedere tali caratteri, le comunicazioni pubblicitarie e promozionali devono essere chiaramente identificabili come tali.

Gli intermediari sono onerati inoltre di fornire ai clienti (anche solo potenziali) informazioni appropriate in una forma comprensibile, in modo da permettere loro di comprendere ragionevolmente la natura del servizio di investimento, il tipo specifico di strumenti finanziari interessati e i rischi ad essi connessi, cosicché in tal modo possano prendere delle decisioni consapevoli in materia di investimenti. Tali informazioni che, ai sensi del 2° comma, possono essere fornite in formato standardizzato, si riferiscono: all'impresa di investimento e ai relativi servizi; agli strumenti finanziari e alle strategie di investimento proposte, inclusi opportuni orientamenti e avvertenze sui rischi associati agli investimenti relativi a tali strumenti o a determinate strategie di investimento; alle sedi di esecuzione, e ai costi e oneri connessi.

L'art. 28<sup>309</sup> specifica i contenuti delle informazioni e modi in cui

<sup>308</sup> Si tratta del cliente che soddisfa i requisiti di cui all'Allegato n. 3 del regolamento.

<sup>309</sup> «Ai fini di cui all'articolo 27, comma 1, gli intermediari assicurano che tutte le informazioni, comprese le comunicazioni pubblicitarie e promozionali, rivolte a clienti al dettaglio o potenziali clienti al dettaglio, o probabilmente dagli stessi ricevute, soddisfino le condizioni di cui al presente articolo. 2. Le informazioni: a) includono la denominazione dell'intermediario; b) non sottolineano gli eventuali vantaggi potenziali di un servizio di investimento o di uno strumento finanziario senza fornire anche un'indicazione corretta ed evidente di eventuali rischi rilevanti; c) hanno un contenuto e sono presentate in modo che siano con ogni probabilità comprensibili per l'investitore medio del gruppo al quale sono dirette o dal quale saranno probabilmente ricevute; d) non celano, minimizzano od occultano elementi o avvertenze importanti. 3. Quando le informazioni raffrontano servizi di investimento o accessori, strumenti finanziari o soggetti che prestano servizi di investimento o accessori, esse soddisfano le seguenti condizioni: a) il raffronto è presentato in modo corretto ed equilibrato; b) le fonti di informazione utilizzate per il raffronto sono specificate; c) i fatti e le ipotesi principali utilizzati per il raffronto vengono indicati. 4. Quando le informazioni contengono

possono essere comunicate, mentre l'art. 29 elenca le informazioni generali che l'intermediario deve fornire ai clienti al dettaglio «ove siano pertinenti».

Tra le regole di comportamento cui sono tenuti gli intermediari finanziari particolare rilevanza assumono quelle di adeguatezza (delle informazioni nei servizi di consulenza in materia di investimenti e di gestione di portafogli) e appropriatezza<sup>310</sup> (delle informazioni nei servizi

un'indicazione dei risultati passati di uno strumento finanziario, di un indice finanziario o di un servizio di investimento, esse soddisfano le condizioni seguenti: a) tale indicazione non costituisce l'elemento predominante della comunicazione; b) le informazioni forniscono dati appropriati sui risultati riguardanti: b1) i cinque anni immediatamente precedenti, ovvero b2) l'intero periodo durante il quale lo strumento finanziario è stato offerto, l'indice finanziario è stato creato o il servizio di investimento è stato fornito se inferiore a cinque anni, oppure b3) un periodo più lungo eventualmente deciso dall'intermediario. In ogni caso tali dati sono basati su periodi completi di 12 mesi; c) il periodo di riferimento e la fonte delle informazioni sono chiaramente indicati; d) le informazioni contengono l'avviso evidente che i dati si riferiscono al passato e che i risultati passati non sono indicativi di quelli futuri; e) quando tale indicazione si basa su dati espressi in una valuta diversa da quella dello Stato comunitario nel quale il cliente al dettaglio o il potenziale cliente al dettaglio è residente, le informazioni indicano chiaramente tale valuta e avvertono che il rendimento può aumentare o diminuire a causa di oscillazioni del cambio; f) quando l'indicazione è basata sui risultati lordi, viene comunicato l'importo delle commissioni, delle competenze o degli altri oneri. 5. Quando le informazioni includono o fanno riferimento a elaborazioni basate su dati storici, esse devono riguardare uno strumento finanziario o un indice finanziario e soddisfare le condizioni seguenti: a) le elaborazioni basate su dati storici sono basate su dati reali di uno o più strumenti finanziari o indici finanziari che siano identici o soggiacenti allo strumento finanziario in questione; b) per quanto riguarda i dati storici reali di cui alla lettera a), sono soddisfatte le condizioni di cui al comma 4, lettere a), b), c), e) e f); c) le informazioni contengono l'avviso in forma evidente che i dati si riferiscono a elaborazioni basate su dati storici e che i risultati passati non sono indicativi di quelli futuri. 6. Quando le informazioni contengono stime sui risultati futuri, esse soddisfano le condizioni seguenti: a) non si basano né contengono riferimenti a proiezioni di risultati passati; b) si basano su ipotesi ragionevoli supportate da dati obiettivi; c) quando l'informazione è basata sui risultati lordi, viene comunicato l'importo delle commissioni, delle competenze o degli altri oneri; d) evidenziano che tali previsioni non costituiscono un indicatore affidabile dei risultati futuri. 7. Quando le informazioni fanno riferimento ad uno specifico trattamento fiscale esse indicano in modo evidente che il trattamento fiscale dipende dalla situazione individuale di ciascun cliente e può essere soggetto a modifiche in futuro. 8. Le informazioni non possono indicare o suggerire che l'autorità competente avalla o approva i prodotti o i servizi oggetto dell'informazione».

<sup>310</sup> Si cfr. V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali tra intermediario e cliente*, nel *Trattato dei contratti*<sup>2</sup>, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, p. 281 ss.; R. NATOLI, *Il contratto adeguato*, cit., (in particolare) p. 87 ss.; D. TOMMASINI, *Art. 21 T.U.F.*, nel

diversi da quelli di consulenza in materia di investimenti e di gestione di portafogli) di cui agli artt. 39-42 e quella che prevede l'adozione di misure per l'esecuzione di ordini alle condizioni più favorevoli per il cliente fissata dall'art. 45 T.U.F.

Nonostante i numerosi obblighi informativi previsti dalla direttiva MiFID e dal T.U.F, né il legislatore europeo né quello domestico hanno previsto rimedi specifici per le ipotesi della relativa violazione da parte degli intermediari finanziari.

Al riguardo una parte della dottrina ha sostenuto che la violazione dei doveri di informazione previsti dall'art. 21 del T.U.F. possa legittimare il cliente ad esperire l'azione di annullamento del contratto tutte le volte in cui la carenza informativa non gli abbia permesso di maturare un consenso pieno<sup>311</sup>. Altra parte degli interpreti, invece, ha sostenuto che la violazione degli obblighi di condotta comporti la nullità del contratto<sup>312</sup>. Tale orientamento configura la disposizione in argomento quale norma imperativa perché volta a presidiare interessi generali – primo tra tutti – quello alla tutela del risparmio, tutelato dall'art. 47 della Costituzione e, più in generale, la tutela dell'integrità del mercato. Nel caso in esame si tratterebbe di una nullità virtuale e relativa stante la mancata previsione esplicita da parte del legislatore e la possibilità di essere sollevata solamente da parte del cliente.

A tale orientamento è stato eccepito di operare una indebita

*Commentario breve al diritto dei consumatori*<sup>2</sup>, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2013, p.1801 ss.

<sup>311</sup> Si v. M. DE POLI, *Servono ancora “i raggiri” per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Rivista di diritto civile*, 6/2004, p. 911 ss.

<sup>312</sup> D. MAFFEIS, *Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l'estensione del modello al credito ai consumatori*, in *I Contratti*, 1/2005, p. 11 ss.; V. ROPPO, *La tutela dei risparmiatori fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & Tango bond)*, in *Danno e responsabilità*, 6/2005, p. 604 ss. (nota a Trib. Genova, 18 aprile 2005, Trib. Mantova, 1° dicembre 2004 e Trib. Venezia, 22 novembre 2004).

commistione tra regole di validità e regole di comportamento<sup>313</sup> facendo assurgere l'art. 21 T.U.F. ad elemento strutturale del contratto piuttosto che concepirlo correttamente come regola ispiratrice della condotta dell'intermediario. Tale tesi<sup>314</sup> ritiene che in caso di violazione di una regola di comportamento, la parte che ne abbia subito un pregiudizio possa agire solamente per ottenere la risoluzione del contratto (qualora l'obbligo di condotta attenga alla fase esecutiva del contratto) ed il risarcimento del danno.

Sul tema, com'è noto, sono intervenute le Sezioni Unite<sup>315</sup> (chiamate ad interpretare l'art. 6 della legge n. 1 del 1991) con le sentenze nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007<sup>316</sup> che, ribadendo l'operatività del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, hanno stabilito che se è vero che l'art. 6 ha carattere imperativo in quanto dettato

<sup>313</sup> Si cfr. sul punto, G. D'AMICO, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996.

<sup>314</sup> Si v. G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, p. 242 ss.

<sup>315</sup> L'ordinanza di rinvio n. 3684 è annotata da U. SALANITRO, *Violazione delle regole di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 9/2007, p. 1005 ss. L'ordinanza di rinvio n. 3683 è annotata da V. MARICONDA, *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle sezioni unite*, in *Il corriere giuridico*, 5/2007, 631 ss.

<sup>316</sup> La sentenza Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 è pubblicata sul *Foro Italiano*, 2008, I, c. 784 ss., con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, *ivi*, c. 785 ss. La sentenza Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, è commentata da F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1/2008, p. 1 ss. Si cfr. inoltre U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, p. 445 ss.; V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e responsabilità*, 5/2008, p. 536 ss.; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, *cit.*, p. 936 ss.; S. GUADAGNO, *Violazione degli obblighi di condotta da parte dell'intermediario finanziario: lo stato dell'arte dopo le sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, II, p. 293 ss.; R. NATOLI, *Regole di validità e regole di responsabilità tra diritto civile e nuovo diritto dei mercati finanziari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2/2012, p. 165 ss.

non solo nell'interesse del singolo contraente ma anche nell'interesse generale dell'integrità dei mercati finanziari è anche vero che tale rilievo singolarmente considerato non è idoneo a dimostrare che una o più violazioni dell'art. 6 comportino la nullità del contratto.

Il S.C. esclude che possa integrarsi un'ipotesi di nullità *ex art.* 1418, c. 3, c.c. in quanto il legislatore non ha stabilito espressamente che il mancato rispetto di dette regole interferisce con la fase genetica del contratto.

Parimenti non sarebbe invocabile l'art. 1418, c. 2, c.c. poiché – anche se tra i casi di nullità è previsto l'accordo delle parti che ben potrebbe essere «inquinato in caso di violazione degli obblighi informativi precontrattuali» – appare arduo sostenere che il «consenso manchi del tutto». La Corte ricorda infatti che i vizi del consenso non determinano la nullità del contratto ma la sua annullabilità, qualora ricorrano i presupposti previsti dall'art. 1427 e ss. c.c.

Richiamando alcuni punti della motivazione dalla sentenza n. 19024 del 2005, le SS.UU. ricordano che la sussistenza di un'ipotesi di nullità virtuale postula «violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto». Per tale ragione, in quella occasione si è escluso che l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative ovvero nella fase esecutiva del contratto potesse esser causa di nullità. E tale conclusione rimane valida «indipendentemente dalla natura delle norme con le quali siffatta condotta contrasti, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista».

Ribadendo la tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto, la Corte afferma che «la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca

in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente»<sup>317</sup>.

Con riguardo alla contaminazione delle regole di validità e di quelle di responsabilità sulla scorta dell'incidenza europea sulla moderna legislazione, il S.C. afferma che tale evoluzione, così come il «trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento» del principio di non interferenza nel sistema del codice civile<sup>318</sup>.

<sup>317</sup> A conforto di tali conclusioni adduce il radicamento della distinzione in esame nei principi del codice civile che, dal fondamentale dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede – immanente all'intero sistema giuridico in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost. – fa discendere conseguenze che possono riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che comporterebbero sempre responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), «ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile)», nonostante «l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo».

Una delle ragioni insite a tale scelta operata dal legislatore codicistico viene individuata nella circostanza che il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale sarebbero troppo legati alle circostanze del caso concreto «per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità». Un'impostazione contraria minerebbe la certezza dei rapporti giuridici ed eviterebbe che il controllo sull'atto venga compiuto secondo regole predefinite.

