



DR

Diritto del  
Risparmio

# IL “RINNOVATO” RUOLO DELLA DILIGENZA NEL RAPPORTO OBBLIGATORIO...

...ALLA LUCE DELL'INTRODUZIONE DELL'OBBLIGO DI VALUTAZIONE DEL  
MERITO CREDITIZIO DEL CONSUMATORE E LE CONSEGUENZE  
SANZIONATORIE DEL SUO INADEMPIMENTO

**di Assunta Spezzaferri\***

This paper intends to analyse the new role of the diligence criterion in the light of the introduction of the obligation for a bank to assess the creditworthiness of the consumer. In particular, the contribution focuses on the civil consequences of the non-fulfillment of the aforementioned "creditworthiness" evaluation.

**11/2019**

\*Dottore di ricerca Università di Napoli

ISSN 2704-6184

# *Rivista di Diritto del Risparmio*

*Il “rinnovato” ruolo della diligenza nel rapporto obbligatorio, alla luce dell’introduzione dell’obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore e le conseguenze sanzionatorie del suo inadempimento*

di Assunta Spezzaferri\*

---

*This paper intends to analyse the new role of the diligence criterion in the light of the introduction of the obligation for a bank to assess the creditworthiness of the consumer. In particular, the contribution focuses on the civil consequences of the non-fulfilment of the aforementioned "creditworthiness" evaluation.*

11/2019

---

\* Dottore di ricerca Università di Napoli

## 1. Premessa

L'evoluzione normativa e il diritto vivente pongono la necessità di un approccio ricostruttivo all'istituto della diligenza non più rigidamente legato ad una lettura tradizionalmente affermata di esso.

La questione che va imponendosi è quella del superamento di una interpretazione *de iure condito*, che appare ormai limitante e non più in linea con le istanze di ampliamento della tutela nell'ambito del rapporto obbligatorio.

Il contributo intende affrontare l'analisi del "rinnovato" ruolo che l'istituto della diligenza ha acquisito all'interno del rapporto obbligatorio per effetto soprattutto delle profonde innovazioni provenienti dalla disciplina consumeristica.

Il riferimento, più in particolare, è alle recenti evoluzioni della disciplina comunitaria e domestica in materia di credito ai consumatori, le quali hanno riservato una specifica attenzione al profilo della valutazione del merito creditizio facendone l'oggetto di uno specifico obbligo gravante in capo al creditore-finanziatore.

L'istituto *de quo agitur* ha visto ampliare nel tempo la propria portata applicativa, superando il perimetro normativo contenuto nella norma dell'art. 1176 c.c., recante in rubrica "Diligenza nell'adempimento"<sup>1</sup>. Nel tempo e per l'impulso ricevuto da studi evolutivi, si è andato imponendo, progressivamente, un processo interpretativo della norma che ne ha proiettato l'applicazione ben oltre il *limes* dell'adempimento dell'obbligazione.

Fino ad un recente passato la diligenza assurgeva unicamente a strumento di valutazione della condotta del debitore, per determinare l'eventuale inadempimento dell'obbligazione ed imputare la relativa responsabilità. In siffatta accezione la diligenza ha assolto una mera funzione di "misura" della correttezza dell'adempimento, legandosi – mediante una lettura fin troppo letterale della norma – alla fase dell'esecuzione dell'obbligazione.

Oggi, una tale lettura della norma appare limitante e la diligenza si va imponendo, sempre più, quale strumento di "misura" delle vicende dell'obbligazione, involgendo anche la fase genetica del rapporto obbligatorio.

Lo scenario evolutivo delineato è stato indotto dalla sopravvenuta disciplina consumeristica, la quale ha fatto emergere l'esigenza di un ampliamento progressivo della tutela nell'ambito del rapporto obbligatorio nella sua integralità e, quindi, a decorrere dal momento della sua stessa nascita.

D'altra parte, per poter avere la compiuta percezione del processo di espansione applicativa della regola della diligenza occorre esaminare, in via preliminare, il ruolo da essa svolto *de iure condito* (*rectius*: in una prospettiva

---

<sup>1</sup> Art. 1176 c.c. "Diligenza nell'adempimento": «Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

tradizionalmente affermata), e quindi, per quanto qui di interesse, la sua tradizionale funzione e la sua declinazione quale “diligenza professionale”. Nel prosieguo saranno esaminati i profili normativi provenienti dalla disciplina consumeristica che hanno “posto in crisi” l’interpretazione tradizionale della disposizione dell’art. 1176 c.c. producendo un ampliamento dell’ambito applicativo della stessa rispetto al passato e, con esso, una simmetrica espansione interpretativa della disposizione. Ci si soffermerà sulla disciplina consumeristica, la quale ha costituito l’innescò per scardinare l’impostazione interpretativa della disciplina della diligenza (da connettersi soltanto alla fase esecutiva del rapporto obbligatorio) e per determinare l’espansione applicativa della disciplina ben oltre la fase esecutiva (da connettersi alla fase antecedente ovvero alla nascita del vincolo obbligatorio).

Il riferimento, come si avrà modo di vedere, è alla normativa come delineata nella direttiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 (nota anche come “*Mortgage Credit Directive*” o “MCD”), che ha modificato la precedente normativa di cui alla direttiva 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n.1093/2010, la quale è stata attuata nell’ordinamento italiano per il tramite del Decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72 (cd. Decreto “Mutui”), recante la disciplina sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali.

Invero quest’ultimo, in ossequio al principio suddetto, e in una fase antecedente l’esecuzione del rapporto obbligatorio, ha previsto un ulteriore obbligo gravante in capo al creditore rispetto a quelli tradizionalmente posti a suo carico, rappresentato dalla valutazione circa il merito creditizio del consumatore.

Tale valutazione (se ne dirà approfonditamente nel prosieguo: rinvio) costituisce attività centrale dell’intera operazione negoziale.

Orbene, se è vero come è vero che l’attenzione al profilo della valutazione del merito creditizio è divenuta oggetto di uno specifico obbligo a carico del soggetto finanziatore, e se è vero come è vero che essa assume rilevanza “deterministica” ai fini dell’accesso al credito, non può non riconoscersi come tale nuovo strumento di “cooperazione” fra le parti (strumento rimesso all’apprezzamento di meritevolezza da emettersi a cura dell’aspirante creditore) produca “punti di intoppo” interpretativo, invitando ad interrogarsi sulla natura giuridica dell’accertamento del creditore, sulla portata oggettiva di tale prescrizione e sugli effetti dell’inadempimento dell’obbligo.

Il dibattito circa gli effetti derivanti dall’inadempimento di tale obbligo è ancora in atto ed appare lontano da soluzioni condivise. Esso, inoltre, non può non coinvolgere anche la posizione della parte debitrice, tenuta a corrispondere una diligenza adeguata già dalla fase genetica del rapporto.

Tali criticità saranno oggetto di approfondimento analitico nell’ultima parte della trattazione: in dottrina il dibattito è aperto vertendo soprattutto sulla ricerca di una soluzione interpretativa condivisa nell’individuazione della sanzione più congrua per le ipotesi di omessa o scorretta valutazione del merito creditizio.

Le questioni sollevate dall'ampliamento della piattaforma applicativa della regola della diligenza nel rapporto obbligatorio ad effetti consumeristici, pertanto, sono molteplici e rilevanti.

Il dibattito è aperto ed intento principale di questo contributo è quello di analizzare – con sistematicità – gli effetti che le recenti novità legislative soprattutto in materia consumeristica hanno prodotto sulla regola generale di diligenza.

Quest'ultima ha progressivamente assunto un rilievo centrale, trascinando da un ambito tradizionalmente attribuito (ovvero quello della fase di esecuzione della prestazione) al momento genetico della costituzione del rapporto obbligatorio.

L'evento ha modificato le stesse vicende del rapporto obbligatorio, caratterizzato, oggi, da un accrescimento della quota di responsabilizzazione delle parti, chiamate a dare luogo ad un "processo mediativo" anticipato alla fase genetica del rapporto stesso.

