



DR

Diritto del
Risparmio

CREDITO IMMOBILIARE AL CONSUMATORE E DOGMA DELLA SACRALITÀ DEL CONTRATTO.

di Tommaso Vito RUSSO*

This essay examines consumer protection aspects of Credit Agreements relating to residential Immovable Property, focusing particularly on the significance of the creditworthiness assessment conducted by the lending institution. While a positive assessment leaves the lender with the discretion to decide whether or not to conclude the contract, a negative assessment creates an obligation to refrain from entering into it; failure to do so risks triggering the consequences established by sectoral regulations regarding misleading commercial practices. In such cases, when considering available remedies, it is argued that the dogma of the sanctity of the contract should be set aside to allow for corrective judicial intervention aimed at preserving the contract.

**Ottobre
fascicolo 3/2026**

*Professore ordinario di Diritto Privato presso l'Università del Salento.

Rivista di Diritto del Risparmio

Credito immobiliare al consumatore e dogma della sacralità del contratto*

di Tommaso Vito RUSSO**

**Ottobre
fascicolo 3/2026**

* Contributo approvato dai *referee*.

**Professore ordinario di Diritto Privato presso l'Università del Salento.

Abstract

This essay examines consumer protection aspects of Credit Agreements relating to residential Immovable Property, focusing particularly on the significance of the creditworthiness assessment conducted by the lending institution. While a positive assessment leaves the lender with the discretion to decide whether or not to conclude the contract, a negative assessment creates an obligation to refrain from entering into it; failure to do so risks triggering the consequences established by sectoral regulations regarding misleading commercial practices. In such cases, when considering available remedies, it is argued that the dogma of the sanctity of the contract should be set aside to allow for corrective judicial intervention aimed at preserving the contract.

Il saggio approfondisce i profili di tutela del consumatore nelle operazioni bancarie di credito immobiliare con particolare attenzione alla rilevanza della fase di valutazione del merito di credito da parte dell'istituto di credito; nell'ipotesi di valutazione positiva permane, in capo a quest'ultimo, il potere discrezionale di concludere o meno il contratto, mentre, nell'ipotesi di valutazione negativa, ricorre un obbligo di astensione dalla conclusione dello stesso, salvo incorrere nelle conseguenze previste dalla normativa di settore in tema di pratiche commerciali ingannevoli. In tale evenienza, nella prospettiva della valutazione dei rimedi, si ritiene che debba superarsi il dogma della sacralità del contratto, potendosi consentire un intervento perequativo del giudice, nella prospettiva della conservazione del contratto.

Credito immobiliare al consumatore e dogma della sacralità del contratto.

A cura di Tommaso Vito RUSSO.

SOMMARIO: 1. Le tutele previste dalla *Mortgage Credit Directive*. – 2. Gli obblighi di comportamento. – 3. La valutazione del merito di credito. – 4. Incidenza della valutazione del merito di credito sul contratto di finanziamento. Valutazione positiva e discrezionalità dell'intermediario di concludere il contratto. Valutazione negativa e obbligo di astensione dalla conclusione del contratto. – 5. Conclusione del contratto in assenza di merito di credito quale pratica commerciale ingannevole. – 6. Conservazione del rapporto, superamento del dogma della sacralità del contratto e intervento perequativo del giudice.

1. Le tutele previste dalla *Mortgage Credit Directive*.

Con l'emanazione della *Mortgage Credit Directive* (2014/17/UE) l'Unione Europea ha inteso perseguire l'obiettivo di realizzare un mercato interno più trasparente, efficiente e competitivo, attraverso una adeguata regolamentazione dei contratti di credito relativi a beni immobili e la promozione della sostenibilità nell'erogazione e assunzione dei prestiti, garantendo ai consumatori un elevato livello di protezione¹. Il nuovo quadro regolamentare è volto a identificare quei «livelli minimi» al di sotto dei quali un credito non deve essere considerato accettabile, ma anche nella previsione di misure di compensazione per le situazioni nelle quali i rischi sottostanti sono più elevati per i consumatori, nonché misure necessarie per evitare il sovraindebitamento delle famiglie.