<sup>318</sup> Al contrario, «proprio il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni». In questo contesto, la Corte precisa che anche quando la giurisprudenza ha ricondotto ad ipotesi di nullità le violazioni di norme che riguardano elementi estranei al contenuto o alla struttura contrattuale (come nel caso della mancanza di una prescritta autorizzazione a contrarre o dei necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti) vi ha proceduto in presenza di «norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vieta(va)no la stipulazione stessa del contratto».

Le SS.UU. stabiliscono infine che la violazione degli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto d'intermediazione e di quelli che si riferiscono alla successiva fase esecutiva è naturalmente «destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni. Non osta a ciò l'avvenuta stipulazione del

Nonostante la sentenza in esame non sia stata accolta pacificamente in dottrina<sup>319</sup>, le si deve riconoscere il merito di avere precisato che l'eventuale violazione di un dovere di comportamento da parte di una delle parti del rapporto negoziale non rende per ciò solo il contratto contrario alla legge<sup>320</sup>, in quanto la condotta tenuta da quel soggetto non incide sugli effetti che il contratto produrrà.

Dalle considerazioni fin qui svolte deriva che, nel caso in cui gli interpreti non dovessero individuare rimedi ulteriori, al consumatore verrà riconosciuta esclusivamente una tutela risarcitoria.

contratto». La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo infatti non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, o qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto. In tale ipotesi il risarcimento del danno va commisurato «al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto».

Quanto alla violazione dei doveri dell'intermediario relativi alla fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione essa può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento contrattuale «giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti». In questo caso, la loro eventuale violazione, «oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria».

<sup>319</sup> Si v., per tutti, V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, cit., p. 536 ss.

<sup>320</sup> Si cfr. sul tema, R. TOMMASINI, *Nullità (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, p. 859 ss.; R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XII, Torino, 1995, p. 293 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 31 ss.; C. CICERO, *Regole di validità e regole di responsabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, agg. \*\*\*\*\* , Torino, 2014, p. 539 ss.

### 3. Spunti di riflessione provenienti dall'attuazione della direttiva 2014/17/UE nell'ordinamento tedesco

Nell'ordinamento germanico, le disposizioni che racchiudono la normativa concernente la valutazione del merito creditizio del consumatore sono contenute nei parr. 505a-505d del BGB e nel par. 18a della *Kreditwesengesetz*<sup>321</sup>.

Parte della dottrina, analizzando le innovazioni determinate in quel sistema dal recepimento della nuova disciplina europea sul credito immobiliare ai consumatori, ha affermato che attraverso le prescrizioni sulla valutazione della solvibilità del mutuatario sarebbe stata messa in discussione la classica allocazione del rischio nei contratti di credito<sup>322</sup>.

All'obbligo in parola viene riconosciuta una particolare forza dirompente che rileva non solo da punto di vista dogmatico ma anche da quello della prassi<sup>323</sup>.

Il dibattito scientifico, anche in ambiente germanico, partendo dalla tradizionale elaborazione del contratto di mutuo come contratto di scambio in cui ogni parte persegue i propri interessi con la discrezionalità derivante dal riconoscimento del principio di autonomia privata, si è confrontato con le innovazioni sistematiche introdotte dalla previsione di un obbligo precontrattuale imposto sul finanziatore e ne ha giustificato la *ratio* guardando all'esigenza di assicurare una tutela più favorevole al mutuatario

<sup>321</sup> Il paragrafo, dedicato al «*Verbraucherdarlehen und entgeltliche Finanzierungshilfen; Verordnungsermächtigung*», contiene disposizioni assai simili a quelle contenute nei par. 505a-505d del BGB.

<sup>322</sup> In questi termini, S. OMLOR, *Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland*, cit., p. 112 ove l'A. afferma che «*die klassische Risikoverteilung im Darlehensvertrag wurde durch die fortentwickelte Kreditwürdigkeitsprüfung in Frage gestellt*».

<sup>323</sup> Per il contesto normativo in vigore fino a questo momento e la relativa analisi cfr. M. ROTH, § 491 BGB, *Bankrechts-Kommentar*, 2016, II, 15, p. 802 ss.

nel particolare settore del credito immobiliare<sup>324</sup>.

Accanto a tale orientamento che riconosce all'obbligo di valutazione del merito creditizio una funzione protettiva anche nei confronti del consumatore, se ne è contrapposto un altro per il quale il dovere di condotta in analisi sarebbe previsto solamente nell'interesse del finanziatore e della stabilità del mercato<sup>325</sup>. Secondo questa tesi, la direttiva 2014/17/UE tenterebbe di assicurare la protezione del mutuatario dai rischi conseguenti al sovraindebitamento attraverso le informazioni precontrattuali che, una volta veicolate, pongono il consumatore nella condizione di valutare la propria solidità finanziaria<sup>326</sup>.

Sebbene il secondo orientamento interpretativo abbia il merito di dare risalto all'autonomia privata dei contraenti, è il primo che sembra meritevole di accoglimento se si considerano gli obiettivi di tutela del consumatore che animano la direttiva sul credito immobiliare e l'interpretazione fornita dalla Corte europea di Giustizia, nella già citata sentenza *Le Crédit Lyonnais SA vs Fesih Kalhan*, con riferimento alla meno rigorosa valutazione del merito creditizio prevista dalla direttiva

<sup>324</sup> Si v. P. ROTT, *Die neue Immobiliarkredit-Richtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, in *Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht*, 1/2015, p. 8 ss.

<sup>325</sup> Aderiscono a tale orientamento, S. OMLOR, *Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland*, cit., p. 112 ss; Id., *Neuregelung der Finanzierung von Wohnimmobilien*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 23/2017, p. 1633 ss.; J. VON STAUDINGER- R. FREITAG, §§ 488-490, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB*, 2015, II, *Recht der Schuldverhältnisse*; J. SCHÜRNBRAND, *Die Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher*, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 3/2014, p. 168 ss.

<sup>326</sup> In questi termini, S. OMLOR, *Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland*, cit., p. 117, ove l'A. precisa che «*die systematische Auslegung von Art. 18 – 20 Wohnimmobilienkreditrichtlinie streitet gegen einen verbraucherschützenden Charakter der Kreditwürdigkeitsprüfung. Der Schutz des Darlehensnehmers vor Überschuldung will die Richtlinie vor allem durch die vorvertraglichen Informationspflichten sicherstellen, welche eigenständig in ihrem Kapitel 4 geregelt sind. Nachdem sich der Darlehensnehmer ein Bild über die auf ihn zukommenden Belastungen machen konnte, ist es nach der Richtlinienkonzeption an ihm, sein Eigeninteresse an finanzieller Solidität zu wahren*».

2008/48/CE.

Il c. 1 del par. 505a BGB, similmente a quanto dispone l'art. 120 *undecies* del t.u.b., prevede che il mutuante debba valutare il merito creditizio del mutuatario prima della conclusione del contratto di credito e che possa concedere il credito solamente qualora da tale valutazione sia emerso che è probabile che il mutuatario soddisferà i propri obblighi derivanti dal contratto di credito nei termini contrattuali<sup>327</sup>.

La valutazione del merito creditizio nei contratti di credito immobiliare ai consumatori si risolve quindi in un giudizio prognostico i cui esiti devono raggiungere una “soglia di verosimiglianza” più accurata di quella prevista per i contratti di credito non immobiliare ai consumatori, nel cui ambito il legislatore germanico ritiene sufficiente che non emergano dubbi significativi in ordine all'adempimento degli obblighi contrattuali del mutuatario<sup>328</sup>. Ai sensi del c. 2 del par. 505a BGB, la valutazione del merito creditizio deve inoltre essere aggiornata qualora, dopo la conclusione del contratto, il consumatore avanzi una richiesta di aumento significativo dell'importo totale del contratto di credito.

Quanto agli elementi che il “creditore” deve tenere in considerazione per procedere alla valutazione della meritevolezza creditizia del consumatore, i cc. 2 e 3 del par. 505b BGB non contengono disposizioni

<sup>327</sup> Il c. 1 del par. 505a BGB testualmente «*Der Darlehensgeber hat vor dem Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers zu prüfen. Der Darlehensgeber darf den Verbraucherdarlehensvertrag nur abschließen, wenn aus der Kreditwürdigkeitsprüfung hervorgeht, dass [...] es bei einem Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrag wahrscheinlich ist, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, vertragsgemäß nachkommen wird.*

<sup>328</sup> Relativamente ai contratti di credito generale ai consumatori il c. 1 del par. 505a BGB stabilisce che «*Der Darlehensgeber darf den Verbraucherdarlehensvertrag nur abschließen, wenn aus der Kreditwürdigkeitsprüfung hervorgeht, dass bei einem Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag keine erheblichen Zweifel daran bestehen [...] dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, vertragsgemäß nachkommen wird.*».

innovative rispetto agli artt. 18 e 20 della direttiva n. 17 del 2014 o divergenti rispetto a quelle previste dalla normativa italiana. Si prevede infatti che la valutazione del merito creditizio debba essere svolta in modo approfondito e che debba basarsi su informazioni necessarie, sufficienti e adeguate sui redditi, sulle spese e su altre circostanze economiche e finanziarie; dovranno essere tenuti in considerazione i fattori che sono rilevanti per valutare se è probabile che il mutuatario adempia le obbligazioni nascenti dal contratto di credito. La valutazione non deve basarsi sulla circostanza che il valore attuale o futuro del bene immobile ecceda l'importo del contratto di credito (a meno che il contratto di credito non sia stipulato per la costruzione o la ristrutturazione di un bene immobile residenziale); le informazioni necessarie alla valutazione del merito creditizio possono essere reperite dal mutuante da fonti interne o esterne e comprendono quelle fornite dal consumatore (anche all'intermediario del credito eventualmente coinvolto); le informazioni che serviranno da base per la valutazione del merito creditizio devono essere verificate<sup>329</sup>.

Il legislatore tedesco a differenza di quello italiano ha previsto, nel c. 4 del par. 505b BGB, l'obbligo per il creditore di predeterminare non solo le informazioni sulle quali verrà basata la valutazione del merito creditizio

<sup>329</sup> Letteralmente il par. 505b BGB, cc. 2 e 3, stabilisce che «(2)Nei contratti di credito immobiliare ai consumatori, il mutuante deve valutare approfonditamente il merito creditizio del mutuatario sulla base di informazioni necessarie, sufficienti e adeguate sui redditi, sulle spese e sulle altre circostanze economiche e finanziarie. Il mutuante deve inoltre tenere in considerazione i fattori che sono rilevanti per valutare se è probabile che il mutuatario possa soddisfare le proprie obbligazioni derivanti dal contratto di credito. La valutazione del merito creditizio non dovrebbe basarsi principalmente sul fatto che il valore del bene immobile residenziale eccede l'importo del contratto di credito o sul fatto che il valore del bene immobile subirà un incremento, a meno che il contratto di credito sia stipulato per la costruzione o la ristrutturazione di un bene immobile residenziale. (3) Il mutuante individua le informazioni necessarie di cui al c. 2 da pertinenti fonti interne o esterne e sono incluse anche le informazioni fornite dal mutuatario. Il mutuante tiene inoltre in considerazione le informazioni fornite ad un intermediario del credito. Il mutuante è obbligato a verificare le informazioni in maniera adeguata e se è necessario anche attraverso documentazione indipendente verificabile.».

(disposizione corrispondente a quella contenuta dall'art. 120 *novies* c. 1 lett. a) ma anche il procedimento in cui si snoderà il relativo scrutinio ed il dovere di custodire la relativa documentazione.

Guardando adesso alle conseguenze previste in caso di violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, il par. 505d del BGB attribuisce al consumatore un novero di rimedi articolato<sup>330</sup>.

Similmente a quanto avvenuto in altre esperienze giuridiche, innanzitutto quella francese e slovacca cui si è brevemente accennato<sup>331</sup>, i nn. 1 e 2, c. 1 del par. 505d BGB prevedono innanzitutto una riduzione del tasso di interesse convenuto che, se fisso, si riduce al tasso di interesse praticato nei mercati di capitali per gli investimenti in obbligazioni ipotecarie, se variabile, si riduce al tasso di mercato in cui le banche garantiscono le obbligazioni in euro con una durata praticata di tre mesi<sup>332</sup>.

Inoltre al mutuatario è attribuito il diritto di risolvere il contratto di credito in ogni momento e senza preavviso, mentre il mutuante viene espressamente privato del diritto al pagamento di una penale per il pagamento anticipato<sup>333</sup>. Si precisa che tale disciplina non si applica qualora una esatta valutazione del merito creditizio abbia rilevato che il contratto di credito poteva essere concluso.