Ciò proprio in virtù della nuova dimensione applicativa del canone della diligenza, reso dalla normativa consumeristica e del sovraindebitamento strumento aggiuntivo – e preliminare – di sano accordo negoziale.

## **2. La duplice funzione tradizionale svolta dal criterio della diligenza. L'art. 1176 c.c..**

Osservato sotto il profilo della tradizione interpretativo-applicativa, il canone di diligenza<sup>2</sup> richiamato dall'art. 1176 c.c. riassume in sé, esclusivamente, il complesso di cure e cautele che dovrebbero fondare il comportamento di ogni debitore al momento di soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che lo caratterizzano<sup>3</sup>.

La necessità è, pertanto, quella di ponderare la funzione assolta dal canone *de quo agitur*.

Una "perimetrazione" appare doverosa in via preliminare: tradizionalmente la diligenza, quale regola di condotta da tenere all'interno del rapporto obbligatorio, ha svolto la sua funzione esclusivamente nella fase esecutiva dello stesso<sup>4</sup>.

Che sia così emerge nitidamente dalla lettera dell'art. 1176 c.c.<sup>5</sup>, secondo cui la diligenza deve essere utilizzata nell'adempimento dell'obbligazione, e, dunque, limitatamente alla fase esecutiva del rapporto obbligatorio.

---

<sup>2</sup> Sul concetto di diligenza si veda: A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, 410; C. M. BIANCA, voce Negligenza (diritto privato), in *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, 1965, p. 190 e *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario SCIALOJA e BRANCA* (Artt. 1218-1229), 1979, 24; S. RODOTÀ, voce Diligenza, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 539.

<sup>3</sup> In termini Cass. Civ., 3 luglio 1958 n. 2380.

<sup>4</sup> Per un quadro esaustivo dei singoli aspetti della diligenza, C. M. BIANCA, *Diritto civile: l'obbligazione*, IV, Milano, 1990, Giuffrè, Milano, pp. 92-98.

<sup>5</sup> Art. 1176 c.c.: «Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

Se ne rinviene conferma anche nella Relazione al Codice Civile n. 559, ove la diligenza è correlata, nel tipico ambito obbligazionario, all'entità dello sforzo che il debitore deve compiere per l'adempimento della propria prestazione.

In tale accezione la diligenza “*riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che il debitore deve impiegare per soddisfare la propria obbligazione*”<sup>6</sup>.

Intesa come applicazione di sforzo adeguato al fine<sup>7</sup>, la stessa, assolve nel campo delle obbligazioni ad una duplice funzione<sup>8</sup>: (i) la prima ha riguardo alla determinazione del contenuto di tale comportamento ponendosi, qui, la diligenza come concorrente criterio d'individuazione dell'esatta prestazione dovuta; (ii) la seconda funzione, logicamente connessa alla prima, si identifica invece nella valutazione della condotta dell'obbligato in relazione al risultato dovuto ed agli eventuali impedimenti incontrati. Qui, la diligenza diviene essenzialmente criterio di responsabilità.

In ordine alla prima funzione (*sub (i)* che precede: quella di determinazione del contenuto della prestazione) la diligenza indica il modello di precisione e di abilità tecnica cui deve conformarsi il comportamento dovuto. Affermato in modo diverso, la diligenza altro non indica se non il “*quomodo*” (*rectius: “come”*) del comportamento del debitore ai fini dell'attuazione del rapporto. Agire diligentemente, e cioè comportarsi secondo quanto dovuto, rappresenta, infatti, esso stesso il contenuto dell'adempimento.

In questo senso, la diligenza si pone quale criterio fondamentale valevole per tutti i tipi di obbligazione, assumendo, però, una rilevanza maggiore o minore a seconda che la prestazione risulti più o meno determinata da altre fonti<sup>10</sup>.

Ad oggi, tuttavia, affermare che le funzioni del criterio della diligenza siano cristallizzate esclusivamente in quelle succitate appare limitante. Invero, il cennato ampliamento operativo dell'istituto presenta profili di novità

---

<sup>6</sup> La formula della Relazione è analizzata da S. RODOTÀ, in *Diligenza* (dir. civ.), in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, p. 540

<sup>7</sup> Ritengono che la diligenza abbia due funzioni: C. M. BIANCA, *Diritto civile: l'obbligazione*, IV, Milano, 1990, Giuffrè, Milano, p. 90; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Collana Trattato di diritto privato, Giuffrè, Milano, 1991, 238 ss.; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 51; G. D'AMICO, voce *Negligenza*, in *Digesto disc. Priv.*, sez. civile, Torino, 1955, 25 e ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile*, diretto da SCIALOJA E BRANCA., Bologna-Roma, 1988, p. 410; M. GIORGIANNI, *Pagamento (diritto civile)*, NsDI, XII, Torino, 1966, p. 322; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzo*, RD Comm, 1954, p. 366. *Contra* S. RODOTÀ, *Diligenza*, p. 542, che intende la diligenza soltanto come un criterio di responsabilità, ossia un criterio per valutare la conformità del comportamento tenuto dal debitore a quello dovuto, sostenendo che l'art. 1175 c.c. è posto a definire l'oggetto dell'obbligazione; nello stesso senso U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1984, p. 47.

<sup>8</sup> In giurisprudenza si richiama: Cass. Civ., Sez. III, 13/01/2005, n. 583. Per la S.C. «la diligenza assume nella fattispecie un duplice significato: parametro di imputazione del mancato adempimento e criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione». In dottrina circa gli Autori che ritengono che la diligenza abbia due funzioni si effettua rinvio alla precedente nota n. 9.

<sup>9</sup> U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da CICU e MESSINEO, continuato da MENGONI, Milano, 1984, p. 54.

<sup>10</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile: l'obbligazione*, IV, Milano, Giuffrè, Milano, p. 90.

assoluta. Gli effetti applicativi dello slargamento funzionale sono, attualmente, oggetto di esplorazione interpretativa. Può, comunque, ritenersi, che, se fino ad un recente passato le funzioni assolte dalla diligenza erano rappresentate esclusivamente da quelle tracciate nel presente paragrafo e legate al dato letterale della norma, oggi tale lettura non può più ritenersi appagante, in quanto restrittiva.

L'ampliamento funzionale indotto dall'evoluzione normativa consumeristica ha valorizzato le potenzialità dell'istituto della diligenza, offrendo una possibilità di lettura della norma dell'art. 1176 c.c. in chiave anche programmatica: la diligenza ha abbandonato (forse definitivamente) una dimensione applicativa letterale per essere proiettata in uno scenario i cui confini non appaiono ancora ben definiti. Essa si è avviata a costituire un canone immanente di interpretazione delle vicende complessive dell'obbligazione, con utilità concreta per l'interprete e con rafforzamento progressivo della certezza dei rapporti obbligatori, intesi come veicoli di spostamento di ricchezza<sup>11</sup>.

Come si avrà modo di osservare, la diligenza si è avviata a tradursi da "misura" della correttezza dell'adempimento a "misura" di tutte le vicende dell'obbligazione.

### **3. La diligenza del creditore-finanziatore: quella professionale**

Alla diligenza professionale, il Codice civile dedica una specifica disposizione di carattere generale, contenuta nel comma 2 dell'art. 1176, secondo cui «*nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata*».

La misura della diligenza, come pretesa dalla legge, comincia ad accrescersi. Come si è già avuto modo di chiarire in sede di individuazione delle funzioni assolte dal criterio di cui si discorre<sup>12</sup>, la diligenza costituisce il principale parametro di riferimento per la determinazione del contenuto della prestazione, e più specificamente in ordine alla individuazione dei modi e dei mezzi attraverso cui la prestazione deve essere eseguita dal debitore, rappresentando la misura dell'esattezza dell'adempimento.

Occorre rilevare sin da subito, tuttavia, che il riferimento al carattere della professionalità non muta affatto la natura, il significato e, soprattutto, la funzione della diligenza<sup>13</sup>.

Anche la diligenza professionale, dunque, è da intendersi in senso oggettivo ed il suo contenuto concreto deve essere ricostruito avendo riguardo alla figura di riferimento, rappresentata *dall'homo eiusdem professionis ac condicionis*.