L'obbligo precontrattuale di valutazione del merito creditizio, inteso quale capacità e propensione del consumatore a rimborsare il credito nei termini del contratto, assume un

¹ La direttiva è stata recepita dall'ordinamento italiano con il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72 che ha novellato il Testo Unico Bancario (d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385), aggiungendo al Titolo IV, in tema di Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti, il Capo I *bis* disciplinante il credito immobiliare ai consumatori. Sul punto, v. *ex multis*, I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commento alla direttiva 2014/17/UE, a cura di P. Sirena, Milano, 2016; v. pure, S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, Napoli, 2018; F. QUARTA, *Il credito ai consumatori tra contratto e mercato. Percorsi di studio sul prestito «responsabile»*, Napoli, 2020; M. GORGONI, *I contratti di credito ai consumatori*, in *Il nuovo diritto bancario. Contratti, responsabilità e composizione dei conflitti*, a cura di G. Cricenti e F. Greco, Milano, 2020, p. 513 ss. Sia consentito altresì il rinvio a T.V. RUSSO, *Credito immobiliare ai consumatori*, in *Contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, Milano, 2021, p. 1899 ss.; v. pure, M. SEMERARO e G. TUCCI, *Il credito ai consumatori*, *ibidem*, p. 1823 ss. Per un'analisi dei profili di tutela del consumatore precedenti agli interventi comunitari, v. G. ALPA, *Tutela del consumatore e controlli sull'impresa*, Bologna, 1977.

ruolo centrale, non solo nella prospettiva di contemperare l'interesse del finanziatore a raggiungere profitti e a limitare i rischi connaturati all'operazione attraverso la previsione negoziale di adeguate garanzie, nonché l'interesse del consumatore a concludere un contratto del cui contenuto e dei cui rischi è completamente consapevole; assume infatti rilievo l'interesse di quest'ultimo a ottenere un finanziamento 'sostenibile' nella prospettiva della realizzazione delle proprie esigenze, anche abitative; la realizzazione di queste esigenze individuali deve, in ogni caso, essere in condizione di realizzare anche l'interesse pubblico a preservare la stabilità del mercato finanziario².

La lett. c) dell'art. 120 *quinquies* TUB, chiarito che per «contratto di credito» si intende quello con il quale «un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria», limita l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina in esame a quei finanziamenti garantiti «da un'ipoteca sul diritto di proprietà o su altro diritto reale avente a oggetto beni immobili residenziali», ovvero a quelli finalizzati «all'acquisto o alla conservazione del diritto di proprietà su un terreno o su un immobile edificato o progettato». Le due limitazioni sono alternative: per l'ipotesi da ultimo indicata non è necessario che il finanziamento sia garantito da ipoteca. Quanto alla prima, la garanzia ipotecaria può avere ad oggetto non soltanto il diritto di proprietà ma anche altro diritto reale, purché gravanti su di un bene immobile residenziale. La natura residenziale del bene rileva tuttavia solo sul piano dell'oggetto della garanzia e non già quale oggetto o scopo del credito concesso.

La norma non limita invece la tutela dei finanziamenti finalizzati all'acquisto della proprietà di un bene o alla sua conservazione alla circostanza che l'acquisto concerna beni immobili residenziali. In ogni caso, il soggetto finanziato deve essere un consumatore. Ciò incide sulla relazione tra quest'ultimo e il bene, nel senso che la disciplina sul credito immobiliare ai consumatori non trova applicazione ai contratti di credito che abbiano ad oggetto immobili da destinare all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta³.

L'art. 120 *quinquies*, inoltre, non limita la tutela ai soli contratti con i quali si concede un

² Sul punto, v. P. SIRENA, *Autonomia privata e vigilanza bancaria nel diritto europeo dei contratti di finanziamento*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo*, cit., p. 3 ss.; A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2012, I, p. 26 ss.

³ Sull'evoluzione della normativa, v. F.P. PATTI, *Finanziamenti all'impresa, credito fondiario e (riconsiderazione del) privilegio processuale*, in *Fallimento*, 2017, p. 253 ss.; S. PAGLIANTINI, *Mutuo fondiario solutorio e l'ambaradan delle categorie civilistiche*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 952 ss.

credito, estendendola anche a quelli di portata meramente obbligatoria e includendo ogni forma di «dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria». La normativa in esame non trova altresì applicazione a quei contratti di credito nei quali il finanziatore concede *una tantum* o periodicamente una somma di denaro o eroga credito sotto altre forme in cambio di una somma derivante dalla vendita futura di un bene immobile residenziale o di un diritto reale su un bene immobile residenziale; non si applica altresì a quei contratti di credito nei quali il finanziatore non chiede il rimborso del credito fino al verificarsi di uno o più eventi specifici afferenti la vita del consumatore, salvo in caso di violazione, da parte del consumatore, dei propri obblighi contrattuali che consenta al finanziatore di domandare la risoluzione del contratto di credito.