<sup>330</sup> Che in dottrina è stato definito come “civilisticamente completo”. In questo senso si v. S. OMLOR, *Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland*, cit., p. 118, ove l'A. afferma «§ 505d BGB ist zivilrechtlich abschließend». La precisazione è di importanza sistematica notevole in quanto l'A. esclude che in caso di violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, il consumatore possa avanzare (anche) una domanda risarcitoria.

<sup>331</sup> Si v. la nota n. 239.

<sup>332</sup> Il secondo periodo del c. 1 del par. 505d BGB prevede che la data rilevante per la determinazione del tasso di interesse di mercato, di cui al primo periodo, dovrebbe essere quella della conclusione del contratto e, nel caso di aggiustamento del tasso, quella contrattualmente stabilita per l'aggiustamento del tasso di interesse.

<sup>333</sup> In questo caso si stabilisce che il mutuante debba mettere a disposizione del mutuatario una copia del contratto in cui siano prese in considerazione le modifiche al contratto che derivano dai periodi da 1 a 3. Non è chiaro se la normativa intenda obbligare il mutuante a stipulare un nuovo contratto di credito modificativo del precedente, al fine di adeguare quest'ultimo al tasso di interesse più basso determinato suppletivamente.

Il c. 2 del par. 505d BGB prevede, ancora, che se il mutuatario non può adempiere le obbligazioni derivanti dal contratto di credito nei termini previsti dal contratto, il mutuante non può avanzare alcuna richiesta dovuta all'inadempimento, se l'inadempimento del mutuatario si fonda su una circostanza che, qualora la valutazione del merito creditizio fosse stata correttamente svolta, avrebbe condotto alla conclusione che il contratto di credito non avrebbe dovuto essere concluso.

Il quadro rimediale brevemente esposto non trova applicazione nel caso in cui l'inesatta valutazione del merito creditizio sia stata causata dal comportamento del consumatore che abbia fornito al finanziatore informazioni false, intenzionalmente o per negligenza grave, o ne abbia omesse di rilevanti in violazione del par. 505b cc. 1-3 BGB.

Tra i rimedi concessi al consumatore dal legislatore tedesco il più incisivo, soprattutto alla luce dell'efficacia e della dissuasività – caratteri che, come si è accennato, costituiscono il metro del giudizio di adeguatezza delle sanzioni interne da parte del legislatore europeo –, sembra essere quello di cui al c. 2 del par. 505d BGB.

Nel caso in cui il finanziatore abbia violato l'obbligo di valutazione del merito creditizio (omettendo del tutto la valutazione, operando una valutazione inesatta o concedendo comunque il credito nonostante l'esito negativo dello scrutinio) ed il mutuatario non abbia adempiuto l'obbligo restitutorio a causa di una circostanza che, non solo viene tenuta in considerazione da una corretta valutazione del merito creditizio, ma che è anche causa determinante dell'inadempimento, la disposizione priva infatti il creditore del diritto di proporre tutte quelle azioni (ragionando secondo il quadro rimediale interno, si pensi all'azione di risoluzione, a quella di adempimento, a quella di inadempimento contrattuale e a quelle esecutive) attraverso le quali tutelare il proprio interesse creditorio; azioni che invece può proporre solamente qualora l'inadempimento del mutuatario sia dovuto

ad una circostanza diversa da quelle apprezzate da una corretta valutazione del suo merito creditizio.

Come si dirà meglio nel prosieguo, la *ratio* della sanzione stabilita dal legislatore tedesco, che si rinviene nella prevedibilità dell'inadempimento, sembra essere la medesima sottesa al quadro rimediabile offerto al consumatore dal legislatore italiano che, seppure in termini differenti, penalizza il finanziatore che non abbia adempiuto in modo diligente l'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore comminando il divieto di esercitare alcuni diritti.

Per la nostra ricostruzione è interessante notare come anche il legislatore germanico non abbia previsto la nullità del contratto per il caso della violazione dell'obbligo in analisi.

Deve segnalarsi, inoltre, che la configurazione attuale dell'obbligo di valutazione del merito creditizio per i contratti di credito immobiliare ai consumatori nel contesto germanico potrebbe subire, nel breve periodo, alcune modifiche dovute alle resistenze mostrate da gran parte degli istituti creditizi tedeschi<sup>334</sup>, al disegno di legge, presentato dai Länder dell'Hessen e del Baden-Württemberg<sup>335</sup>, volto alla introduzione di una *Vermutung zugunsten der Kreditwürdigkeit* e, ancora, all'eventuale accoglimento della petizione presentata al Parlamento europeo il 30 giugno 2016<sup>336</sup>.

<sup>334</sup> Per alcuni riferimenti si cfr. S. OMLOR, *Neuregelung der Finanzierung von Wohnimmobilien*, cit., p. 1633 ss.

<sup>335</sup> *Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie*, presentato il 6 ottobre 2016, BR-Drs. 578/16, disponibile all'indirizzo [https://stm.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-stm/intern/dateien/lv\\_berlin/BR\\_0578-16.pdf](https://stm.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/m-stm/intern/dateien/lv_berlin/BR_0578-16.pdf)

<sup>336</sup> Petizione 0748/2016 disponibile all'indirizzo <https://petiport.secure.europarl.europa.eu/petitions/it/petition/content/0748%252F2016/html/Petizione%25C2%25A0n.%25C2%25A00748%252F2016%252C-presentata-da-E.S.%252C-cittadino-tedesco%252C-sull%2527attuazione-in-Germania-della-direttiva%25C2%25A02014%252F17%252FUE-in-merito-ai-contratti-di-credito-ai-consumatori-relativi-a-beni-immobili-residenziali-?>

#### **4. Profili ricostruttivi: obbligo di rinegoziazione?**

Come si è rilevato, la violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore costituisce inosservanza di un obbligo precontrattuale dato che il suo adempimento, nel modello di contrattazione delineato dal legislatore comunitario e nazionale, deve essere eseguito dal mutuante nella fase delle trattative negoziali proprio per la funzione che gli è assegnata.

Si è già messo in evidenza come il ruolo riservato al controllo di meritevolezza creditizia non si risolva infatti solamente nell'obiettivo di garantire una corretta allocazione delle risorse, ispirata al principio di sana e prudente gestione; in quanto la valutazione in parola è volta anche a tutelare il consumatore da prevedibili situazioni di sovraindebitamento, profilo, quest'ultimo, che dell'obbligo di comportamento in analisi lascia apprezzare innanzitutto il suo atteggiarsi come dovere di protezione<sup>337</sup>.

Nonostante quello di valutazione del merito creditizio sia obbligo precontrattuale, deve rilevarsi – adottando una visione unitaria che permetta di guardare allo svolgimento complessivo del rapporto – che è principalmente nella fase esecutiva di quest'ultimo che si apprezzano gli effetti del suo esatto adempimento e le ricadute del suo inadempimento.

In caso di inesatta valutazione della solvibilità del mutuatario, i termini in cui è possibile apprezzare le conseguenze della conclusione di un contratto di credito attengono alla prevedibilità da parte del mutuante del probabile inadempimento dell'obbligazione restitutoria e, in determinati

<sup>337</sup> Stante la qualificazione dell'obbligo in parola quale obbligo di condotta precontrattuale avente fonte legale, il riferimento agli obblighi di protezione è da intendersi solamente con riguardo alla finalità perseguita dal dovere in analisi che è quella di proteggere la sfera giuridica del mutuatario dai danni che possono derivargli dalla conclusione di un contratto di credito non sostenibile.

casi, alla possibilità che una nuova concessione di liquidità esponga il consumatore a situazioni di sovraindebitamento.

Si è detto delle obiezioni manifestate dalla giurisprudenza e da parte di alcuni orientamenti dottrinali nel riconoscere che la violazione di una regola di condotta possa dare luogo alla nullità del contratto in assenza di una specifica previsione in tal senso da parte del legislatore<sup>338</sup>. Parimenti, il ricorso all'azione di annullamento sembra assumere un rilievo marginale in quanto la valutazione del merito creditizio compiuta dal professionista non è sostitutiva della libera scelta del mutuatario. Tale rimedio, inoltre, come quello volto alla dichiarazione della nullità del negozio – trattandosi di rimedio ablativo – non valorizza l'interesse del mutuatario alla conservazione degli effetti del contratto.

Relativamente alla normativa sul credito ai consumatori, si è visto inoltre che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti (anche valorizzando la rilevanza dell'obbligo di valutazione del merito creditizio quale obbligo di informazione *ex art. 124, c. 5, t.u.b.*) riconoscono al consumatore cui sia stato concesso un finanziamento nonostante una valutazione inesatta della propria solvibilità, il diritto al risarcimento del danno patito a causa della conclusione di un contratto di credito rivelatosi inadeguato e soprattutto pregiudizievole.

Secondo questa impostazione la tutela risarcitoria da inadempimento viene concepita nella tradizionale finalità compensativa<sup>339</sup> senza assumere i

<sup>338</sup> Si v. in particolare il paragrafo n. 2 del presente capitolo.

<sup>339</sup> Il tema è particolarmente attuale se si considera anche la recente ordinanza del 16 maggio 2016, n. 9978 con la quale la prima sezione della Corte di Cassazione ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, la questione della compatibilità con l'ordine pubblico delle sentenze straniere che fanno applicazione dei c.d. danni punitivi. Si v., in argomento, C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corriere giuridico*, 7/2016, p. 912 ss. Si cfr. altresì L. NIVARRA, *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Diritto civile contemporaneo*, 30 gennaio 2017.

Il S.U., per quanto qui rileva, si è pronunciato sulla questione in modo favorevole, con la sentenza n. 16601, del 5 luglio 2017 confermando la funzione della responsabilità civile

caratteri di vero rimedio utile a consentire un adeguamento, dato che il contratto di credito rimane vincolante tra le parti alle condizioni pattuite al momento della sua conclusione<sup>340</sup>.

L'individuazione di un rimedio di tipo manutentivo sembra rispondere meglio alle esigenze di protezione del consumatore in quanto, non compromettendo validità ed efficacia del contratto di credito (ed evitando così il sorgere degli obblighi restitutori determinati dalla sentenza dichiarativa della nullità o da quella costitutiva di annullamento), mira ad adeguarlo alle reali condizioni finanziarie del consumatore, garantendo in tal modo un'aderenza *ex post* del contratto concluso all'effettivo merito creditizio del mutuatario.

Deve rilevarsi innanzitutto che è proprio il legislatore europeo della normativa sul credito immobiliare ai consumatori (e così pure quello italiano<sup>341</sup> e tedesco<sup>342</sup>) a stabilire, nel par. 4 dell'art. 14 della direttiva, che il creditore che abbia valutato in modo inesatto il merito creditizio del consumatore non possa risolvere il contratto di credito o apportarvi modifiche peggiorative in ragione della violazione dell'obbligo di valutazione in parola. E non può non notarsi come il divieto di risolvere il contratto costituisca una chiara manifestazione di preferenza per la sua conservazione, mentre quello di apportarvi modifiche peggiorative delle condizioni contrattuali è di per sé neutro rispetto ad un'eventuale possibilità di ottenere un adeguamento in positivo, consentendo cioè al creditore una

di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito una lesione e ricomprendendovi, al ricorrere di determinati presupposti, anche la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria. La sentenza è consultabile all'indirizzo <http://dirittocivilecontemporaneo.com/wp-content/uploads/2017/07/Cass.-sez-un-5-luglio-2017-n.-16601.pdf>

<sup>340</sup> Tale considerazione è suscettibile di una rilettura dipendente dalla individuazione che la giurisprudenza compirà con riferimento alle poste di danno risarcibili e dunque alla quantificazione del pregiudizio. Più elevato sarà infatti l'importo del risarcimento riconosciuto, più si assottiglierà il margine di inadeguatezza del contratto di credito.

<sup>341</sup> All'art. 120 *undecies*, c. 3. t.u.b.

<sup>342</sup> Al § 499, c. 3, BGB.

sorta di adempimento sanante.

A tal fine si vaglierà la possibilità di rinvenire tra le pieghe della normativa in esame la previsione di un obbligo di rinegoziazione a carico delle parti nell'ipotesi in cui il finanziatore non abbia valutato correttamente il merito creditizio del consumatore prima di concedergli il credito, nonostante il mutuatario avesse adempiuto diligentemente agli obblighi di comunicazione dei dati relativi alla propria situazione economica e finanziaria. Bisogna verificare se sia possibile riconoscere al consumatore uno *ius variandi* unilaterale migliorativo delle condizioni contrattuali pattuite, per rimediare agli esiti determinati dal comportamento del mutuante che, non avendo eseguito correttamente l'obbligo legale di condotta volto a proteggere il mutuatario, abbia concesso un credito rivelatosi insostenibile.