---

<sup>11</sup> Nel senso che ogni rapporto obbligatorio (ed il contratto in particolare) altro non sia che un «*involucro giuridico degli spostamenti di ricchezza*» si veda: V. ROPPO, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>12</sup> Si rinvia al §2.

<sup>13</sup> Cfr. C. M. BIANCA, in *Diritto civile: l'obbligazione*, IV, Milano, 1990, Giuffrè, Milano, p. 91

Ed è proprio il richiamo al detto parametro che designa la differenza sostanziale tra diligenza comune e diligenza professionale<sup>14</sup>, dovendosi ritenere che, per quest'ultima tipologia, il termine di raffronto non è rappresentato (soltanto) dall'individuo dotato di comune buon senso.

Qui, infatti, occorre avere riguardo alla figura (*ipotetica, mediante un processo di astrazione concettuale*) del professionista appartenente alla medesima categoria della quale fa parte il debitore, dotato di un adeguato bagaglio di nozioni tecniche e di quelle esperienze pratiche, capacità e abilità di cui normalmente è portatore uno specialista di quel tipo.

Nell'esercizio della propria attività, quindi, il professionista non deve limitarsi ad una diligenza ordinaria (ovvero a quella del buon padre di famiglia), ma deve uniformarsi a quella del buon professionista<sup>15</sup> ovvero alla diligenza adeguata in ragione del tipo di attività e alle relative modalità di esecuzione<sup>16</sup>.

Alla "diligenza del buon padre di famiglia" deve, quindi, aggiungersi un *quid pluris*, altro se non un requisito di adeguatezza supplementare deducibile dalla specificità tecnica della prestazione professionale da fornirsi.

E la specificità tecnica della prestazione professionale trova espressione nella cosiddetta "diligenza qualificata".

Essa si identifica in un modello di condotta capace di garantire l'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta con l'intento di evitare o prevenire possibili eventi dannosi.

Ancora una volta, il parametro è costituito dalla diligenza media, come confermato dalla giurisprudenza<sup>17</sup>.

Il canone della diligenza professionale, infatti, non coinvolge valutazioni inerenti le specifiche capacità personali e soggettive del singolo professionista, ma mantiene, conviene ribadirlo, la sua tipica connotazione di parametro oggettivo.

---

<sup>14</sup> Afferma invero la Cass. Civ., Sez. III, 11 marzo 2002, n. 3492, che «il professionista è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia ex art. 1176, primo comma, cod. civ., ma è quella specifica del debitore qualificato, come prescritto dall'art. 1176, secondo comma, cod. civ.».

<sup>15</sup> C. M. BIANCA, in *Diritto civile: l'obbligazione*, IV, Milano, 1990, Giuffrè, Milano, p. 96 secondo il quale «il debitore è tenuto ad una normale perizia, commisurata al modello del buon professionista, cioè ad una misura obiettiva che prescinde dalle concrete capacità del soggetto».

<sup>16</sup> Cfr., ad es., Cass. Civ., 20 febbraio 1987, n.1840, in *Vita not.*, 1987, 388: il notaio è tenuto ad espletare l'incarico che le parti gli affidano con la diligenza media di un professionista sufficientemente preparato ed avveduto; rientra, pertanto, fra i suoi obblighi, se egli sia richiesto della stipulazione di un contratto di trasferimento immobiliare, il compimento delle attività preparatorie e successive necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti e in particolare delle cosiddette visure catastali ed ipotecarie, allo scopo di individuare esattamente il bene e verificarne la libertà.

<sup>17</sup> Cass. Civ., Sez. II, 8 agosto 2000, n. 10431: «la diligenza che il professionista deve impiegare nello svolgimento della sua attività è quella media, cioè la diligenza posta nell'esercizio della propria attività dal professionista di preparazione professionale e di attenzioni medie...».



Esaminando più nel dettaglio la nozione di diligenza professionale, appare subito evidente che il riferimento alle conoscenze, alla preparazione, all'esperienza pratica, alle capacità tecniche e alle abilità tipiche di ciascuna categoria, induca ad individuare nella *perizia* il concetto che, più di ogni altro, appare idoneo a determinare il contenuto della diligenza intesa nel senso appena precisato<sup>18</sup>.

Il professionista, per soddisfare l'interesse del creditore, deve, infatti, adoperarsi impiegando la perizia<sup>19</sup> ed i mezzi adeguati allo *standard* professionale della sua categoria.

La perizia, così concepita, concorre ad integrare il contenuto del canone della diligenza professionale assieme agli altri tradizionali caratteri, legati alla cura, all'attenzione ed allo scrupolo che ogni debitore - sia esso uomo comune ovvero un professionista - deve garantire in sede di adempimento di qualsiasi obbligazione<sup>20</sup>.

La perizia tecnica, pur assumendo un ruolo fondamentale, non sostituisce comunque la diligenza intesa nella sua primaria accezione, ma ne integra il contenuto, fornendo all'interprete un parametro unitario di valutazione del comportamento del debitore<sup>21</sup>.

In altri termini il canone di valutazione della condotta assunta dal debitore "qualificato" può essere individuato nel binomio "diligenza-perizia".

Sulla scorta di tale criterio la prestazione a carico del professionista deve considerarsi inadempita quando sia contrastante con il canone in parola.

Viceversa, deve ritenersi esattamente eseguita e l'obbligazione correttamente adempiuta, quando lo stesso abbia assunto un contegno scrupolosamente e attentamente informato al canone della perizia. Nonostante il mancato raggiungimento del risultato finale.

Così e fermo restando il principio per cui il professionista non è obbligato al conseguimento del risultato, è comunque da ritenersi vero che egli è tenuto, nell'adempimento delle obbligazioni assunte, ad osservare tutte le regole tecniche che mirano al conseguimento dello stesso.

Va da sé che il mancato o inesatto risultato non potrà determinare – autonomamente – la responsabilità contrattuale del professionista ben

---

<sup>18</sup> Così R. PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato. Rischi risarcitori e strumenti di tutela*, Halley Ed., 2008, p. 43

<sup>19</sup> Sui contenuti ontologici della perizia: C. M. BIANCA, in *Diritto civile: l'obbligazione*, IV, Milano, 1990, Giuffrè, Milano, p. 95. L'Autore afferma che: «uno degli aspetti della diligenza è costituito dall'impiego di adeguate nozioni e strumenti tecnici. L'impiego delle adeguate nozioni tecniche è la perizia in senso oggettivo. la perizia in senso oggettivo si distingue rispetto alla perizia in senso soggettivo, quale abilità e preparazione tecnica. Perizia e diligenza non sono nozioni diverse. La prima è infatti un momento della seconda. L'adeguamento della diligenza alla natura dell'attività esercitata implica infatti essenzialmente l'applicazione delle appropriate cognizioni tecniche».

<sup>20</sup> Così R. PLENTEDA, *La responsabilità dell'avvocato. Rischi risarcitori e strumenti di tutela*, cit., p. 43.

<sup>21</sup> In questo senso si è espressa anche la Cass. Civ., Sez. III, 8 marzo 1979, n. 1441, in *Giur. It.*, 1979, I, 1, 1494, secondo la quale: «il professionista deve impiegare la diligenza del regolato e accorto professionista, ossia del professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione e adeguata preparazione professionale».

potendo, però, rilevare quale indicatore di una possibile condotta negligente, imperita o imprudente del medesimo.

Diviene dirimente, alla luce di siffatta osservazione ricostruttiva, la ragione tecnica del mancato od inesatto risultato, con la conseguenza che l'indagine sulla ragione tecnica del mancato od inesatto raggiungimento del risultato assume la funzione deterministica dell'"*an*" e del "*quantum*" della responsabilità.

Nello scenario delineato si inserisce la disposizione – eccezionale – di cui all'art. 2236 c.c.: laddove la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il professionista non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave<sup>22</sup>.