Vi è pertanto espressa esclusione delle ipotesi c.d. di *equity release*, ossia di quei contratti con i quali il consumatore viene finanziato, *una tantum* o periodicamente, attraverso la concessione di una somma di denaro o differenti forme di erogazione del credito a fronte dell'attribuzione del diritto al corrispettivo riveniente da una futura vendita o di altro diritto reale su di un immobile residenziale, condizionata alla verifica di un evento collegato alla vita del consumatore stesso⁴.

Non si applica altresì ai contratti di credito mediate i quali un datore di lavoro, al di fuori della sua attività principale, concede ai dipendenti crediti senza interessi o a un TAEG inferiore a quello prevalente sul mercato e non offerti al pubblico in genere; ai contratti di credito, individuati dalla legge, relativi a prestiti concessi a un pubblico ristretto, con finalità di interesse generale, che non prevedono il pagamento di interessi o prevedono tassi inferiori a quelli prevalenti sul mercato oppure ad altre condizioni più favorevoli per il consumatore

⁴ Si è soliti far rientrare nell'ambito di questo istituto, di derivazione anglo-sassone, il prestito vitalizio ipotecario, introdotto nell'ordinamento italiano dalla l. 2 dicembre 2005, n. 248 e da ultimo modificato dalla l. 2 aprile 2015, n. 44. È la stessa direttiva, al considerando n. 16, che precisa che tali contratti di credito hanno caratteristiche specifiche che esulano dal suo ambito di applicazione. Significative sono infatti le differenze in tema di valutazione del merito di credito, nonché di informazioni precontrattuali. Secondo il medesimo considerando, resterebbero fuori dall'ambito di applicazione della direttiva anche le ipotesi di vendita della nuda proprietà (*home reversion*), comparabile al *reverse mortgage* o al *lifetime mortgage*. L'art. 1 della l. n. 44 del 2015, ha novellato il comma 12 dell'art. 11 *quaterdecies* della l. n. 248 del 2005, come segue: «Il prestito vitalizio ipotecario ha per oggetto la concessione da parte di banche nonché di intermediari finanziari, di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, di finanziamenti a medio e lungo termine, con capitalizzazione annuale di interessi e di spese, riservati a persone fisiche con età superiore a sessanta anni compiuti, il cui rimborso integrale in un'unica soluzione può essere richiesto al momento della morte del soggetto finanziato ovvero qualora vengano trasferiti, in tutto o in parte, la proprietà o altri diritti reali o di godimento sull'immobile dato in garanzia o si compiano atti che ne riducano significativamente il valore, inclusa la costituzione di diritti reali di garanzia in favore di terzi che vadano a gravare sull'immobile».

rispetto a quelle prevalenti sul mercato e a tassi debitori non superiori a quelli prevalenti sul mercato; ai contratti di credito in cui il credito è concesso senza interessi o ulteriori oneri, a esclusione di quelli per il recupero dei costi direttamente connessi all'ipoteca; ai contratti di credito nella forma dell'apertura di credito, qualora il credito sia da rimborsare entro un mese; contratti di credito risultanti da un accordo raggiunto davanti a un giudice o altra autorità prevista dalla legge; ai contratti di credito relativi alla dilazione, senza spese, del pagamento di un debito esistente, se non comportano l'iscrizione di un'ipoteca; ai contratti di credito non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un bene immobile residenziale. Vengono infine escluse dall'applicazione della normativa in esame i c.dd. *prestiti ponte*, ovvero quei contratti di credito in cui la durata non è determinata o in cui il credito deve essere rimborsato entro dodici mesi ed è destinato ad essere utilizzato come finanziamento temporaneo in vista di altre soluzioni per finanziarie l'acquisto della proprietà di un bene immobile.

Gli 'attori' di questa fattispecie di credito immobiliare sono: il «consumatore», indicato dall'art. 120 *quinquies* quale «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»; il «finanziatore», indicato quale «soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito»; «l'intermediario del credito», definizione che identifica innanzitutto «gli agenti in attività finanziaria» e «i mediatori creditizi».