La legittimità del ricorso ad un rimedio manutentivo – ed in particolare alla rinegoziazione – nonostante debba ancora essere dimostrata la sua perorabilità, appare a prima vista conforme alla politica di preferenza per la conservazione del contratto cui, come si è rilevato, è ispirata la direttiva, finalità che – nella disciplina comunitaria come in quella interna – non rileva con riferimento al profilo specifico della valutazione del merito creditizio (ipotesi della quale, come già precisato, il legislatore non si occupa in modo esaustivo dal punto di vista rimediale) bensì con riguardo a quello più generale dell'inadempimento del consumatore.

Dopo aver verificato se già in caso di semplice difficoltà nell'adempimento dell'obbligazione restitutoria da parte del mutuatario – *impasse* indipendente da una condotta commissiva o omissiva del professionista – la normativa solleciti i contraenti a trovare soluzioni alternative alla “demolizione” del vincolo negoziale, apparirà plausibile argomentare a favore della rimodulazione del contratto quale obbligo giuridico (almeno) in tutti i casi in cui l'inadempimento del consumatore

fosse stato prevedibile grazie ad una esatta valutazione del suo merito creditizio ed il suo eventuale stato di sovraindebitamento evitabile.

La preliminare analisi della politica del diritto perseguita dalla normativa sull'inadempimento del mutuatario si giustifica anche a livello sistematico, poiché il mancato adempimento dell'obbligo di valutazione della solvibilità del consumatore e soprattutto quello della comunicazione degli esiti della relativa indagine, la cui esatta esecuzione è l'unica ad incidere sulla maturazione di una scelta consapevole, costituisce solo una delle cause per le quali il consumatore può essersi determinato a concludere un contratto di credito inadeguato.

Muovendo dalla disamina della direttiva n. 17 del 2014, non si può prescindere dal rilevare come anche nella gestione della fase patologica del rapporto di credito con il consumatore, il professionista sia tenuto innanzitutto al rispetto dell'obbligo di comportamento che si è qualificato come primario e che si estrinseca nel dovere di agire in maniera onesta, equa, trasparente e professionale, tenendo, inoltre, nella dovuta considerazione i diritti e gli interessi del consumatore.

La rilevanza di tali obblighi di comportamento anche nella fase successiva alla stipulazione del contratto è prevista dallo stesso articolo 7, che si riferisce espressamente alla fase esecutiva del rapporto contrattuale, e dall'art. 120 *septies* del t.u.b. che ne dispone l'assolvimento, in modo generale, in tutte le attività disciplinate dal capo sul credito immobiliare ai consumatori.

Guardando alle premesse racchiuse nei considerando e alle disposizioni che attengono in modo più specifico ai doveri di condotta del creditore nel caso di inadempimento del mutuatario, si nota come nel considerando numero 27 il legislatore europeo mostri consapevolezza in ordine alla significatività delle conseguenze dannose che una procedura esecutiva può arrecare non solo al consumatore, che può vedersi privato di

un bene di primo rilievo, qual è il bene immobile residenziale (all'acquisto del quale il contratto di credito è finalizzato o su cui grava il diritto di ipoteca che garantisce l'adempimento dell'obbligazione restitutoria), ma anche al creditore che è tenuto ad anticipare i costi della procedura (spesso senza garanzia del soddisfacimento delle proprie pretese in seno alla medesima) e, da ultimo, alla stabilità finanziaria.

Da qui la convinzione del legislatore europeo che per i creditori sia opportuno «affrontare in modo proattivo il rischio di credito emergente in una fase precoce del rapporto»<sup>343</sup>. Il riferimento è dunque all'inesatto adempimento dell'obbligo restitutorio (parziale) da parte del consumatore verificatosi in un momento temporalmente prossimo alla conclusione del contratto di credito e che può manifestarsi, ad esempio, nel ritardato o mancato pagamento delle rate del mutuo immobiliare. A tale rischio il creditore dovrebbe quindi guardare in un'ottica preventiva predisponendo un piano di azione volto ad evitare l'accadimento piuttosto che limitarsi a reagirvi. Nel caso in cui l'inadempimento si verifichi già dopo la conclusione del contratto di credito è infatti probabile che lo stesso si ripeterà nel prosieguo della relazione e che, considerato il breve lasso temporale intercorso tra l'inadempimento e la conclusione del contratto, esso fosse insostenibile già dalla sua conclusione. E ciò, non in quanto si sia verificato un mutamento delle condizioni economiche e finanziarie del consumatore (giustificabile in un momento successivo della relazione contrattuale, data l'instaurazione di un rapporto di durata come quello cui dà vita il contratto di mutuo) ma in quanto il merito creditizio del consumatore sia stato valutato *ab initio* in modo inesatto.

Sebbene la prima parte del considerando numero 27 non sia stata riversata nell'articolo 28 della direttiva, che costituisce il referente

<sup>343</sup> Così il considerando n. 27 della direttiva 2014/17/UE.

normativo degli obblighi di comportamento in parola da rispettare nella fase esecutiva del rapporto, sembra che il dovere per il mutuante di attivarsi già nel momento in cui intravede i primi segnali di un inadempimento idoneo a ripetersi nel tempo – e destinato quindi a divenire fisiologico – derivi dall'obbligo di comportarsi secondo onestà e professionalità.

Sembrerebbe infatti contrario alle regole della diligenza professionale e della correttezza il comportamento del professionista che, pur dotato di appositi strumenti<sup>344</sup>, non monitori la regolarità dell'adempimento dell'obbligazione cui è tenuto il consumatore, trascurando così il proprio interesse alla prestazione, per approfittarsi successivamente della situazione di difficoltà economica in cui questi si sia trovato e pretendere, ad esempio, il pagamento di interessi moratori o il rimborso delle spese sostenute nell'ambito di una procedura esecutiva.

Più esplicito nel senso di favorire l'adozione di procedure che conducano all'adempimento dell'obbligo restitutorio del consumatore, e dunque alla realizzazione degli interessi perseguiti dai contraenti attraverso la conclusione del contratto di credito, è l'articolo 28 della direttiva.

Introducendo uno iato tra l'inadempimento del consumatore e la possibilità per il creditore di ricorrere all'escussione della garanzia, vi si prevede che gli Stati membri adottino misure volte ad incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di agire esecutivamente. L'esperimento della procedura esecutiva che generalmente è prevista al fine di garantire coattivamente la soddisfazione dell'interesse

<sup>344</sup> Tra i quali rileva innanzitutto la possibilità di accedere alle banche dati, la cui consultazione viene giudicata utile dal legislatore europeo – nel considerando n. 59 della direttiva – non solo in sede precontrattuale (e cioè per la valutazione del merito creditizio) ma anche al fine di «individuare e valutare il potenziale di inadempimento del consumatore». In termini più precisi l'art. 21 stabilisce che l'accesso alla banca dati deve essere garantito (anche) «per verificare che i consumatori rispettino gli obblighi di credito per tutta la durata del contratto», ragione per cui l'accesso a tale fonte (essendo volto a valutare il rischio di inadempimento) deve essere assicurata da parte degli Stati membri per l'intera durata del contratto di credito.

del creditore senza che egli sia tenuto al rispetto di particolari termini dilatori<sup>345</sup>, nel contesto della disciplina del credito immobiliare ai consumatori è sottoposto alla manifestazione da parte del creditore di un ragionevole livello di sopportazione nei confronti dell'inadempimento. Tolleranza nei riguardi dell'inadempimento del mutuatario che, come si dirà a breve, potrebbe assumere i caratteri non della semplice attesa indolente ma quelli dell'indulgenza cooperativa. E ciò proprio in ragione dei ricordati precetti di professionalità, onestà ed equità adeguatamente modulati alla situazione concreta.

L'art. 28 non individua le misure che dovranno essere adottate dagli Stati membri, né indica espressamente i fini perseguiti dalle medesime.

Il considerando n. 27 induce tuttavia a ritenere che non si tratti di misure volte a perseguire finalità meramente dilatorie<sup>346</sup>, peraltro di dubbia utilità per il consumatore. Vi si precisa afferma che oltre ad essere opportuno che i creditori esercitino un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure esecutive, è opportuno che i medesimi compiano sforzi ragionevoli per risolvere la situazione di difficoltà nei pagamenti in cui il consumatore si trova con «strumenti diversi» dalla procedura espropriativa.

Tra i possibili strumenti attraverso i quali intervenire per permettere al consumatore di risolvere la situazione di insolvibilità in cui si trova, non può escludersi che proprio la rinegoziazione delle condizioni contrattuali possa costituire un congegno (oltre che efficace) rispettoso del requisito

<sup>345</sup> E' opinione pacifica che l'unica condizione per la proposizione dell'azione esecutiva sia costituita dall'accertamento del diritto sostanziale nel titolo esecutivo. Si v., per tutti, C. MANDRIOLI – A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*<sup>23</sup>, III, Torino, 2014, p. 21 ss.

<sup>346</sup> Gli autori che hanno interpretato l'art. 28 nel senso di dilatare nel tempo il termine dell'adempimento hanno infatti valutato tale disposizione in modo negativo in termini di tutela per il consumatore. Si cfr. A. BERTOLINI, *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2/2016, p. 327 ss.

della ragionevolezza dello sforzo esigibile dal finanziatore che, come si è visto, prima di poter intraprendere un'azione esecutiva è tenuto a cooperare con il consumatore per risolvere la sua condizione di inadempimento.

Non sfugge la pertinenza dell'obiezione che potrebbe muoversi ad una simile interpretazione, essendo possibile opporsi alla vigenza di un dovere per i creditori di compiere «ragionevoli sforzi per risolvere la situazione con altri strumenti, prima di dare avvio a procedure di pignoramento», argomentando che tale prescrizione è contenuta solamente nel considerando n. 27 e non anche nell'articolato normativo della direttiva. Ed è per tale ragione che gli si attribuirà il valore di indice favorevole all'analisi ricostruttiva che si è intrapresa, senza per questo farlo assurgere ad elemento fondante.

Fondamento che, invece, si rinviene nella sezione n. 13 del prospetto informativo europeo standardizzato di cui all'Allegato II della direttiva, ove il finanziatore deve indicare il «tipo di inosservanza» che si può verificare nel corso dell'esecuzione del rapporto e le relative «conseguenze finanziarie e/o legali» per il mutuatario.

Nel documento informativo, che deve essere consegnato «in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta» (art. 14), ed il cui contenuto (con l'eccezione delle istruzioni per la compilazione) è oggetto di armonizzazione massima tra gli Stati membri (ai sensi dell'art. 2), si legge – nella sezione dedicata all'«inosservanza degli obblighi previsti dal mutuo: conseguenze per il debitore» – che nel caso in cui il consumatore dovesse incontrare difficoltà nell'effettuare i pagamenti delle rate di mutuo, dovrebbe contattare tempestivamente il finanziatore al fine di «vagliare possibili soluzioni»<sup>347</sup>. Ancora, per il caso in cui il

<sup>347</sup> In termini letterali, nella sezione n. 13 si legge: «se dovesse incontrare difficoltà nell'effettuare i pagamenti [frequenza], La invitiamo a mettersi in contatto con noi al più presto per vagliare possibili soluzioni».

finanziamento fosse assistito dalla concessione del diritto di ipoteca sul bene immobile residenziale, è previsto che – in caso di inadempimento – la sua espropriazione potrà avvenire solo come ultima *ratio*<sup>348</sup>.

La previsione di tali doveri non rileva esclusivamente ai fini della individuazione della loro fonte nel contesto della normativa sul credito immobiliare ma anche con riguardo all'affidamento maturato da parte del consumatore che, nella fase precedente alla conclusione del contratto e a seguito della consegna del PIES, sa di poter contare su soluzioni (tempestive<sup>349</sup> e determinate con la collaborazione del professionista) che tenteranno di risolvere la sua eventuale condizione – non già di insolvenza conclamata – ma di mera difficoltà nei pagamenti e sulla promessa che la vendita forzata del bene immobile residenziale, che costituisce un bene primario per l'individuo, avverrà solamente quale soluzione estrema. E cioè qualora anche le nuove soluzioni vagliate dal professionista si siano rivelate inidonee ad agevolare il debitore nell'esatto adempimento dell'obbligazione restitutoria.

Nella stessa ottica si muove l'art. 120 *quiquiesdecies* del t.u.b. che prevede che, ferma restando la possibilità per il mutuante di chiedere la

<sup>348</sup> Letteralmente: «(se applicabile) come soluzione estrema, il Suo immobile potrebbe essere soggetto ad espropriazione nel caso in cui Lei non pagasse regolarmente le rate».