Orbene, in tema di responsabilità del professionista, la legge pone quale regola generale quella della diligenza qualificata prevista dall'art. 1176, comma 2 c.c. (definita come diligenza del buon professionista o del professionista medio) commisurata alla natura dell'attività prestata, prevedendo una norma che potremmo definire di "salvaguardia", invocabile quando la prestazione implichi la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

Per tali ipotesi la richiamata norma dell'art. 2236 c.c. limita la responsabilità del professionista alle evenienze del dolo o della colpa grave<sup>23</sup>.

#### **4. La Direttiva 2014/17/EU e il d.lgs. N. 72 del 2016.**

La novità legislativa che ha dato nuova linfa alla regola generale della diligenza all'interno del rapporto obbligatorio, e che ha fatto sì che la stessa rilevi fin dal momento genetico dello stesso, è rappresentata dalle modifiche che hanno interessato la disciplina del credito al consumo.

Quest'ultima novità si caratterizza non solo per aver ampliato l'ambito applicativo della stessa, facendo sì che la diligenza innervi tutto lo spettro del rapporto obbligatorio, dalla sua nascita fino alla sua estinzione, ma anche per averne esteso l'ambito di applicazione soggettivo.

---

<sup>22</sup> L'art. 2236 c.c., disciplinando fattispecie aventi ad oggetto prestazioni professionali di "speciale difficoltà", stabilisce che «il prestatore d'opera non risponde se non in caso di dolo o colpa grave» (con conseguente esclusione della responsabilità nell'ipotesi in cui nella condotta professionale si rinvergono soltanto i presupposti della colpa lieve: in tal senso, Cass. 11/04/1995 n. 4152 e Cass. 18/10/1994 n. 8470).

<sup>23</sup> È pacifico che la limitazione della responsabilità alla "colpa grave" riguardi soltanto la "perizia" richiesta al professionista per la "soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà" (art. 2236 c.c.), ma non si estende alla "diligenza" o prudenza, della cui inosservanza egli risponde, come ogni altro debitore, anche per colpa lieve (ex art. 1176, comma 2, c.c.). Si osservi, a titolo esemplificativo, il caso di un intervento chirurgico pur di speciale difficoltà, il cui esito si riveli infausto perché il chirurgo l'ha eseguito violando le regole di ordinaria diligenza. Cfr. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA E BRANCA, Bologna – Roma, 1993, 136 ss., con riferimenti conformi di dottrina e giurisprudenza, cui *adde*: Cass. Civ., 8 luglio 1994 n. 6464, in *Giust. civ.*, 1995, I, 767 con nota di GORGONE; Cass. 18 novembre 1997 n. 11440, in *Riv. Giur. Circ. e trasp.*, 1998, 67; Cass. 7 ottobre 1998 n. 9911, in *Foro. It.*, 1998, I, 3520; Cass. 19 maggio 1999 n. 4852, *ivi*, 1999, I, 2874 e in *Danno e Resp.*, 1999, 1104 con nota di COMANDÈ; Cass. 16 febbraio 2001 n.2335, in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 580, con nota di GUERINONE.

Infatti a venire in rilievo è la diligenza che deve essere tenuta anche dal soggetto attivo dell'obbligazione, ovvero il creditore.

Il riferimento è alla normativa come delineata nella direttiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 (nota anche come "*Mortgage Credit Directive*" o "MCD"), che ha modificato la precedente normativa di cui alla direttiva 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n.1093/2010, la quale è stata attuata nell'ordinamento italiano per il tramite del Decreto legislativo 21 aprile 2016, n. 72 (cd. Decreto "Mutui"), recante la disciplina sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali.

Anche qui, prima di procedere alla spiegazione delle ragioni di tali affermazioni, appare opportuno, per soddisfare esigenze di completezza, dare atto, sia pur brevemente, del percorso che ha portato all'emanazione della direttiva relativa al credito immobiliare ai consumatori e del suo ambito di applicazione oggettivo e soggettivo.

La Direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, approvata il 4 Febbraio 2014<sup>24</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, da un lato, di promuovere la stabilità finanziaria, garantendo che «i mercati del credito ipotecario operino in maniera responsabile»<sup>25</sup>, e dall'altro di creare un mercato unico, efficiente<sup>26</sup> e competitivo nel quale i consumatori, i creditori e gli intermediari del credito<sup>27</sup> possano godere di un elevato livello di protezione.

---

<sup>24</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

<sup>25</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>26</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>27</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

Proprio per questa ragione la Direttiva di cui si discorre è stata definita da un punto di vista funzionale come un “Giano bifronte”.

Invero la direttiva in esame rappresenta un provvedimento attraverso il quale il legislatore europeo, animato sia da istanze di protezione nei confronti del consumatore e sia dalla necessità di assicurare la stabilità del mercato, incide sull'autonomia negoziale delle parti attraverso l'imposizione alla parte “forte del rapporto”, ovvero al professionista-finanziatore, di penetranti obblighi tra i quali quelli informativi, quelli di consulenza, quelli di «buona esecuzione dei contratti», ma soprattutto quello di valutazione del merito creditizio del consumatore.

L'ultimo *step* del percorso evolutivo che ha dato vita alla disciplina in esame è rappresentato dal recepimento da parte del legislatore italiano della disciplina sovranazionale.

Il legislatore italiano, invero, ha avviato il procedimento di attuazione della Direttiva 2014/17/UE con la Legge di delegazione europea n. 114 del 9 luglio 2015<sup>28</sup>. L'iter di recepimento si è concluso con l'approvazione del d.lgs. del 21 aprile 2016, n. 72<sup>29</sup> che ha novellato il Testo unico delle leggi in 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».

L'ambito di applicazione della disciplina sul credito immobiliare è rappresentato dal «contratto di credito» la cui definizione è contenuta

---

intermediari del credito. La direttiva 2006/48/CE disciplinava infatti solamente le condizioni per l'accesso all'attività da parte degli enti creditizi.

<sup>28</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>29</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).

nell'art. 120 *quinquies*, comma 1°, lett. c), del T.U.B. che la riferisce al contratto concluso tra un soggetto professionista (il «finanziatore»<sup>30</sup>) ed un consumatore<sup>31</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.

Con riguardo alle fattispecie ricomprese nell'ambito oggettivo di applicazione, si tratta, a ben vedere, di due ipotesi affatto distinte<sup>32</sup> : nel primo caso rileva l'oggetto, vale a dire la concessione di una garanzia avente per oggetto un immobile residenziale; nel secondo caso rileva lo scopo, senza che venga necessariamente in considerazione la presenza di una garanzia sull'immobile.

Così descritto l'iter e l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo della disciplina di cui si discorre appare utile, al fine di cogliere la nozione accolta in tale ambito del criterio di diligenza, procedere ad analizzare gli obblighi di comportamento gravanti sul professionista.

Sul punto dispone l'art. 120 *septies*, rubricato «*principi generali*», che finanziatore e intermediario del credito, nell'ambito di tutte le attività concernenti il credito immobiliare, debbano comportarsi con «*diligenza, correttezza e trasparenza, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori*» e che debbano basare 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*».

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

Appare opportuno infatti domandarsi se con il richiamo ai precetti di cui agli articoli 1175 e 1176 c.c. il legislatore abbia inteso riferirsi a quelle regole – nel modo in cui tradizionalmente vengono intese nel sistema codicistico – con riferimento specifico alla disciplina del credito immobiliare o se, invece,

---

<sup>30</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..

<sup>31</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»

<sup>32</sup> In termini G. FALCONE, «*Prestito responsabile e valutazione del merito creditizio*», in *Giurisprudenza Comm.*, 1, 2017

alla luce della matrice europea di tali obblighi e del particolare settore di intervento, essi si colorino anche di significati ulteriori e diversi rispetto a quelli di diritto comune<sup>33</sup>.

A tale quesito non può che corrispondere la seconda formulazione d'ipotesi. Invero posta la sopra evidenziata duplice funzione tradizionale riconosciuta alla regola della diligenza non può sottacersi come, nel settore di cui si discorre, il significato da ascriverle non possa esaurirsi in ciò.

Indice del fatto che il senso da attribuire alle regole della diligenza e della correttezza all'interno della nuova disciplina del credito immobiliare ai consumatori sia più ampio è dato scorgerlo dalla 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 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 dei requisiti di professionalità (art. 120 *septiesdecies* T.U.B.).

