



Il contratto di credito immobiliare ai consumatori: impressioni in prima lettura

1. L'attuazione della direttiva sul credito ipotecario 2014/17/UE, per lo più indicata *breviter* come 'direttiva mutui'¹, di cui abbiamo potuto prendere visione da poche settimane², ci dà conto in modo piuttosto esatto di come sia in atto la realizzazione di una vera e propria tendenza di politica legislativa: alludo allo spostamento dell'attenzione del Legislatore – soprattutto europeo, ma il discorso vale anche per quello nazionale – verso una scelta di più marcata tutela del creditore e degli strumenti concretamente invocabili da quest'ultimo al fine di assicurare una 'vera' – nel senso di concreta ed effettiva – responsabilità patrimoniale del debitore.

Come meglio dirò nel seguito, vengono in rilievo principi fondamentali (e antichi) del diritto privato europeo, anzitutto quello che nel codice italiano è cristallizzato all'art. 2740 c.c.: e non si può non notare quindi che il significato effettivo e concreto in cui debba intendersi la responsabilità patrimoniale appare reso oggetto di un processo di profonda rimodulazione.

2. Ma si proceda per gradi e si osservi anzitutto il 'contenuto minimo' della direttiva oggi attuata. La disciplina sul credito ipotecario di cui stiamo discutendo si occupa anzitutto – già nella sua denominazione – di "mercato" del credito³.

Quello del credito è dunque, a tutti gli effetti, un "mercato": e così, coerentemente, oggi si dettano le regole di accesso al credito quando sia costituita ipoteca su immobili residenziali a favore di privati (*rectius*, consumatori); si ricava dal testo di fonte comunitaria che si tratta di crediti che *possono* (ma non necessariamente *debbono*) essere indirizzati all'acquisto di immobili.

Leggiamo l'art. 3 della direttiva:

1. La presente direttiva si applica ai:

- a) contratti di credito garantiti da un'ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali; e
- b) contratti di credito finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata.

L'incidenza della nuova disciplina è dunque da apprezzarsi in primo luogo nell'ambito del mondo del credito (ancora una volta le banche sono al centro dell'attenzione della politica legislativa), ma secondariamente anche in quello del *real estate*, uno dei segmenti dell'economia europea – e più ancora sudeuropea: si pensi anzitutto a Spagna e Italia – che permane più profondamente in crisi. L'intendimento è quello, evidentemente, di innescare una svolta in senso dinamico entro questi due settori strategici (quanto interconnessi) dell'economia continentale.

3. Nella sua attuazione italiana, la direttiva va a modificare il TUB⁴, il quale è – notoriamente – un testo non consumeristico: il che comporta non poche anomalie 'di raccordo' anche solo sul piano concettuale e interpretativo.

Il metodo di intervento è quello che muove dalla descrizione di un modello 'tipologico': all'art. 4 della direttiva si definiscono i singoli segmenti costitutivi del contratto di credito ipotecario.

Si tratta della figura già in parte dianzi descritta, ossia incentrata sul contratto di credito erogato a consumatore.

¹ Esattamente, si tratta della direttiva del 4 febbraio 2014 "in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni residenziali e recante modifica alle direttive 2008/48/CE e del regolamento (UE) n. 1093/2010".

² Nel corso del Consiglio dei Ministri del 20 aprile 2015 è stato approvato il testo del decreto attuativo della direttiva: aggiornamenti possono reperirsi dal sito del Governo italiano.

³ Sul punto sarebbe opportuno prendere le mosse da un libro bianco del 2007, nel quale già si evidenziavano le linee della tendenza tradottasi in atto normativo, dapprima europeo e oggi nazionale.

⁴ La sequenza degli articoli di nuovo conio si inserisce in effetti come Capo I bis, agli artt. 120-*quinquies* ss.

In sede di recepimento, è oggi l'art. 120 *quinquies*, dedicato alle *Definizioni*, a offrirci i profili fondamentali della figura di cui si va discutendo: e così la disposizione ne traccia le linee tanto sul piano oggettivo (il contratto in quanto tale, con i suoi elementi di struttura imprescindibili: in estrema sintesi, il credito, per un verso, e l'ipoteca su immobile residenziale, per altro verso), quanto sul piano soggettivo; proprio sotto quest'ultimo profilo, è da osservarsi come accanto al professionista/finanziatore e al consumatore/finanziato, la disciplina contempra anche la figura del terzo "intermediario".

In effetti, è senza dubbio degna di nota la scelta di una configurazione del contratto a disegno trilatero, inclusivo dunque anche del soggetto che svolge attività preparatorie in vista della conclusione dei contratti ovvero procede direttamente alla loro conclusione, così in specie erogando informazioni in ordine al contratto di finanziamento.

Se si scorre la disciplina oggi varata, si nota poi che la costruzione dei rapporti obbligatori quale emerge dagli articoli 120 *quinquies* ss. appare coerente con il linguaggio e lo strumentario concettuale in voga nel più recente diritto privato europeo: per esempio, si può rilevare che l'obbligazione nasce da contatto sociale (dunque dal momento in cui sono fornite le prime informazioni al cliente) e il contenuto di una delle obbligazioni maggiormente caratterizzanti del complessivo assetto negoziale sul lato del finanziatore si caratterizza per essere di natura consulenziale/informativa.