In termini più comprensibili per il consumatore si esprime l'allegato 4E al provvedimento della Banca d'Italia Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Nella sezione n. 13 si legge «Se dovesse incontrare difficoltà nell'effettuare i pagamenti [frequenza], La invitiamo a mettersi in contatto con noi al più presto per vagliare possibili soluzioni. (se applicabile) in casi estremi, Lei potrebbe perdere la Sua abitazione se non paga regolarmente le rate».

Il ricorso alla espropriazione immobiliare è qualificato non solo come rimedio residuale, ma anche come strumento meramente possibile anche nella versione inglese della direttiva che stabilisce «*as a last resort, your home may be repossessed if you do not keep up with payments*» ed in quella tedesca, che prevede «*Kommen Sie Ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nach, kann als letztes Mittel Ihre Immobilie zwangsversteigert werden*».

<sup>349</sup> Più propriamente, il carattere della tempestività è riferito alla comunicazione del consumatore, tuttavia – affinché la disposizione non venga svuotata di significato – sembra logico ritenere che debba essere predicato anche della reazione propositiva del creditore.

risoluzione del contratto per inadempimento qualora il pagamento delle rate del mutuo sia stato effettuato con ritardo per almeno sette volte anche non consecutive<sup>350</sup>, il finanziatore è tenuto ad adottare «procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà dei pagamenti».

I caratteri delle politiche e delle procedure interne che il professionista deve adottare per la gestione dei rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti sono stati specificati nel provvedimento della Banca d'Italia *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza nelle relazioni tra intermediari e clienti*, ove è stata data attuazione anche agli orientamenti dell'EBA, emanati il 19 agosto 2015, con riferimento alla condizione di morosità ed ai pignoramenti<sup>351</sup>.

La sezione VI *bis*, punto n. 8 prevede in particolare una serie di obblighi da rispettare. Alcuni riguardano l'organizzazione interna dell'attività professionale, altri si sostanziano in obblighi di comunicazione e di assistenza ed altri ancora attengono alla opportunità per il professionista di attivarsi per proporre soluzioni alternative che agevolino il consumatore.

Tra i primi assume particolare rilevanza il dovere per il finanziatore di adottare procedure interne volte ad individuare tempestivamente i consumatori che si trovino in difficoltà nel rispettare i termini di pagamento. Obbligo che appare collegato alla necessità, avvertita principalmente dal legislatore europeo, di garantire che i mutuanti agiscano in modo preventivo al fine di evitare la cronicizzazione dell'inadempimento.

Sempre nell'ambito degli obblighi relativi alla organizzazione

<sup>350</sup> Vi si precisa che costituisce pagamento ritardato quello effettuato tra il trentesimo giorno dalla scadenza della rata ed il centoottantesimo.

<sup>351</sup> Il cui testo è disponibile all'indirizzo internet [https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1163130/EBA-GL-2015-12\\_IT\\_GL+on+arrears+and+foreclosure.pdf/efaa4553-f341-46fa-a50c-587da13732c5](https://www.eba.europa.eu/documents/10180/1163130/EBA-GL-2015-12_IT_GL+on+arrears+and+foreclosure.pdf/efaa4553-f341-46fa-a50c-587da13732c5) ed il cui contenuto è stato trasposto in modo pressoché invariato.

aziendale rientra il dovere di garantire che il personale preposto all'interazione con i consumatori in difficoltà nel rispettare i termini di pagamento riceva una formazione specifica ed adeguata rispetto ai compiti svolti.

Quanto agli obblighi di comunicazione si stabilisce che l'interazione con il consumatore in difficoltà debba avvenire attraverso comunicazioni (in forma elettronica o cartacea) chiare e con l'utilizzo di un linguaggio comprensibile<sup>352</sup>.

Si prevede poi che il finanziatore debba collaborare con il consumatore per identificare le ragioni delle difficoltà incontrate da questi ed individuare, in tal modo, le misure da intraprendere per favorire il rimborso del finanziamento. Tale previsione si giustifica non solo alla luce della circostanza che il mutuante è creditore del consumatore e dunque l'unico soggetto legittimato a gestire i problemi che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del rapporto di credito, ma anche considerando la situazione di asimmetria che separa il consumatore dall'operatore del credito: squilibrio a sfavore del primo che induce l'ordinamento a prevedere l'intervento del secondo nel ricercare la soluzione della situazione di difficoltà nei pagamenti. Dal punto di vista negoziale questo non può che attuarsi attraverso una rimodulazione del contratto a favore del consumatore.

Al consumatore deve inoltre fornirsi assistenza, in particolare quando si ravvisino gli estremi dello stato di bisogno o di una situazione di debolezza particolare. Il riferimento – per citarne solo alcuni – è ai casi

<sup>352</sup> Anche nella fase esecutiva l'interazione con il consumatore deve essere dunque proporzionata agli obblighi di informazione, non eccessiva e rispettosa del principio di riservatezza. Il supporto informativo prescelto possiede inoltre i caratteri di quello durevole e ciò manifesta la scelta di garantire che i dati informativi trasmessi dal professionista al consumatore siano consultabili da quest'ultimo anche in una fase successiva del rapporto.

della perdita del posto di lavoro, della sopravvenuta invalidità, della malattia grave, del divorzio; tutti eventi che, riducendo la capacità reddituale e finanziaria del mutuatario, si ripercuotono sulla sua solvibilità.

Nello svolgimento di tale attività, la normativa secondaria onera il professionista di fornire al consumatore le informazioni relative al numero e all'importo complessivo dei pagamenti omessi o parziali e quelle inerenti agli oneri dovuti per i pagamenti omessi o inesatti. E' importante riflettere sul fatto che la normativa prevede che proprio il finanziatore debba comunicare le informazioni prima riferite al consumatore (solo) dopo avergli ricordato l'importanza della cooperazione per trovare una soluzione alla situazione di difficoltà.

Inoltre, in caso di ritardato pagamento (totale o parziale) di una rata per oltre 30 giorni, dovrà ricordargli – con apposita e tempestiva comunicazione scritta e con congruo anticipo rispetto all'avvio di procedure di recupero giudiziale del credito – delle conseguenze che potranno derivare a causa degli omessi pagamenti (ad esempio, l'applicazione degli interessi di mora, la possibilità di perdere il diritto di proprietà sul bene costituito in garanzia). Ancora, il professionista è tenuto ad informare il consumatore delle misure di sostegno pubbliche<sup>353</sup> o di quelle messe a punto in sede di autoregolamentazione<sup>354</sup> eventualmente disponibili.

Relativamente alla nostra indagine, la parte più rilevante delle prescrizioni contenute nel provvedimento della Banca d'Italia è quella relativa all'identificazione delle misure che il professionista può adottare al fine di far fronte alla situazione di difficoltà nei pagamenti in cui si trova il

<sup>353</sup> Si pensi al Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa istituito dalla legge n. 244, del 24 dicembre 2007 presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze e modificato successivamente dal D.M. n. 37, del 22 febbraio 2013.

<sup>354</sup> Come il «Percorso Famiglia» ideato dall'ABI insieme ad alcune associazioni dei consumatori che fino al 2014 ha assicurato la proroga fino ad un anno della sospensione dei mutui nel caso in cui si fossero verificati eventi pregiudizievoli per la capacità reddituale del mutuatario.

consumatore.

La normativa secondaria fornisce innanzitutto un accorgimento procedurale che rende la gestione della situazione di precarietà ispirata a finalità solidaristiche e alla protezione del soggetto debole del rapporto. Vi si prevede infatti che nel valutare le iniziative da assumere per venire incontro alle esigenze dei consumatori in difficoltà nel rispettare i termini di pagamento, il finanziatore debba tenere conto «delle circostanze personali, degli interessi, dei diritti e della capacità di rimborso del consumatore».

Tenendo a mente la necessità di assicurare a tali elementi la dovuta considerazione, il professionista potrà determinarsi a scegliere quale iniziativa assumere nell'alternativa rappresentata dal rifinanziamento totale o parziale del credito o dalla modifica delle condizioni del contratto di finanziamento.

In particolare le disposizioni di attuazione prevedono che le modifiche possono risolversi nell'estensione della durata del contratto; nella modifica della sua tipologia (« ad esempio, un contratto che prevede il rimborso contestuale, con ciascuna rata, di capitale e interessi può essere modificato convenendo, per un arco temporale predefinito, il solo pagamento degli interessi»); nel differimento totale o parziale del pagamento delle rate; nella rinegoziazione del tasso di interesse o nella sospensione temporanea del pagamento delle rate.

Sul finanziatore grava inoltre un obbligo di motivazione che consiste nel dovere di documentare le ragioni in base alle quali ha ritenuto adeguata l'assunzione di un'iniziativa rispetto alla circostanze individuali del consumatore<sup>355</sup>.

Se ciò vale per tali ipotesi che non necessariamente erano prevedibili

<sup>355</sup> Si prevede infine che debba provvedere alla conservazione di adeguata documentazione dei rapporti intrattenuti con i consumatori in difficoltà per almeno cinque anni dall'estinzione del rapporto.

al momento della conclusione del contratto, a maggior ragione deve ammettersi quando esse erano evidenziabili a seguito di uno scrutinio professionale della situazione del consumatore, scrutinio disatteso o eseguito non diligentemente dal mutuante.

#### **4.1. La “sollecitazione” alla revisione del contratto nel contesto della surrogazione nei contratti di finanziamento e del procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento: cenni.**

La possibilità di rinvenire un esplicito fondamento normativo per la rinegoziazione costituisce un'importante tutela per il consumatore considerate le criticità che la sua operatività incontra in altri contesti normativi di rilevanza privatistica.

Come è noto, infatti, nell'ordinamento italiano – a differenza di quello tedesco che lo contempla nel §313 BGB<sup>356</sup>, dedicato all'alterazione del fondamento negoziale – non sussiste un obbligo generale di rinegoziazione. Ed i casi in cui la dottrina lo ha rinvenuto, mutuandolo dai Principi Unidroit e dai Principi di diritto europeo dei contratti, attenuando la vincolatività del principio *rebus sic stantibus* e valorizzando le istanze di adeguamento, attengono ad ipotesi di sopravvenienze imprevedibili ed eccezionali alle quali si ritiene opportuno adeguare il contratto sulla base del dovere di correttezza<sup>357</sup>.

<sup>356</sup> Per una orientamento che valorizza la rilevanza della rinegoziazione nell'ordinamento tedesco specie alla luce della crisi finanziaria, si cfr. J. C. DASTIS, *Change of Circumstances (Section 313 BGB) Trigger for the Next Financial Crisis?*, in *European Review of Private Law*, 1/2015, p. 85 ss.

<sup>357</sup> Si cfr., senza pretese di completezza, F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; P. GALLO, *Revisione del contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, XVII, Torino, 1998; M.V. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2010; F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto europeo dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2002, p. 63 ss.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2/2005, p. 539 ss.; F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, V, 2, p. 495 ss.; T. MAUCERI, *Sopravenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, Catania, 2006; C. OCCHIPINTI, *Il Decreto Sviluppo 2011: rinegoziazione e portabilità dei mutui*, in *Immobili & proprietà*, 9/2011, p. 572 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2/2012, p. 774 ss.; F. TRUBIANI, *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2/2012, p. 133 ss.; Id., *La rinegoziazione contrattuale tra onere e obbligo per*

Se il rimedio della rinegoziazione è ritenuto espressamente praticabile nel caso di semplice difficoltà nei pagamenti da parte del consumatore, *a fortiori* deve essere ritenuto ammissibile nel caso in cui la conclusione del contratto di credito non sia stata proceduta da una esatta valutazione del merito creditizio del mutuatario.

Come si è già rilevato in più occasioni, il c. 3°, dell'art. 120 *undecies* t.u.b. vieta al finanziatore di risolvere il contratto di credito concluso con il consumatore e di apportarvi modifiche svantaggiose (si pensi all'innalzamento del tasso di interesse praticato per far fronte ad una restituzione più rischiosa della somma mutuata), «in ragione del fatto che la valutazione del merito creditizio è stata condotta scorrettamente o che le informazioni fornite dal consumatore prima della conclusione del contratto di credito (...) erano incomplete». Come si è già evidenziato, potrebbe essere contenuto proprio da tale previsione il rimedio di cui il legislatore italiano ha dotato il consumatore che nella negoziazione con il professionista si sia visto privare della possibilità di scegliere se concludere un contratto di credito alla luce di una corretta valutazione del proprio merito creditizio.