Nello scenario così delineato, quindi, la diligenza, così come i parametri di correttezza e trasparenza, finiscono per costituire il *modus* attraverso il quale il finanziatore e l'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.

## 5. L'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore

Il superamento della lettura tradizionale dell'ambito di operatività del principio generale di diligenza all'interno della disciplina sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali sembra potersi scorgere, oltre che dalla previsione degli obblighi gravanti sul soggetto creditore/finanziatore cui si è appena fatto cenno, anche, e soprattutto, dalla previsione di un ulteriore obbligo gravante sullo stesso, rappresentato dalla valutazione del merito creditizio del consumatore. Prima di dare atto delle ragioni di tale affermazione alcune premesse di ordine sistematico si rendono tuttavia opportune.

Fondamentale, infatti, è comprendere in via preliminare in cosa si sostanzia l'obbligo di cui si discorre.

Con l'espressione "valutazione del merito creditizio del consumatore" si suole far riferimento all'accertamento dell'affidabilità economico-finanziaria, della solidità patrimoniale e della solvibilità dell'aspirante al credito rispetto all'erogazione dello stesso in suo favore.

La collocazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore nell'art. 1 della Direttiva 2014/17/UE<sup>34</sup> assume un valore

---

<sup>33</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., 1049 ss.

<sup>34</sup> Art.1 Direttiva 2014/17/UE, "Oggetto": La presente direttiva definisce un quadro comune per alcuni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti contratti concernenti i crediti ai consumatori garantiti da

significativo in quanto sintomatica dell'importanza che tale valutazione riveste per il legislatore europeo nella disciplina del credito immobiliare.

Scopo metagiuridico perseguito dal legislatore europeo è stato quello di contrastare gli effetti della crisi finanziaria che si è manifestata a partire dallo scorso decennio su gran parte dei mercati europei ed extraeuropei e le cui cause vengono rinvenute nella scarsa cultura finanziaria dei consumatori e nel comportamento irresponsabile dei mutuanti oltre che dei mutuatari. Fattori che, in concorso, si ritiene abbiano comportato l'esposizione di un gran numero di consumatori a condizioni di sovraindebitamento e a una perdita di fiducia sulla stabilità del mercato creditizio e sulla sua efficienza. In questo scenario, pertanto, in ossequio al dovere di diligenza, e in una fase antecedente l'esecuzione del rapporto obbligatorio, è stato previsto un ulteriore obbligo gravante in capo al creditore rispetto a quelli tradizionalmente posti a suo carico, rappresentato dal succitato obbligo di valutazione circa il merito creditizio del consumatore.

L'art. 120 *undecies* del D. Lgs. 21 aprile 2016, n. 72 (decreto con cui è stato trasposto il contenuto della Direttiva all'interno dell'ordinamento giuridico italiano), recante in rubrica: "*Verifica del merito creditizio*", dispone per l'appunto che – prima della conclusione del contratto di credito – il soggetto finanziatore è tenuto a svolgere una valutazione approfondita dello stesso.

In tale fase, pertanto, e in un contesto entro il quale si inseriscono obblighi informativi a carattere bilaterale, differentemente da quanto accade nella disciplina consumeristica di cui al decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206 (cd. Codice del Consumo) in cui gli obblighi informativi gravano essenzialmente sulla parte "forte" del rapporto, il creditore è tenuto alla verifica del merito creditizio, ovvero, come detto, all'accertamento dell'affidabilità economico-finanziaria, della solidità patrimoniale e della solvibilità dell'aspirante al credito rispetto all'erogazione dello stesso in suo favore.

Tale accertamento costituisce attività centrale dell'intera operazione negoziale che pone in luce l'importanza del rispetto del dovere di diligenza all'interno, e più specificamente, sin dalla fase costitutiva del rapporto obbligatorio.

Su questo versante, la direttiva e la disciplina nazionale di recepimento della stessa, disegnano 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<sup>35</sup>.

Il creditore, pertanto, accanto agli obblighi di condotta tradizionalmente posti a suo carico, quali quelli di rendere disponibili informazioni generali che permettano al consumatore di decidere quale contratto di credito

---

un'ipoteca o altrimenti relativi a beni immobili residenziali, compreso l'obbligo di effettuare una valutazione del merito creditizio prima di concedere un credito, come base per lo sviluppo di standard efficaci per la stipula in relazione a beni immobili residenziali negli Stati membri, e per alcuni requisiti prudenziali e di vigilanza, anche per quanto riguarda lo stabilimento e la vigilanza di intermediari del credito, rappresentanti designati e enti non creditizi.

<sup>35</sup> Si veda l'art. 7 della Direttiva 2014/17/UE.

concludere sulla base di tutta la gamma di prodotti offerti, quelli di fornire informazioni personalizzate (sia sui caratteri essenziali del contratto di credito, sia sui diritti attribuiti al consumatore) tramite il prospetto informativo europeo standardizzato prima che il consumatore sia vincolato da un'offerta contrattuale, quelli di spiegare in modo adeguato le caratteristiche del contratto di credito proposto e gli effetti che possono derivarne per lo stesso sulla base della sua situazione economico-finanziaria, ne ha un ulteriore che rileva, principalmente, nella fase precontrattuale: quello di valutazione del merito creditizio del consumatore.

Tale obbligo va letto alla luce delle finalità essenziali della direttiva: garantire la protezione del consumatore attraverso una politica di *responsible lending*<sup>36</sup>, evitare che lo stesso incorra in situazioni di sovraindebitamento<sup>37</sup> assicurando la «sostenibilità nell'erogazione»<sup>38</sup> e tutelare, indirettamente, la stabilità del mercato del credito immobiliare<sup>39</sup>.

La pregnanza che la valutazione del merito creditizio ha assunto nella disciplina del credito immobiliare è stata rimarcata nei primi commenti alla direttiva, i quali hanno sottolineato 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>40</sup>

Di certo la previsione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore in quanto disposizione rivolta alle banche e agli altri intermediari finanziari autorizzati ai quali è riservato l'esercizio del credito, rientra nell'ambito di quelle regole che, attraverso il contenimento del rischio (di credito), sono volte a tutelare la solidità patrimoniale di tali soggetti, evitando che essi si trovino in una situazione di eccessiva

---

<sup>36</sup> Per un'analisi dell'approccio seguito dal legislatore europeo nella dicotomia *responsible lending* – *responsible borrowing*, si veda E. PELLECCCHIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, pp. 206-208. Si veda altresì, G. FALCONE, “*Prestito responsabile*” e *valutazione del merito creditizio*, in *Giurisprudenza Comm.*, 1, 2017, 147 ss.

<sup>37</sup> Per i riferimenti al legame tra la situazione di sovraindebitamento e la verifica del merito creditizio si veda G. PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1, 2013, 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 Contem. (sito web)*, 2, 2014, 1 ss.; E. PELLECCCHIA, *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 Civ. Comm.*, 5, 2014, 1088 ss.; R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza nell'accesso al credito ed obblighi del finanziatore*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 6, 2015, 781 ss.; Si veda 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>38</sup> Così il considerando n. 6 della Direttiva.

<sup>39</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 legati al fenomeno della “cartolarizzazione dei crediti” nel mercato immobiliare e le sue degenerazioni.

<sup>40</sup> Così E. PELLECCCHIA, *La direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2, 2016, p. 214.



esposizione creditoria, che può avere riflessi sull'intero sistema bancario e finanziario.

Del resto, tale finalità di natura pubblicistica è in linea con quelli che sono gli obiettivi della direttiva 2014/17/UE, tra i quali lo sviluppo e la stabilità del mercato del credito.

Venendo al contenuto della disciplina, l'art. 18 della Direttiva 2014/17/UE stabilisce innanzitutto che 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>41</sup>, essa deve essere effettuata sulla base delle informazioni sul reddito del consumatore, sulle sue spese e su altre informazioni sulla sua situazione economica e finanziaria «necessarie, sufficienti e proporzionate»<sup>42</sup>.