L'art. 128 *quater* identifica l'«agente in attività finanziaria» come quel soggetto che, su mandato diretto di intermediari finanziari previsti dal titolo V, istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica, banche o Poste Italiane o altri soggetti autorizzati o abilitati all'erogazione del credito, presenta o propone ovvero conclude contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma o alla prestazione di servizi di pagamento, ovvero assiste i consumatori esercitando attività preparatorie o altre attività amministrative precontrattuali per la conclusione di contratti di credito. Gli agenti in attività finanziaria possono svolgere esclusivamente l'attività indicata nel presente comma, nonché attività connesse o strumentali.

I «mediatori creditizi» sono invece quei soggetti che, ai sensi dell'art. 128 *sexies*, mettono in relazione, anche attraverso attività di consulenza, ovvero tramite canale informatico, banche o intermediari finanziari, o altri soggetti autorizzati o abilitati all'erogazione del credito, con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma.

In entrambi i casi, la relativa attività può essere esercitata solo da soggetti abilitati e iscritti in appositi elenchi.

È noto che il Testo Unico Bancario consente altresì che l'attività di intermediazione sia esercitata da altri soggetti diversi dal finanziatore che, nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale, svolgono, a fronte di un compenso in denaro o di altro vantaggio economico oggetto di pattuizione e nel rispetto delle riserve di attività previste dalla legislazione vigente, almeno una delle seguenti attività: 1) presentazione o proposta di contratti di credito ovvero altre attività preparatorie in vista della conclusione di tali contratti; 2) conclusione di contratti di credito per conto del finanziatore. Vengono ricondotti a questa categoria di soggetti i consulenti finanziari (un tempo chiamati promotori finanziari) abilitati all'offerta fuori sede di servizi finanziari e di investimento, *ex art. 31 del TUF*.

2. Gli obblighi di comportamento.

La fase precontrattuale assume, come in ogni rapporto contrattuale con un consumatore, un momento al quale il legislatore comunitario ha da sempre prestato particolare attenzione.

Il finanziatore e l'intermediario del credito devono comportarsi con diligenza, correttezza, e trasparenza, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori e devono altresì basare la propria attività sulle informazioni rilevanti riguardanti la situazione del consumatore, su ogni bisogno particolare che questi ha comunicato, su ipotesi ragionevoli con riguardo ai rischi cui è esposta la situazione del consumatore per la durata del contratto di credito. L'art. 8 della direttiva impone peraltro che le informazioni siano fornite ai consumatori a titolo gratuito. Gli annunci pubblicitari relativi a contratti di credito sono effettuati in forma corretta, chiara e non ingannevole e non devono contenere formulazioni che possano indurre nel consumatore false aspettative sulla disponibilità o il costo del credito. La precisazione sulla portata «non ingannevole» dell'annuncio pubblicitario assume rilievo non tanto nell'ottica del rapporto con la chiarezza e la correttezza, quanto nella specificazione portata dall'ultima parte della disposizione, che precisa che la trasparenza e intelligibilità del messaggio pubblicitario non deve appunto 'ingannare' il consumatore in merito alla certa concessione del credito, a prescindere dalla successiva valutazione, in concreto, della fattibilità dell'operazione di finanziamento, specie in relazione alla valutazione positiva del suo «merito di credito».

Nella prospettiva di garantire che la manifestazione di volontà del consumatore sia

adeguatamente ‘formata’, il finanziatore o l’intermediario del credito devono mettere a sua disposizione, in qualsiasi momento, un documento contenente informazioni generali chiare e comprensibili sui contratti di credito offerti, e ciò su supporto cartaceo o altro supporto durevole. Al fine di consentire che anche la volontà negoziale del finanziatore sia ‘adeguatamente formata’, con specifico riferimento al profilo di rischio del consumatore, il documento deve altresì indicare con precisione le informazioni e le evidenze documentali che quest’ultimo deve fornire ai sensi dell’articolo 120-*undecies*, comma 1, e il termine entro il quale esse devono essere fornite, nonché l’avvertimento che il credito non può essere accordato se la valutazione del merito creditizio non può essere effettuata a causa della scelta del consumatore di non fornire le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione; deve altresì rendere edotto il consumatore della eventuale consultazione di una banca dati, in conformità dell’art. 13 del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, nonché della possibilità di ricevere servizi di consulenza. Il nuovo art. 120 *undecies*.1 prevede altresì che se il rifiuto della domanda di credito si basa sulle informazioni presenti in una banca dati, il finanziatore deve informare il consumatore immediatamente e gratuitamente del risultato della consultazione e degli estremi della banca dati.