Se, come appare dall'art. 120 *undecies* t.u.b., il rapporto contrattuale non può quindi essere risolto né dal mutuante né dal mutuatario (a meno che non si voglia ritenere che la violazione di un obbligo precontrattuale possa legittimare una domanda di risoluzione, nei cui confronti comunque il consumatore non avrebbe interesse), è quanto mai opportuno che le parti

*le parti*, in *Obbligazioni e Contratti*, 6/2012, p. 447 ss.; F. P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *I Contratti*, 7/2012, p. 571 ss.; Id., *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 120 ss., nota a Trib. Bari, 31 luglio 2012, *ivi*, p. 117 ss.; S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 1/2016, p. 179 ss.; L. CASTELLI, *L'obbligo di rinegoziazione*, in *I Contratti*, 2/2016, p. 185 ss.; E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2016, p. 801 ss.; E. GABRIELLI, *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Jus civile*, 2013.

rivalutino le condizioni contrattuali pattuite, per adeguarle all'effettivo merito creditizio del consumatore attraverso uno degli strumenti indicati dalle disposizioni di attuazione dell'art. 120 *quinquiesdecies* del t.u.b.

Rimane problematico individuare i rimedi esperibili dal consumatore nel caso in cui il finanziatore non si renda disponibile a rinegoziare il contenuto delle condizioni contrattuali. E' noto che oltre al rimedio risarcitorio, parte della dottrina ha riconosciuto, non senza critiche<sup>358</sup>, la possibilità di agire in giudizio *ex art. 2932 c.c.*

Senza prendere una posizione nettamente favorevole nei confronti del ricorso a tale strumento, per gli effetti limitativi che comporta sull'autonomia negoziale e per la discrezionalità che attribuisce al giudice, si rileva che nel contesto del credito immobiliare il finanziatore potrebbe essere stimolato nei confronti di una rinegoziazione dalla previsione della facoltà di surrogazione concessa dall'art. 120 *quater* t.u.b. E di tale circostanza ha preso atto anche il legislatore che, al c. 5. del medesimo articolo, attribuisce al finanziatore originario la facoltà di pattuire la variazione senza spese delle condizioni del contratto di credito mediante scrittura privata anche non autenticata, tutte le volte in cui il debitore intenda avvalersi della facoltà di surrogazione.

Un ulteriore argomento a favore della rinegoziazione viene dalla normativa interna di composizione della crisi da sovraindebitamento<sup>359</sup> che, come noto, consente al consumatore la possibilità di presentare un piano (c.d. piano del consumatore) di rientro della sua esposizione debitoria senza la necessità di ottenere un consenso da parte di tutti i creditori e che

<sup>358</sup> Si v., in particolare, M.V. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2010; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 539 ss.; G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, cit., p. 774 ss.

<sup>359</sup> Introdotta dalla legge del 27 gennaio 2012, n. 3 (Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento.) e successive modificazioni, pubblicata nella *G.U.* n. 24 del 30 gennaio 2012.

potrebbe risolversi nella liberazione (parziale) dalle proprie obbligazioni.

La percorribilità di tale strumento, che per i limiti imposti al presente lavoro non può essere analizzata nel dettaglio, dimostra che l'apparato rimediale approntato al consumatore, prescindendo dalla sede in cui i singoli rimedi devono essere ricondotti a livello dogmatico (quelli propriamente contrattuali come le invalidità, la domanda di risoluzione, quella di adempimento e quella risarcitoria; o, diversamente, quelli che non incidendo su un contratto determinato si risolvono in strumenti di regolamentazione dell'insolvenza civile), realizza un quadro di riferimento potenzialmente adeguato alla tutela degli interessi ritenuti di volta in volta meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento.

## BIBLIOGRAFIA

A.A. V.V., *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, *Le Ricerche*, Milano, 2016.

ABBADESSA P., *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, Milano, XXIX, 1970, p. 529 ss.

AGABITINI C., *Debito sovrano e accesso al credito. Recenti proposte di riforma del diritto italiano delle garanzie mobiliari alla luce dei precedenti in diritto interno e comparato*, in *Rivista critica del diritto privato*, 3/2015, p. 413 ss.

ALBANESE A., *La violazione degli obblighi informativi nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *La Responsabilità Civile*, 10/2009, 10, p. 830 ss.

ALESSI R., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo e opzionale*, in *Europa e diritto privato*, 2/2013, p. 311 ss.

ALPA G., *Pretese del creditore e normativa di correttezza*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1971, II, p. 277 ss.

ALPA G., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, I, p. 611 ss.

ALPA G., *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Rivista di diritto civile*, 6/2006, p. 351 ss.

ALPA G., *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2008, p. 894 ss.

ALPA G.-GAGGERO P., *Profili generali dei contratti del consumatore per la fruizione di servizi bancari, finanziari, di investimento ed assicurativi*, in *Istituti di diritto civile*, collana diretta da Guido Alpa, *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, 2014, p. 827 ss.

ASTONE M., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e diritto privato*, 1/2014, p. 1 ss.

ASTONE M., *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 83 e d.lgs. 21/02/2014 n. 24. Ambito applicativo: I contratti standard di servizi di assistenza legale*, in *Europa e diritto privato*, 3/2015, p. 671 ss.

ASTONE M., *Tutela del consumatore, obblighi di informazione e "contratti diversi": evoluzioni e prospettive dopo la direttiva 2011/83/UE e il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 24*, in *Scritti in onore di Gaetano Salvemini*, Torino, 2016, p. 69 ss.

AZADI G., *Valutazione del merito creditizio, adeguatezza delle sanzioni e tutela microeconomica dei consumatori*, in *Giurisprudenza italiana*, 2/2015, p. 285 ss.

AZZARRI F., *Contratti finanziari e categorie civilistiche*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, I, p. 13 ss.

BARASSI L., *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, 1964.

BARENGHI A., *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017.

BARTOLOMUCCI P., *Art. 4 Definizioni*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di Pietro Sirena, Milano, 2016, p. 151 ss.

BENATTI F., *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.*, 1960, p. 1342 ss.

BERTI DE MARINIS G., *Formalismo nel credito al consumo*, in *Consumatori oggi*, collana diretta da M. Bessone e P. Perlingeri, *La tutela dei consumatori nella posizioni di debito e credito* a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella ed L. Mezzasomma, 2010, p. 167 ss.

BERTOLINI A., *La tutela del debitore inadempiente nella disciplina europea dei mutui ipotecari. Eterogenesi dei fini, errori prospettici ed aporie alla luce dell'analisi economica del diritto*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2/2016, p. 327 ss.

BIANCA C.M., *Diritto civile*<sup>2</sup>, III, *Il contratto*, Milano, 2000.

BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, 1988, II, p. 154 ss.

BOITI C., *Il principio del prestito responsabile del creditore ed il dovere di informazione del consumatore*, *Consumatori oggi*, collana diretta da M. Bessone e P. Perlingeri, *La tutela dei consumatori nella posizioni di debito e credito* a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella ed L. Mezzasomma, 2010, p. 425 ss.

BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*<sup>4</sup>, Milano, 2014.

BOZZI G., *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, *Obbligazioni, Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, p. 35 ss.

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

BRECCIA U., *Le obbligazioni*, nel *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1991, p. 355 ss.

BRODI E., *Dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere: l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1/2011, p. 246 ss.

BUSNELLI F., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Rivista di diritto civile*, 5/2001, p. 537 ss.

CALVO R., *Le azioni e le omissioni ingannevoli: il problema della loro sistemazione nel diritto patrimoniale comune*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2007, p. 71 ss.

CALVO R., *Circolazione dei modelli giurisprudenziali in Europa: il caso degli «obblighi di protezione» (un'importazione – utile? – dalla Germania all'Italia)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2010, p. 1 ss.

CALVO R., *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Il corriere giuridico*, 6/2015, p. 823 ss.

CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto privato europeo. Breve excursus sul "contraente debole"*, in *Europa e diritto privato*, 4/2008, p. 831 ss.

CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbligazioni e Contratti*, 6/2010, p. 408 ss.

CAMARDI C., *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul codice del consumo*, in *Jus civile*, 6/2013, p. 305 ss.

CAMARDI C., *Mutuo bancario con piano di ammortamento "alla francese", nullità delle clausole sugli interessi e integrazione giudiziale*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1/2015, p. 51 ss.

CAMILLERI E., *Qualità pubblicizzate e affidamento del consumatore. Spunti per il caso Dieselgate?*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 5/2016, p. 704 ss.

CANARIS C.W., *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in *Juristen Zeitung*, 1965, p. 475 ss.

CANARIS C.W., *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, p. 567 ss. (trad. a cura di A. Di Majo e M. R. Marella).

CAPOBIANCO E., *Gli obblighi di protezione nella contrattazione bancaria*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2010, p. 32 ss.

CAPRIGLIONE F., *Cooperazione di credito e «finanza etica»*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 21 ss.

CARBONE V., *Art. 1175 – Comportamento secondo correttezza*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Delle obbligazioni*, Torino, 2012, p. 76 ss.

CARRIERO G., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee di indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, in A.A. V.V. *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 41 ss.

CARRIERO G., *La riforma del credito ai consumatori e le nuove policies di tutela del risparmiatore nel settore bancario*, in *Europa e diritto privato*, 2/2011, p. 505 ss.

CARRIERO G.-MACARIO F., *Il credito bancario al consumo*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano, 2016, p. 1518 ss.

CARRIERO V., *Art. 35, Abilitazione e vigilanza degli enti non creditizi*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di Pietro Sirena, Milano, 2016, p. 532 e ss.

CARUSI F., *Correttezza (obblighi di)*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962, p. 709 ss.

CASTELLI L., *L'obbligo di rinegoziazione*, in *I Contratti*, 2/2016, p. 185 ss.

CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 123 ss.

CASTRONOVO C., *L'avventura delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, p. 21 ss.

CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica*, XXI, Roma, 1990.

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.

CASTRONOVO C., *Diritto privato generale e diritti secondi, la ripresa di un tema*, in *Europa e diritto privato*, 2/2006, p. 397 ss.

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*<sup>3</sup>, Milano, 2006.

CATAUDELLA A., *Nota breve sulla «fattispecie»*, in *Rivista di diritto civile*, 2/2015, p. 245 ss.

CATERINI E. *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento "finalizzato"*, in *Consumatori oggi*, collana diretta da M. Bessone e P. Perlinger, *La tutela dei consumatori nella posizioni di debito e credito* a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella ed L. Mezzasomma, 2010, p. 37 ss.

CATERINI E., *La trasparenza bancaria*, in *I contratti bancari*, a cura di Ernesto Capobianco, Milano, 2016, p. 135 ss.

CESARO M.V., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2010.

CIAN M., *L'informazione nella prestazione dei servizi d'investimento: gli obblighi degli intermediari*, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti del mercato finanziario*<sup>2</sup> a cura di E. Gabrielli e R. Lener, 2011, p. 213 ss.

CICERO C., *Regole di validità e regole di responsabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, agg. IX, Torino, 2014, p. 539 ss.

CLARIZIA R., *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1982, I, p. 580 ss.

COMPORITI M., *Rischio professionale della banca e responsabilità extracontrattuale*, in *Funzione bancaria e responsabilità della banca*, a cura di S. Maccarone e A. Nigro, Milano, 1981.

CORDOPATRI S., *Art. 2 - Livello di armonizzazione*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di Pietro Sirena, Milano, 2016, p. 123 ss.

COSTA A., *La nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *I contratti del consumatore*, *Istituti di diritto civile*, a cura di Guido Alpa, Milano, 2014, p. 913 ss.

COSTANZA M., *Il correttivo della buona fede nella nuova fisionomia del contratto*, in *Il diritto privato nella giurisprudenza. I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, 2004, I, p. 739 ss.

D'AMICO G., *Note in tema di clausole generali*, in *In Iure Praesentia*, 1989, p. 427 ss.

D'AMICO G., «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996.

D'AMICO G., *Comportamento del creditore, Mora accipiendi*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, *Obbligazioni, Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2009, p. 203 ss.

D'AMICO G., *Credito al consumo e principio di relatività degli effetti contrattuali* (considerazioni “inattuali” su collegamento negoziale e buona fede), in *I Contratti*, 7/2013, p. 712 ss.

D'AMICO G., *La vendita immobiliare (un ventennio di interventi normativi)*, in *I Contratti*, 1/2017, p. 87 ss.

DALLA MASSARA T., *Obbligo del creditore di valutare la solvibilità del debitore: la Corte di Giustizia sulla sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali prevista nell'ordinamento francese*, in *Diritto civile contemporaneo*, 3/2014, reperibile su [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com)

DASTIS C., *Change of Circumstances (Section 313 BGB) Trigger for the Next Financial Crisis?*, in *European Review of Private Law*, 1/2015, p. 85 ss.

DE BIASE P., *Fonte di un comportamento dovuto e (mera) qualificazione della fattispecie contrattuale*, in *Obbligazioni e contratti*, 1/2010, p. 24 ss.