Tale affermazione assume particolare importanza nell'ambito del credito immobiliare ed ipotecario, se è vero, come è stato osservato<sup>43</sup>, che una valutazione del merito creditizio ancorata alla mera valutazione dell'immobile e non alla capacità di rimborso del debitore è da considerare tra le cause del c.d. "*predatory lending*": per restare in ambito domestico, basterà pensare a quanto, storicamente, sia stata negletta la valutazione del merito creditizio del richiedente in quanto sostanzialmente considerata assorbita dalla stima del bene immobile costituito a garanzia.

Pertanto 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>44</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>45</sup>.

---

<sup>41</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).

<sup>42</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>43</sup> G. FALCONE, "*Prestito responsabile*" e valutazione del merito creditizio, in *Giurisprudenza Comm.*, 1, 2017

<sup>44</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 Dir. Ban.*, 3, 2016, 1 ss..

<sup>45</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

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 merito creditizio non possa 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>46</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. 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).

Quanto invece all'apparato sanzionatorio predisposto in caso di omessa o scorretta valutazione del merito creditizio occorre rilevare che la Direttiva 2014/17/UE ha compiuto un passo avanti rispetto alla disciplina prevista dalla Direttiva 2008/48/CE ed uno indietro rispetto alla proposta di direttiva sui contratti di credito relativi a beni immobili residenziali.

---

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.

<sup>46</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*, in *Contratti e Impresa/Europa*, 1, 2015, pp. 369-370.

Mentre la prima, infatti, nulla prevedeva sul punto, la seconda prevedeva che, qualora dalla valutazione fosse emerso che le prospettive di rimborsare il credito erano negative, il creditore avrebbe dovuto rifiutare il credito.

Il comma 5, lett. a) dell'art. 18 della Direttiva 2014/17/UE si limita invece ad instaurare una relazione tra l'obbligo di verifica del merito creditizio e la concessione del credito – senza giungere per questo ad assumere contorni paternalistici<sup>47</sup> – lasciando così un vuoto normativo che ha dato vita ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha visto diverse tesi contendersi il campo per l'individuazione della sanzione più “giusta”.

## **6. Il mancato rispetto dell'obbligo di valutazione del merito creditizio: conseguenze sanzionatorie**

In assenza di un dato normativo chiarificatore, problemi sorgono con riguardo alle ipotesi in cui la condotta del finanziatore si ponga in contrasto con il dovere di diligenza per aver ommesso o mal valutato il merito creditizio del consumatore.

In tale circostanza l'individuazione della sanzione più congrua appare necessaria, in quanto, il godimento dei diritti riconosciuti al consumatore potrebbe essere precluso dal comportamento dell'operatore professionale che, a fronte della previsione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, il cui esatto adempimento garantisce la realizzazione concreta dei diritti attribuiti al consumatore, tenga una condotta che da quegli obblighi si discosti.

Regime rimediabile con riferimento al credito immobiliare ai consumatori 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.

Come predetto, tuttavia, in assenza di una presa di posizione del legislatore sul punto, numerose sono le tesi che, nel corso del tempo, si sono contese il campo. Che sia così è dato dal fatto che la Direttiva sul credito immobiliare ai consumatori (al pari della Direttiva n. 48 del 2008) rifugge dal prendere espressa posizione in merito alle conseguenze del mancato rispetto dell'obbligo di preventiva valutazione del merito creditizio. E tanto specialmente con riferimento agli effetti sul contratto di credito che sia stato perfezionato pur in presenza di una assente o carente o negativa valutazione del merito creditizio<sup>48</sup>.

La Direttiva in parola, invero, 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 e che gli stessi attuino tutte le misure necessarie per garantirne l'applicazione.

---

<sup>47</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)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2, 2014, 523 ss..

<sup>48</sup> In termini G. FALCONE, *“Prestito responsabile” e valutazione del merito creditizio*, in *Giurisprudenza Comm.*, 1, 2017, 147 ss..

Inoltre che tali sanzioni debbano essere connotate da peculiari caratteri<sup>49</sup>. Sotto questo ultimo punto di vista, quindi, l'art. 38 pur non individuando le sanzioni da applicare alle violazioni delle regole di comportamento da parte degli operatori finanziari, con formula ormai consolidata nel diritto comunitario<sup>50</sup>, precisa che gli strumenti sanzionatori prescelti discrezionalmente dagli Stati membri, qualunque essi siano, debbano essere dotati dei caratteri dell'efficacia, della proporzionalità e della dissuasività<sup>51</sup>. L'unica sanzione indiretta espressamente 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 e si apprezza avendo riguardo ad uno dei principali obiettivi della legislazione europea sul credito immobiliare: la salvaguardia della fiducia dei consumatori.

Il tema dell'individuazione dell'apparato rimediabile, quindi, risulta essere di particolare momento. Appare infatti di tutta evidenza come l'effettiva operatività di una condotta responsabile nella concessione del credito possa essere assicurata attraverso la previsione di meccanismi di *enforcement* che siano non soltanto di stampo pubblicistico, ma anche, e soprattutto, di natura contrattuale.

Dal punto di vista delle sanzioni amministrative occorre rilevare che l'apparato rimediabile predisposto dal legislatore risulta essere più chiaro

---

<sup>49</sup> Su questo versante, nel considerando n. 83, il legislatore europeo afferma che: “gli Stati membri possono decidere di recepire taluni aspetti della presente direttiva nel diritto nazionale con norme prudenziali, ad esempio la valutazione del merito di credito del consumatore, mentre altri, quali ad esempio gli obblighi dei mutuatari responsabili, sono recepiti mediante norme civili o penali.

<sup>50</sup> Innanzitutto, nella Direttiva 2008/48/CE.

<sup>51</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.

rispetto a quello di stampo civilistico. Invero, a dispetto del silenzio serbato dal legislatore del 2010, che aveva dato attuazione alla direttiva 2008/48/CE, quello del 2016, che ha dato attuazione alla direttiva 2014/17/UE, con l'art 1, comma 9 del d.lgs. n. 72 del 2016 ha modificato l'art. 144 T.U.B. nel senso di consentire, esplicitamente, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria (quella prevista dal comma 1 di quell'articolo) anche nel caso di "inosservanza da parte delle banche e degli intermediari finanziari degli articoli (...), 120-undecies, (...)", ovvero, tra gli altri, quello che dispone l'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore.

Con riferimento invece alle sanzioni civilistiche, e agli effetti che l'omessa o carente valutazione del merito creditizio produce sul contratto perfezionato tra il professionista e il consumatore, le stesse vanno individuate in via interpretativa nel silenzio sul punto serbato dal legislatore. A tal fine tenuto conto delle affinità che le regole di condotta previste per i contratti di credito immobiliare presentano innanzitutto rispetto a quelle dettate in tema di contratti di credito ai consumatori, appare utile analizzare le soluzioni maturate in quella sede<sup>52</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 rimediabile della regolamentazione del credito immobiliare ai consumatori.

Data l'importanza della questione a tale aspetto sarà dedicato un apposito paragrafo.

### **6.1 (*segue*) Le conseguenze civilistiche per la violazione dell'obbligo di preventiva valutazione del merito creditizio del consumatore: le vicende del contratto**

Per quanto concerne le conseguenze civilistiche della violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore da parte del soggetto finanziatore, analogamente alla Direttiva 2008/48/CE e alla relativa disciplina di attuazione, anche la Direttiva 2014/17/UE ed il D.Lgs. n. 72 del 2016, suscitano nell'interprete, proprio per l'assenza di una specifica regolamentazione sul punto, una particolare attenzione sulla sorte del contratto di credito ai consumatori concluso a seguito di una omessa o scorretta valutazione del merito creditizio.

Per violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio si ritiene debba intendersi tanto il comportamento del finanziatore che faccia luogo alla concessione di credito in assenza della valutazione di cui si discorre,

---

<sup>52</sup> Ravvisa un rapporto di specialità tra la direttiva 2008/48/CE e la direttiva 2014/17/UE, G. FALCONE, "Prestito responsabile e valutazione del merito creditizio", cit., 147 ss..

tanto quello in cui il soggetto finanziatore concluda il contratto in presenza di una valutazione carente di informazioni necessarie o effettuata senza una verifica di quelle acquisite dal consumatore.