Si può notare poi come appaia instaurata una sinallagmaticità del rapporto contrattuale: con la conseguenza per cui è applicabile l'art. 1453 c.c. per inadempimento dell'obbligo informativo (non stupirà in effetti che l'inadempimento di non scarsa importanza sia quello del debito di contenuto puramente 'informativo').

4. Molti altri sono gli aspetti di sicuro interesse del nuovo disegno normativo nel suo complesso considerato.

Va detto che spicca certamente – direi che si colloca addirittura al centro della nuova legge – la disposizione dell'art. 120 *quinquiesdecies*: è qui che pulsa il cuore della 'filosofia' stessa della disciplina europea sul credito ipotecario.

A mezzo di questa disposizione il creditore vede assicurato a sé un livello di tutela importante, sicuramente lontano da quello che in passato lo vedeva postergato rispetto al tradizionale *favor debitoris*: e tale nuovo *favor* si concretizza nel riconoscimento legislativo di un patto marciano (non già patto commissorio) con cui il finanziatore potrà rivalersi sull'immobile dato in garanzia.

Come di consueto, in presenza del patto marciano (diversamente dal mai consentito patto commissorio), il limite ben chiaro rispetto al potere del creditore di soddisfarsi direttamente sul bene dato in garanzia è quello rappresentato dalla necessità che sia realizzata una perizia sul valore del bene dato in garanzia (si veda l'art. 120 *duodecies*), nonché dalla previsione dell'obbligo di restituzione al debitore dell'eventuale sopravanzo rispetto a quanto realizzato con la vendita del bene concesso in garanzia.

5. L'opzione di politica legislativa in favore del patto marciano merita qualche supplemento di riflessione.

Appare in effetti ormai avviato un percorso che – pur fermo restando il limite del divieto di patto commissorio: 2744 c.c. – muove in direzione del patto marciano quale nuovo baluardo di difesa degli interessi creditorî: e si badi che quella in atto appare una tendenza a livello di diritto privato europeo così come a livello di diritto interno.

A quest'ultimo proposito, penso soprattutto alla nuova legge sul prestito vitalizio ipotecario (n. 44/2015), che pure contempla questo medesimo meccanismo di tutela del creditore.

Naturalmente, molte riflessioni si potrebbero svolgere in proposito.

In primo luogo, verrebbe da interrogarsi sull'ammissibilità in generale del patto marciano: ma qui ritengo che si dovrebbe avere una posizione nient'affatto tetragona, nel senso che mi pare coerente un siffatto strumento rispetto a una chiara assunzione di responsabilità da parte del debitore il quale abbia dato in garanzia un immobile a fronte di un'apertura di credito per somma certa e incontestata; si tratta senza dubbio di un approccio nuovo (forse più nordeuropeo, se non addirittura di sapore protestante/calvinista), rispetto a una lunghissima tradizione sempre rimasta piuttosto saldamente ancorata al *favor debitoris*, dunque dubbiosa anche di fronte al patto marciano.

Credo però che il movimento generale nel senso di un ampio utilizzo del patto marciano sia oggi non solo irrefrenabile, ma anche da guardarsi con positiva attenzione (per altro, oggi in Italia si deve fare riferimento a Cass. 28 gennaio 2015, la quale definitivamente ha 'sdoganato' il patto marciano). In secondo luogo vien da chiedersi, più nello specifico, se il patto marciano presenti problemi di compatibilità con la tutela del consumatore: giacché è da ricordare che la cornice di riferimento è quella di una disciplina consumeristica (il che, senza dubbio, tende a passare in secondo piano a seguito della scelta di recepire questa direttiva all'interno del TUB, come si è detto dianzi).

6. Tutto ciò detto, se dunque la virata generale sembra nel senso di un più accentuato *favor creditoris*, va anche osservato che il contrappeso che nella normativa europea è escogitato per ripristinare un certo ribilanciamento a favore del debitore/finanziato, esso risulta rappresentato da un ampio apparato di oneri informativi a carico del creditore/finanziatore.

Per vero, non v'è da stupirsi, dal momento che anche questa direttiva appare ispirata da un intendimento quasi 'pedagogico', ossia di realizzazione di una diffusa educazione finanziaria.

E comunque una siffatta impostazione generale si concretizza poi in un apparato rimediabile piuttosto stringente: nullità, annullabilità e profili risarcitori compongono il sistema delle tutele a presidio di un generale dovere di *disclosure* a carico del finanziatore.

Lecita è, d'altro canto, la domanda se sia esattamente questo ciò che il debitore/finanziato si attendeva per vedere tutelata la propria posizione.

Ma tant'è, questa è la strategia (e, di riflesso, anche la tecnica) legislativa utilizzata oggi da chi fissa le regole di diritto privato in sede europea.

Più che dolersene, mi sembra invece urgente fare i conti con la riconduzione dei molti problemi posti dal nuovo testo – qui appena accennati – entro un sistema ordinato: ancora una volta, quindi, si pone per il giurista la sfida di un riordino di un materiale normativo disorganico.

Ma questo richiederà senza dubbio qualche riflessione in più.

*Il contenuto di questo articolo ha valore solo informativo e non costituisce un parere professionale.
Per ulteriori informazioni contattare Tommaso dalla Massara tommaso.dallamassara@nctm.it*