DE CHIARA R., *Art. 124 bis*, nel *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*<sup>3</sup>, diretto da F. Capriglione, III, Padova, 2012, p. 1874 ss.

DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione “completa” delle disposizioni nazionali concernenti “taluni aspetti” dei “contratti di credito ai consumatori”*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2008, p. 255 ss.

DE CRISTOFARO G., *Le conseguenze privatistiche della violazione del divieto di pratiche commerciali sleali: analisi comparata delle soluzioni accolte nei diritti nazionali dei Paesi UE*, in *Rassegna di diritto civile*, 3/2010, p. 880 ss.

DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 11/2010, p. 1041 ss.

DE CRISTOFARO G., *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, nel *Trattato dei contratti* di Vincenzo Roppo, *Mercati regolati*, V, Milano 2014, p. 1 ss.

DE CRISTOFARO G.-OLIVIERO F., *I contratti di credito ai consumatori*, nel *Trattato dei contratti* di V. Roppo, *Mercati regolati*, V, Milano, 2014, p. 293 ss.

DE NOVA G., *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.

DE NOVA G., *Frazionamento e aggregazione nei contratti alla luce del diritto comunitario*, in *I Contratti*, 1/1995, p. 106 ss.

DE POLI M., *Servono ancora “i raggiri” per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Rivista di diritto civile*, 6/2004, p. 911 ss.

DE POLI M., *Gli obblighi gravanti sui creditori nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 55 ss.

DEL PRATO E., *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 3/2016, p. 801 ss.

DI BLASI F.U., *Il libro delle obbligazioni. Parte generale*, in *Commento al nuovo codice civile italiano*<sup>2</sup>, Milano, 1950.

DI DONNA L., *I rimedi nella fase precontrattuale*, in *I contratti del consumatore*, *Istituti di diritto civile*, a cura di Guido Alpa, Milano, 2014, p. 297 ss.

DI FLORIO N., *Il ruolo della buona fede nell'ermeneutica contrattuale e l'interpretazione funzionale del contratto*, in *Rassegna di diritto civile*, 3/2015, p. 1052 ss.

DI MAJO A., *La rielaborazione del diritto delle obbligazioni nella Germania Federale*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1/1983, p. 167 ss.

DI MAJO A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, p. 539 e ss.

DI MAJO A., *Delle obbligazioni in generale*, nel *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, a cura di F. Galgano, *sub art. 1175*, Bologna-Roma, 1988, p. 284 ss.

DI MAJO A., *La nullità*, nel *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, *Il contratto in generale*, VII, Torino, 2002, p. 31 ss.

DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*<sup>4</sup>, III, Milano, 2003.

DOLMETTA A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013.

FALCONE G., “*Prestito responsabile*” e valutazione del merito creditizio, in *Giurisprudenza commerciale*, 1/2017, p. 147 ss.

FALZEA A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947 (rist. 2011).

FANTETTI F.R., *Obblighi di diligenza e professionalità dell'intermediario finanziario a fronte della qualità di cliente professionale dell'investitore*, in *La Responsabilità Civile*, 11/2011, p. 735 ss.

FARACE D., *Art. 1 – Oggetto*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di Pietro Sirena, Milano, 2016, p. 116 ss.

FAVALE R.-FEOLA M.-PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016.

FERRARI V.-LAGHI P., *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2012.

FERRETTI I., *Contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali: prime osservazioni sulla direttiva 2014/17/UE*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2/2014, p. 863 ss.

FERRI G., *La diligenza del banchiere*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1958, I, p. 1 ss.

FERRI G., *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1963, I, p. 411 ss.

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968.

FORCELLINI F.-IULIANI A., *Le clausole generali tra struttura e funzione*, in *Europa e diritto privato*, 2/2013, p. 395 ss.

FRAGALI M., *Finanziamento*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.

FRANCISSETTI BROLIN M.M., *L'art. 124-bis del TUB e gli incerti riflessi civilistici del c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo: dalla culpa in contrahendo ai vizi del volere*, in *Contratto e Impresa/ Europa*, 2/2014, p. 541 ss.

FRANCISSETTI BROLIN M.M., *Ancora sul c.d. «merito creditizio» nel credito al consumo. Chiose a margine di una recente decisione comunitaria*, in *Contratti e Impresa/Europa*, 1/2015, p. 357 ss.

FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto*, ne *Il codice civile, Commentario*, fondato da P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 171 ss.

FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 1/1999, p. 83 ss.

FRANZONI M., *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 3/2015, 587 ss.

FUSARO A., *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di Pietro Sirena, Milano, 2016, p. 17 ss.

GABRIELLI E., *Il contratto e le sue classificazioni*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, II, p. 705 ss.

GABRIELLI E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Rivista di diritto civile*, 2/2003, p. 91 ss.

GABRIELLI E., *Contratto e operazione economica*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, agg. VI, Torino, 2011, p. 243 ss.

GAGGERO P., *Profili della responsabilità civile della banca*, in *I contratti dei risparmiatori*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2013, p. 221 ss.

GALASSO A., *Le situazioni soggettive nei contratti di credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1988, I, p. 67 ss.

GALGANO F., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 1/2008, p. 1 ss.

GALLO P., *Revisione del contratto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XVII, Torino, 1998.

GANDOLFI G., *I contratti bancari nel «codice europeo dei contratti»*, in *Europa e diritto privato*, 1/2007, p. 291 ss.

GARDELLA TEDESCHI B., *Mutuo (contratto di)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1994, XI, p. 537 ss.

GENOVESE A., *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2/2011, p. 200 ss.

GENOVESE A., *Contratti bancari e disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Milano, 2016, p. 375 ss.

GIOIA G., *Tutela giurisdizionale dei contratti del mercato finanziario*, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti del mercato finanziario*<sup>2</sup>, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, 2011, p. 53 ss.

GIORGIANNI M., *L'obbligazione: La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968.

GITTI G., *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Rivista di diritto civile*, 5/2008, I, p. 491 ss.

GODANO G., *Nuove direttive comunitarie sulle società di investimento nel settore dei valori mobiliari*, in *Foro italiano*, IV, c. 165 ss.

GRISAFI R., *Credito ai consumatori e beni immobili residenziali: la nuova direttiva mutui tra ragioni di omogeneità comunitaria e questioni di eterogeneità nazionale (parte I)*, in *Studium iuris*, 6/2015, p. 655 ss.; *(parte II)* in *Studium iuris*, 7-8/2015, p. 796 ss.

GROSSO G., *Osservazioni in tema di recesso della banca e clausola generale di buona fede*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2010, II, p. 229 ss.

GRUNDMANN S., *L'autonomia privata nel mercato interno: regole di informazione come strumento*, in *Europa e diritto privato*, 2/2001, p. 257 ss.

GRUNDMANN S., *The Banking Union Translated into (Private Law) Duties: Infrastructure and Rulebook*, in *European Business Organization Law Review*, 2015, p. 357 ss.

GUADAGNO S., *Violazione degli obblighi di condotta da parte dell'intermediario finanziario: lo stato dell'arte dopo le sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, II, p. 293 ss.

HADJIEMMANUIL C., *The Banking Union and Its Implications for Private Law: A Comment*, in *European Business Organization Law Review*, 2015, p. 383 ss.

IRTI N., *La crisi della fattispecie*, in *Rivista di diritto processuale*, 1/2014, p. 36 ss.

IURILLI C., *Il credito ai consumatori*, in *La disciplina dei rapporti bancari*, a cura di Fiorucci, Padova, 2012, p. 461 ss.

IURILLI C., *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile*, in *Studium iuris*, 5/2014, p. 546 ss.

KÖNIG C., *The creation of an internal market for mortgage loans: A never ending story?*, in *European Policy Analysis*, 2/2013, p. 1 ss.

KÖPCKE G., *Typen der positiven Vertragsverletzung*, Stuttgart, 1965.

LAMBO L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

LANDINI S., *Obblighi di documentazione informativa e responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 11/2008, p. 107 ss.

LANDINI S., *Vincolatività dell'accordo e clausole di rinegoziazione. L'importanza della resilienza delle relazioni contrattuali*, in *Contratto e impresa*, 1/2016, p. 179 ss.

LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1982, p. 297 ss.

LAROCCA S., *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, in *La tutela dei consumatori nella posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella ed L. Mezzasomma, Napoli, 2010, p. 231 ss.

LAS CASAS A., “*Informazioni generali*” e “*informazioni personalizzate*” nella nuova direttiva sui mutui ipotecari ai consumatori, in *Persona e mercato – Attualità*, 1/2015, p. 251 ss.

LIBERTINI M. *La tutela della libertà di scelta del consumatore e i prodotti finanziari*, in *Agcm*, 2010, p. 1 ss.

LOLLI A., *La crisi delle banche ed i possibili rimedi tra patrimonio di vigilanza e regole di trasparenza*, in *Contratto e impresa*, 1/2013, p. 158 ss.

LUCANTONI P., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, nel *Trattato dei contratti*<sup>2</sup>, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, p. 239 ss.

LUISE S. *Il dovere di correttezza dell'intermediario finanziario*, in *Obbligazioni e contratti*, 10/2010, p. 696 ss.

LUPOI A., *Circolazione e contrabbando del rischio nei subprime loan*, in *Rivista di diritto bancario*, 12/2015, p. 1 ss.

LUPOI A., *La direttiva 17/2014, il mercato del credito immobiliare e la consulenza al credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2/2016, p. 234 ss.

LUPOI A., *Le direttive non vanno prese alla lettera (breve nota alla direttiva 2014/17/UE)*, in *Rivista di diritto bancario*, 3/2016, p. 1 ss.

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

MACARIO F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto europeo dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2002, p. 63 ss.

MACARIO F., *Le sopravvenienze*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, V, 2, p. 495 ss.

MACARIO F., *Il percorso dell'armonizzazione nel credito al consumo: conclusione di un iter ultraventennale?*, in *La nuova disciplina del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 1 ss.

MACARIO F., *Il credito al consumo*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, *Obbligazioni, I contratti*, 2009, p. 899 ss.

MAFFEIS D., *Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l'estensione del modello al credito ai consumatori*, in *I Contratti*, 1/2005, p. 11 ss.

MAJELLO U., *Custodia e deposito*, Napoli, 1958.

MANDRIOLI C.-CARRATTA A., *Diritto processuale civile*<sup>23</sup>, III, Torino, 2014.

MARASCO P.G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2/2005, p. 539 ss.

MARICONDA V., *Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di swap*, in *Corriere giuridico*, 8/2001, p. 1066 ss.

MARICONDA V., *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle sezioni unite*, in *Il corriere giuridico*, 5/2007, 631 ss.

MARINO G., *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2014, p. 137 ss.

MARSEGLIA C., *La disciplina dell'ipoteca nel diritto privato comparato*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di Pietro Sirena, Milano, 2016, p. 44 ss.

MASSA F., *Le finalità delle disposizioni normative in tema di pubblicità e marketing*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di Pietro Sirena, Milano, 2016, p. 247 ss.

MAUCERI T., *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, Catania, 2006.

MAUGERI M., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, II, p. 477 ss.

MAUGERI M.-PAGLIANTINI S., *Il credito ai consumatori*, nella collana *Quaderni di banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 2013.

MAZZAMUTO S., *Mutuo di scopo*, in *Enciclopedia giuridica*, V, Roma, 1990.

MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e diritto privato*, 3/2010, p. 601 ss.

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*<sup>2</sup>, Torino, 2015.

MAZZAMUTO S.-PLAIA A., *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012.

MELI V., *Le pratiche commerciali scorrette nella relazione banca-cliente*, in *Nuove regole per le relazioni tra banca e cliente. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011.

MENGONI L., *L'oggetto dell'obbligazione*, in *Jus*, 1/1952, p. 156 ss.

MENGONI L., *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, I, II, III, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, I, p. 185-209; p. 280-304; p. 366 ss.

MENGONI L., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1984, p. 507 ss.

MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1986, p. 9 ss.

MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, p. 1 ss.

MESSINETTI D., *I principi generali dell'ordinamento. Il pluralismo delle forme del linguaggio giuridico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2002, p. 7 ss.

MICKILITZ H.W., *Il consumatore: mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 3/2016, p. 859 ss.

MINERVINI E., *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. Di Nella ed L. Mezzasomma, Napoli, 2010, p. 57 ss.

MIRONE A., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: Istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 5/2010, p. 557 ss.

MIRRIONE M., *Il rapporto tra autonomia privata e norme di vigilanza nella disciplina del credito fondiario*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2015, p. 209 ss.

MODICA L., *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e diritto privato*, 3/2009, p. 785 ss.