Il silenzio serbato dal legislatore, tanto europeo che nazionale, ha fatto sì che numerose siano le teorie che sul punto si contendono il campo.

Secondo una prima ricostruzione, da ritenersi ormai superata, l'omessa valutazione del merito creditizio o l'erogazione del credito in spregio alle risultanze emerse dalla verifica non può che ripercuotersi sulla validità del contratto di finanziamento<sup>53</sup>.

Tale teoria faceva perno sulla riconducibilità della violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, e quindi della violazione del dovere di diligenza qualificata ex art. 1176 c.c., non all'interno della violazione delle regole di comportamento, ma in quelle di validità.

La questione presuppone la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento.

La differenziazione di cui si discorre, invero, ha risvolti applicativi di notevole portata, in quanto la violazione delle norme di comportamento non incide mai sulla validità del contratto, ma conduce all'inadempimento e ai conseguenti rimedi caducatori del contratto, oltre al risarcimento del danno, sempre che ne sussistano i presupposti. La violazione delle norme di validità del contratto comporta, invece, l'attivazione dei rimedi eliminatori che incidono sull'atto, come la nullità e l'annullabilità.

Ebbene la diligenza è sempre stata considerata, ragionevolmente, norma di comportamento.

Pur tuttavia, in passato, la giurisprudenza dedicandosi alla responsabilità dell'intermediario finanziario, ha inquadrato il canone di buona fede e della diligenza come canone di validità, ritenendo la violazione del principio di diligenza suscettibile di condurre alla nullità del contratto, nel caso in cui l'intermediario finanziario non rappresenti al cliente risparmiatore tutti gli elementi necessari capaci di consentire una prestazione del consenso davvero valida e, quindi, capaci di consentire una scelta in punto di investimento davvero consapevole.

Tale orientamento – innovativo – si è sviluppato nel periodo compreso tra il 2000 e il 2007, anno in cui ha fatto irruzione nel sistema, la nota sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 19 dicembre 2007, n. 26754 che riconduceva buona fede e diligenza all'interno della categoria delle norme di comportamento.

Per la Suprema Corte, infatti, il fenomeno del trascinarsi delle regole di comportamento fra le regole di validità andava arrestato, in quanto le prime (di cui quella di diligenza rappresenta una *species*) sono ontologicamente diverse dalle seconde: le regole di validità sono predeterminate e stabilite *ex ante* rispetto alla stipula del contratto mentre le regole di comportamento

---

<sup>53</sup> In tal senso cfr. C. IURILLI, *Il credito ai consumatori*, in *La disciplina dei rapporti bancari*, a cura di FIORUCCI, Padova, 2012, 461 ss., ove l'Autore qualifica, però con riferimento alla regola che impone l'obbligo di valutazione del merito creditizio di cui all'art. 124 bis T.U.B., la stessa come norma imperativa e fa discendere dalla sua violazione una nullità di protezione.

intervengono in una fase successiva alla stipula dell'atto ed attengono al concreto dipanarsi del rapporto<sup>54</sup>.

Ulteriore argomentazione in forza della quale è possibile considerare superata la tesi che propende per la nullità del contratto stipulato in spregio all'obbligo di valutazione del merito creditizio è quella che fa leva, come è stato da taluni osservato<sup>55</sup>, su una incidentale presa di posizione da parte dello stesso legislatore: la Direttiva 2014/17/UE, infatti, non rinuncia a considerare seppure, per l'appunto, incidentalmente la sorte del contratto che sia stato nondimeno concluso pur in violazione della norma che sancisce l'obbligo di quella valutazione.

Invero il par. 4 dell'articolo 18 della Direttiva 2014/17 UE sancendo che “gli Stati membri assicurano che, se un creditore conclude un contratto di credito con un consumatore, il creditore non risolva né modifichi in un secondo tempo il contratto di credito a danno del consumatore a motivo del fatto che la valutazione del merito creditizio era stata condotta scorrettamente”, di fatto finisce per prendere posizione circa la validità dello stesso. Se è vero infatti che in assenza di una corretta valutazione del merito creditizio il contratto di credito di regola non dovrebbe essere stipulato, è anche vero che per tale motivo lo stesso non possa essere risolto, il che presuppone, ancor prima, che il contratto sia valido.

Infine, altra argomentazione idonea a confutare la tesi della nullità è quella che ravvisa l'inopportunità della sanzione in parola, posto che la stessa comporterebbe l'obbligo per il consumatore di restituire, immediatamente, le somme ricevute in prestito con un evidente *vulnus* per lo stesso.

Su altro versante non è mancata la tesi di quanti hanno ravvisato nella violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore una causa di annullabilità del contratto.

Tale tesi fa perno sulla circostanza che una valutazione deficitaria sia idonea a determinare un vizio del consenso determinato da errore o da dolo omissivo.

In tal caso, come noto, posto che l'annullabilità rappresenta un vizio meno grave rispetto alla nullità, la scelta di farla valere sarà rimessa solo alla volontà della parte interessata, e per quanto qui di interesse il consumatore parte debole del rapporto obbligatorio.

Senz'altro più persuasiva pertanto appare essere la tesi secondo cui la violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, in quanto violazione di una regola di comportamento, dia vita ad una responsabilità precontrattuale (art. 1337 c.c.) da ricondursi alla categoria giurisprudenziale

---

<sup>54</sup> In tal senso, Cass. Civ., 16 maggio 2016, n. 9981; Cass. Civ., 12 giugno 2015, n. 12262; Cass. Civ., 10 aprile 2014, n. 8462; Cass. Civ., 19 ottobre 2012, n. 18039. Per la Suprema Corte la nullità dei contratti di intermediazione finanziaria per violazione di norme imperative, in mancanza di espressa previsione di legge, si determina unicamente in caso di violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto, non anche quando le norme violate, seppur imperative, attengono al comportamento dei contraenti, potendo tale violazione configurare soltanto fonte di responsabilità: a) precontrattuale, con conseguenze risarcitorie; b) contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto.

<sup>55</sup> In termini G. FALCONE, “*Prestito responsabile e valutazione del merito creditizio*”, cit., 147 ss..

della responsabilità per danno derivante dalla conclusione di un contratto valido, ma sconveniente<sup>56</sup>.

All'uopo, si valorizza la tesi, oggi prevalente, secondo cui il rimedio *de quo* dovrebbe ritenersi percorribile anche a fronte di un contratto valido ed efficace quante volte la volontà del contraente "gabbato" sia stata condizionata attraverso la violazione, perpetrata a suo danno dal creditore-finanziatore, dell'obbligo giuridico di diligenza e buona fede, gravante sulle parti anche nella fase delle trattative e della formazione del contratto.

A favore dell'impostazione in commento, si fa rilevare come non vi sia nel Codice alcuna norma che limiti l'operatività dell'azione di responsabilità precontrattuale alle sole circostanze in cui le parti non siano addivenute ad alcuna stipula, ovvero abbiano stipulato un contratto invalido.

Si osserva in secondo luogo che l'art. 1140 c.c., in tema di dolo incidente, nello stabilire che "se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni" contempla un'ipotesi specifica di responsabilità ex art. 1337 c.c. per violazione dell'obbligo di diligenza e buona fede a fronte di un contratto che è e resta valido.

In tale ipotesi, tuttavia, il risarcimento non sarà pari né all'interesse negativo (quello, cioè, a non essere coinvolto in trattative inutili), posto che nella specie il contratto è stato validamente stipulato, né all'interesse positivo (quello alla corretta esecuzione della prestazione dedotta in contratto), non venendo in considerazione alcuna forma di inadempimento, bensì all'interesse cd. differenziale, consistente nella differenza tra le peggiori condizioni spuntate dal contraente *in bonis* e le più favorevoli condizioni che lo stesso avrebbe verosimilmente conseguito in assenza del comportamento violativo del canone di diligenza perpetrato dalla controparte.