MODICA L. *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2/2012, p. 492 ss.

MODICA L., *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012.

MODICA L., *Art. 124 t.u.b.*, nel *Commentario breve al diritto dei consumatori*<sup>2</sup>, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2013, p. 1708 ss.

MODICA L., *Tutela del sovraindebitamento incolpevole (L. 3/2012) o sanzione per omessa verifica del merito creditizio (art. 124 TUB)? Il “piano del consumatore” in funzione punitiva*, in *Diritto civile contemporaneo* (sito web), 2/2014, p. 1 ss.

MÖLLER C., *§ 491 BGB Verbraucherdarlehensvertrag*, in *Beck'sher Online- Kommentar BGB*, 2016, Bamberger/Roth, 40 Edition.

MONTINARO R., *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 6/2015, p. 781 ss.

MUCCIARONE G., *Finanziamenti: istruttoria del credito e monitoraggio del cliente*, nel *Trattato dei contratti* di Vincenzo Roppo, *Mercati regolati*, 2014, p. 781 ss.

MUCCIARONE G., *La trasparenza bancaria*, nel *Trattato dei contratti*, a cura di V. Roppo, *Mercati regolati*, V, Milano, 2014, p. 663 ss.  
*mutui ipotecari ai consumatori*, in *Persona e Mercato – Attualità*, 1/2015 p. 251 ss.

NATOLI R., *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *I Contratti*, 5/2010, p. 524 ss.

NATOLI R., *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012.

NATOLI R., *Regole di validità e regole di responsabilità tra diritto civile e nuovo diritto dei mercati finanziari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2/2012, p. 165 ss.

NATOLI R., *Art. 124 bis t.u.b.*, nel *Commentario breve al diritto dei consumatori*<sup>2</sup>, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2013, p. 1712 ss.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, nel *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1974, I.

NICOLUSSI A., *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano, 2015, VIII, p. 659 ss.

NIVARRA L., *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 1/2014, p. 45 ss.

NIVARRA L., *Brevi considerazioni a margine dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sui «danni punitivi»*, in *Diritto civile contemporaneo*, 30 gennaio 2017.

NUZZO M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?* in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo, Milano 2007, p. 238 ss.

OCCHIPINTI C., *Il Decreto Sviluppo 2011: rinegoziazione e portabilità dei mutui*, in *Immobili & proprietà*, 9/2011, p. 572 ss.

OMLOR S., *Die Wohnimmobilienkreditrichtlinie und ihre Umsetzung in Deutschland*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 3/2017, p. 112 ss.

OMLOR S., *Neuregelung der Finanzierung von Wohnimmobilien*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 23/2017, p. 1633 ss.

PAGLIANTINI S., *Neoformalismo*, in *Enciclopedia del diritto*, 2011, Milano, V, p. 791 ss.

PAGLIANTINI S., *Trasparenza contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2012, V, p. 1280 ss.

PAGLIANTINI S., *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2/2014, p. 523 ss.

PAGLIANTINI, S. *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo Radlinger aspettando le clausole floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 Code civil)*, in *I Contratti*, 11/2016, p. 1029 ss.

PATTI, F.P., *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *I Contratti*, 7/2012, p. 571 ss.

PATTI F.P., *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, I, p. 120 ss.

PATTI F.P., *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto e impresa*, 6/2015, p. 1423 ss.

PELLECCHIA E., *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012.

PELLECCHIA E., *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"?*, in *Nuove leggi civili commentate*, 5/2014, p. 1088 ss.,

PELLECCHIA E., *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2/2016, p. 206 ss.

PELLEGRINO S., *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori (d.lg. 13.8.2010, n. 141)*, in *Obbligazioni e contratti*, 2/2011, p. 125 ss.

PELLEGRINO S., *Le disposizioni attuative in materia di credito al consumo*, in *Obbligazioni e contratti*, 4/2011, p. 296 ss.

PERRINO M., *Sovraindebitamento e "discharge": suggestioni, illusioni e pentimenti*, in *Foro italiano*, I, 2015, p. 330 ss.

PIEPOLI G., *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1/2013, p. 38 ss.

PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

POLICELLA E.O., *Il codice deontologico sui sistemi di informazione creditizia*, in *Danno e responsabilità*, 3/2005, p. 263 ss.

PONCIBO' C., *Credito al consumo e collegamento negoziale, in Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e rimedi del diritto privato europeo*, a cura di O. M. Calliano, Torino, 2013 p. 158 ss.

PORZIO M., *Banca e attività bancaria*, in *Enc. dir.*, Milano, 2000, agg. IV, p. 157 ss.

PRINCIPE A., *La stabilità finanziaria presupposto per la sicurezza: un obiettivo ancora possibile?*, in *Contratto e impresa*, 6/2016, p. 1308 ss.

PROSPERI F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2008, p. 936 ss.

PUGLIATTI S., *L'ordinamento corporativo e il Codice civile*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1942, I, p. 358 ss.

PUGLIATTI S., *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452 ss.

PUGLIESE G., *Relazione sul libro delle obbligazioni*, in *Annali di diritto comparato e studi legislativi*, 1950, XXIV, p. 176 ss.

QUADRI E., *La rettifica del contratto*, Milano, 1973.

RABITTI M., *La qualità di "consumatore-cliente" nella giurisprudenza e nelle decisioni dell'arbitro bancario finanziario*, in *Contratti e impresa*, 1/2014, p. 201 ss.

RAVAZZONI A., *Diligenza*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989.

REICH N., *Harmonization of European contract law: with special emphasis on consumer law*, in *China-EU Law Journal*, 1/2011, p. 55 ss.

RENDE F., *Le regole di informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2/2012, p. 185 ss.

RENDE F., *Obblighi di informazione e giudizio di gravità dell'inadempimento*, in *I Contratti*, 5/2014, p. 457 ss.

RESCIGNO P., *Appunti sulle "clausole generali"*, in *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1998, I, p. 1 ss.

RODOTÀ S., *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano, 1964, p. 539 ss.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965.

RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1987, p. 709 ss.

ROMEO F., *Contratti asimmetrici, codici di settore e tutela del contraente debole*, in *Obbligazioni e contratti*, 6/2012, p. 440 ss.

ROPPO V., *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Rivista di diritto privato*, 4/2004, p. 747 ss.

ROPPO V., *La tutela dei risparmiatori fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & Tango bond)*, in *Danno e responsabilità*, 6/2005, p. 604 ss.

ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Id.*, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005.

ROPPO V., *Nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e responsabilità*, 5/2008, p. 536 ss.

RORDORF R., *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Le società*, 3/2008, p. 269 ss.

ROTH M., § 491 BGB, *Bankrechts-Kommentar*, 2016, II, 15, p. 802 ss.

ROTT P., *Die neue Immobiliarkredit-Richtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, in *Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht*, 1/2015, p. 8 ss.

RUMI T., *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*, in *I Contratti*, 10/2014, p. 873 ss.

RUMI T., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *I Contratti*, 1/2015, p. 70 ss.

SACCO R., *Nullità e annullabilità*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XII, Torino, 1995, p. 293 ss.

SALANITRO N., *Le banche e i contratti bancari*, nel *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Filippo Vassalli, Torino, 1983, VIII, 3.

SALANITRO U., *Violazione delle regole di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 9/2007, p. 1005 ss.

SALANITRO U., *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2008, I, p. 445 ss.

SALANITRO U., *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto Aquis*, in *Europa e diritto privato*, 1/2009, p. 59 ss.

SALVI C., *La responsabilità civile*, nel *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 1998.

SANTOCCHI V., *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporti contrattuali tra intermediario e cliente*, nel *Trattato dei contratti*<sup>2</sup>, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, p. 281 ss.

SCARPA A.-FORTUNATO G., *Banche e responsabilità civile*, Milano, 2008.

SCHIAVONE G., *La violazione degli obblighi di informazione tra «regole di comportamento» e «regole di validità»*, in *Obbligazioni e contratti*, 11/2007, p. 918, ss.

SCHÜRNBRAND J., *Die Richtlinie über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher*, in *Zeitschrift für Banckrecht und Bankwirtschaft*, 3/2014, p. 168 ss.

SCODITTI E., *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro Italiano*, 2008, I, c. 785 ss.

SCODITTI E., *Pubblicità e responsabilità precontrattuale nei contratti bancari*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 3/2012, p. 351 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *I danni punitivi e le funzioni della responsabilità civile*, in *Corriere giuridico*, 7/2016, p. 912 ss.

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2/2012, p. 774 ss.

SIMIONATO A., *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 183 ss.

SIMIONATO A., *Art. 121 t.u.b. (par. I)*, nel *Commentario breve al diritto dei consumatori*<sup>2</sup>, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2013.

SIMONETTO E., *I contratti di credito*, Padova, 1953.

SIRENA P., *L'obbligo di protezione a carico di chi si ingerisce nell'altrui sfera giuridica e la restituzione del profitto ingiustificato*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1/2010, p. 9 ss.

SIRENA P., *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di Pietro Sirena, Milano, 2016, p. 1 ss.

SIRENA P.-FARACE D., *I contratti bancari del consumatore*, in *I contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, nel *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Milano, 2016, p. 226 ss.

SOMMA A., *Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell'economia del debito*, in *Contratto e impresa*, 1/2016, p. 124 ss.

STANCA S., *Informazioni ingannevoli e rimedi contrattuali: profili ricostruttivi*, in *Rassegna di diritto civile*, 1/2014, p. 204 ss.

STAUB H., *Die positiven Vertragsverletzungen*, Guttentag, Berlin, 1903.

STOLFI G., *Il principio di buona fede*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1964, I, p. 163 ss.

STOLL H., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1932, p. 257 ss.

TAMBURINO E., *Premessa*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, a cura di P. Sirena, Milano, 2016, p. 242 ss.

TARDIA I., *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, in *Rassegna di diritto civile*, 3/2004, p. 724 ss.

TOMMASI S., *Unione europea e contratti di credito relativi ad immobili residenziali*, in *I Contratti*, 10/2011, p. 956 ss.

TOMMASINI D., *Art. 21 T.U.F.*, nel *Commentario breve al diritto dei consumatori*<sup>2</sup>, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria, Padova, 2013, p.1801 ss.

TOMMASINI R., *Nullità (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1978, p. 859 ss.

TORINO R., *I contratti del consumatore nella prospettiva europea*, in *Istituti di diritto civile*, collana diretta da Guido Alpa, *I contratti del consumatore*, a cura di G. Alpa, 2014, p. 51 ss.

TRUBIANI F., *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2/2012, p. 133 ss.

TRUBIANI F., *La rinegoziazione contrattuale tra onere e obbligo per le parti*, in *Obbligazioni e Contratti*, 6/2012, p. 447 ss.

TUCCI A., “*Servizio*” e “*contratto*” nel rapporto fra intermediario e cliente, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di G. Gabrielli-P. Rescigno, nel *Trattato dei contratti* diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, 2011, 181 ss.

VAN ERP S. – AKKERMANS B., *Public or private harmonisation of EU mortgage market?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1/2013, p. 43 ss.

VELLUZZI V., *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

VENUTI M.C., *Le clausole generali di correttezza, diligenza e trasparenza nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, in *Europa e diritto privato*, 4/2000, p. 1049 ss.

VETTORI G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, p. 242 ss.

VILLANACCI G., *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2013, p. 917 ss.

VISCONTI G., *La disciplina del credito immobiliare ai consumatori introdotta nel T.U.B. dal D.Lgs. n. 72/2016*, in *Immobili&proprietà*, 8-9/2016, p. 489 ss.

VON STAUDINGER J.-FREITAG R., §§ 488-490, in *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB*, 2015, II, *Recht der Schuldverhältnisse*.

WAGNER H., *Is harmonization of legal rules an appropriate target? Lessons from the global financial crisis*, in *European Journal of Law and Economics*, 33/2012, p. 541 ss.

ZANARDO A., *La Suprema Corte si pronuncia sulla responsabilità da prospetto*, in *La Responsabilità Civile*, 11/2012, p. 801 ss.

ZENO ZENCOVICH V., *Informazione (profili civilistici)*, in *Dig. disc. priv.*, 1993, IX, p. 420 ss.

ZOPPINI A., *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1/2012, p. 26 ss.

ZOPPINI A., *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai «codici di settore» (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche)*, in *Rivista di diritto civile*, 1/2016, p. 136 ss.

ZORZI N., *Le pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori negli orientamenti dell'Autorità garante della Concorrenza e del mercato*, in *Contratto e impresa*, 2/2010, p. 443 ss.

ZORZI N., *Sulla invalidità del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta*, in *Contratto e impresa*, 4-5/2011, p. 921 ss.