## Conclusioni

Le osservazioni di riepilogo inerenti alle rilevanti questioni trattate nel presente lavoro non possono non riguardare l'esigenza fondamentale del rapporto obbligatorio: l'adeguatezza dell'adempimento.

E, quando si parla di adempimento, il pensiero si rivolge, naturalmente, al canone della diligenza, il quale costituisce non solo il suo presupposto indefettibile ma anche la misura della sua adeguatezza.

Come tutti gli istituti giuridici, anche quello della diligenza non è immune da ripensamenti normativi, i quali, nel corso degli anni, ne regolano gli ambiti operativi.

L'esigenza del ripensamento normativo dell'istituto, lungi dall'esprimere uno sterile esercizio di normazione, è dettata sempre da modificazioni degli assetti relazionali fra le parti del rapporto, i quali configurano la necessità di una rivisitazione dello scenario normativo per renderlo aderente alle nuove "criticità" che, storicamente, si profilano all'orizzonte.

---

<sup>56</sup> In termini G. FALCONE, *op. ul. cit.*



Ciò è proprio quanto avvenuto con il “rinnovamento” del ruolo della diligenza nel rapporto obbligatorio, nell’ambito del quale il contratto è, ontologicamente, lo strumento (“involucro giuridico”) degli “spostamenti di ricchezza”.

Orbene, la sua progressiva “ricollocazione” nella relazione obbligatoria ha indotto il legislatore ad una inevitabile redistribuzione dell’incidenza applicativa dell’istituto fra creditore e debitore: si è pervenuti – non senza “sofferenza” e non senza “punti di intoppo” – al definitivo superamento, se vogliamo, della tradizionale “contra-posizione” dei ruoli di creditore e di debitore.

A tal fine il legislatore ha dovuto superare il limite applicativo della diligenza, tradizionalmente confinata nel recinto della fase dell’esecuzione del rapporto obbligatorio, determinandone l’importazione nella fase genetica di esso: a ben vedere, proprio questo è stato il percorso per “responsabilizzare” sia il creditore che il debitore e ciò è avvenuto mediante il processo che ha portato al fenomeno della “condivisione” del canone della diligenza nel momento della nascita dell’obbligazione.

L’evento è certamente rivoluzionario, perché, superando l’ingessatura di una lettura tradizionalmente orientata della regola della diligenza, ha originato impianti normativi nei quali la regola si appropria di quei requisiti di *flessibilità applicativa* determinanti per la sua estensione operativa e senza i quali sarebbe stato impensabile il risultato ottenuto.

Come sempre accade in occasione di processi di adeguamento normativo, l’esigenza fatta propria dal legislatore è derivata da fatti storicamente determinati, i quali hanno posto all’attenzione l’inadeguatezza della disciplina vigente per fronteggiare le criticità sopravvenute.

Il riferimento è non solo alle norme sovraordinate ma anche – se non soprattutto – alla crisi economica che, a partire dall’anno 2008, ha dimostrato, per un verso, la “fragilità” del corrente sistema di accesso al credito e, per l’altro, la correlata “difficoltà” di adempiere da parte del debitore con effetti inevitabili sulla stessa certezza dell’adempimento (e, quindi, dei rapporti obbligatori). Fino ad un dato periodo storico (coincidente con l’insorgere della crisi economico-finanziaria) l’accesso al credito appariva fin troppo agevole mentre, successivamente e sempre più frequentemente, si è riscontrata una “stretta” creditizia ai fini del consumo, quest’ultima derivante da una verosimile sfiducia del sistema del credito nei confronti del consumatore-debitore.

Ed è in corrispondenza temporale di tale “punto di intoppo” economico-finanziario dell’ambito consumeristico che il legislatore ha deciso di intervenire. La materia consumeristica ha, quindi, costituito la sede opportuna per ricollocare, nel rapporto obbligatorio, l’istituto della diligenza.

La rassegna proposta delle norme sopravvenute consente di affermare che la diligenza ha assunto un ruolo “riequilibratore” nella relazione obbligatoria: lo stesso creditore, ora più di sempre, è tenuto a *cooperare ex ante* con il debitore al fine di individuare, unitamente a quest’ultimo (in ciò il superamento della tradizionale, reciproca “contra-posizione”), il limite fisiologico della personale possibilità di indebitamento. Mediante la

compartecipazione del creditore al processo dinamico di individuazione di tale limite si “responsabilizzano” equamente entrambe le parti e si ottiene anche il risultato di deflazionare il contenzioso.

Le considerazioni ermeneutiche proposte assumono un rilievo addirittura più rilevante ove vengano spostate anche in un osservatorio più ampio, coincidente con le normative finalizzate alla “degiurisdizionalizzazione” del conflitto.

Le norme che impongono il canone della diligenza nella fase genetica dell’obbligazione implicano, giocoforza, il coinvolgimento anche del creditore attraverso la valutazione, *in limine temporis*, della “meritevolezza creditizia” del debitore. Esse anticipano l’analisi della “fisiologia” dell’indebitamento rimettendo allo stesso creditore – in sinergia negoziale con il debitore – il giudizio, preliminare all’accordo negoziale ed inerente la misura della affidabilità economica del debitore. Apparentemente non sembrano esservi novità rispetto al passato, quando un istituto finanziatore, al momento di erogare un credito, procedeva comunque a sue valutazioni. In realtà, le differenze sono sostanziali e decisive: ciò che prima era mera facoltà del finanziatore (la crisi dei mutui americani è l’esempio di un uso insufficiente o distorto di tale facoltà) oggi è regola ed è regola codificata dal sistema normativo, il quale ha sostituito il profilo facoltativo della valutazione preliminare della meritevolezza con quello doveroso, collegandovi sanzioni ben precise nonché assetti di responsabilità ben definiti e non eludibili nemmeno da parte del creditore.

Importato il canone della diligenza nella fase nascente dell’obbligazione si registrano ulteriori effetti rivoluzionari: (1) da un lato, un più sano sviluppo dell’autonomia negoziale. Potremmo affermare che la cooperazione della parte creditrice e della parte debitrice già *ex ante* accomuna entrambe nella realizzazione del programma negoziale, da leggersi, oggi, quale programma univocamente determinato e collaborativamente stilato. Potremmo, addirittura, affermare che il regolamento negoziale, conseguente alla scelta del programma negoziale, lascia pochissimi margini residuali di postuma conflittualità, in quanto derivante da intesa preliminare fra le parti sull’oggetto economico della prestazione del debitore, di cui vengono delineati subito i limiti di sostenibilità economico-negoziale; (2) dall’altro, una sensibile deflazione del contenzioso. Le parti dovrebbero, infatti, valutare preliminarmente le ragioni fondanti il contenzioso pur dopo aver concordato i limiti della sostenibilità del debito concordato. Invero, laddove insorga un inadempimento dovrebbe valutarsi se sia stata corrisposta un’adeguata diligenza (anche *ex parte creditoris*) nella erogazione del credito. Dovrebbe, altresì, valutarsi se il debitore abbia o meno corrisposto la diligenza dovuta.

Inoltre, il ruolo della diligenza – come ridisegnato dal legislatore – rientra nel più ampio progetto normativo di responsabilizzare compiutamente le parti fin dalla nascita del rapporto obbligatorio allo scopo – tanto ambizioso quanto meritevole – di depotenziare i conflitti configurabili in fase di esecuzione del regolamento negoziale nonché di sanzionare i soggetti che vengono meno agli obblighi di diligenza originariamente assunti.

Il nuovo ruolo della diligenza non potrà non avere effetti applicativi su gran parte dei rapporti obbligatori e sarà l'esperienza del caso concreto ad indicare, nel tempo a venire, i suoi benefici anche in funzione deflattiva dei contenziosi.

Sul piano teorico e pratico, allo stato, l'ampliamento operativo del canone della diligenza consente, comunque e già, di poter apprezzare il processo di modernizzazione normativa verificatosi, altro se non la sensibilità del legislatore verso significative "criticità" del sistema creditizio, nelle quali confluiscono anche disagi umani, derivanti dagli effetti di una crisi economica che appare essere strutturale piuttosto che congiunturale e che non sembra prossima a sua definizione.