Il finanziatore o l’intermediario del credito devono fornire al consumatore «informazioni personalizzate», al fine di consentirgli il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata in merito alla conclusione di un contratto di credito. Le informazioni personalizzate devono essere fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso la consegna del modulo denominato «Prospetto informativo europeo standardizzato» (c.d. PIES)⁵. Il modulo è consegnato tempestivamente dopo che il consumatore ha fornito le informazioni necessarie circa le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze in conformità all’articolo 120-*undecies*, comma 1, e comunque in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un’offerta. Le informazioni aggiuntive che il finanziatore o l’intermediario del credito debba o voglia fornire al consumatore sono riportate in un

⁵ Il modello da utilizzare per la redazione del PIES è contenuto nell’Allegato II della MCD. Sulla fondamentale necessità della personalizzazione del rapporto tra utente e professionista nei rapporti contrattuali del settore finanziario, v. P. PERLINGIERI, *Regole del mercato e tutela dell’investitore. Riflessioni a margine della MIFID*, in *Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori*, a cura di S. Adamo, E. Capobianco e P. Cucurachi, Napoli, 2010, p. 309 ss. Sulle differenze e sulla inconciliabilità tra personalizzazione e standardizzazione, v. F. VITERBO, *Consulenza in materia di investimenti*, cit., p. 214; v. altresì E. CAPOBIANCO, *Profili generali della contrattazione bancaria*, in *I contratti bancari*, a cura di Capobianco. Milano, 2016, p. 10 ss.; S. TOMMASI, *La tutela del consumatore nei contratti di credito immobiliare*, cit., p. 27.

documento distinto. Le disposizioni della Banca d'Italia in materia di *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari* prevedono (5.2.2.) che il PIES deve riportare i tassi di interesse su base annuale e almeno con riferimento all'anno civile; deve altresì includere una tabella di ammortamento esemplificativa quando il tasso di interesse è fisso per tutta la durata del contratto di credito, ovvero quando il contratto prevede il rimborso differito degli interessi (gli interessi non sono integralmente rimborsati con le rate e sono, invece, aggiunti all'importo totale del credito residuo). La *ratio* delle informazioni personalizzate e del PIES è quella di consentire al cliente/consumatore di procedere alla eventuale comparazione di differenti offerte contrattuali da parte di differenti finanziatori. Il PIES, ad ogni buon conto, non è da considerare quale offerta vincolante per il finanziatore, in quanto, proprio per realizzare la funzione di costruire un prodotto *tailor made* per le esigenze specifiche di ciascun consumatore, necessita di essere 'tagliato' in relazione allo specifico scambio di informazioni.

Decisamente rilevanti, infine, gli ulteriori obblighi di informazione collegati all'eventuale previsione, nel contratto di finanziamento, di un 'patto' espresso con il quale si conviene che il debito possa essere estinto mediante la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della sua vendita, in ossequio a quanto disposto dall'art. 120 *quinquiesdecies*. Il nuovo testo della norma dispone che fermo quanto previsto dall'art. 2744 c.c. le parti possono convenire, con clausola espressa, al momento della conclusione del contratto di credito, che in caso di inadempimento del consumatore la restituzione o il trasferimento del bene immobile oggetto di garanzia reale o dei proventi della vendita del medesimo bene comporta l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore derivante dal contratto di credito anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è inferiore al debito residuo. Se il valore dell'immobile come stimato dal perito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita è superiore al debito residuo, il consumatore ha diritto all'eccedenza. In ogni caso, il finanziatore si adopera con ogni diligenza per conseguire dalla vendita il miglior prezzo di realizzo.

3. La valutazione del merito di credito. La fase precontrattuale e l'attento scambio di informazioni deve consentire anche al finanziatore la formazione di un consenso consapevole circa le prospettive di rischio di insolvenza da parte del debitore. La normativa comunitaria ha così inteso precisare quanto sia essenziale che la capacità e la propensione del

consumatore a rimborsare il credito sia valutata e accertata prima della stipula del contratto di finanziamento⁶.

Il comportamento irresponsabile dei finanziatori costituisce il nemico da combattere, non soltanto per finalità di tutela del consumatore, quanto e soprattutto del sistema finanziario globale, che deve essere, da un lato «efficiente e competitivo», ma dall'altro «responsabile e affidabile». Ogni rapporto di finanziamento potenzialmente in grado di generare fenomeni di sovraindebitamento del consumatore rappresenta un momento negativo per l'intero sistema finanziario e deve pertanto essere evitato.

Nell'ottica bilaterale del finanziamento 'responsabile' – da intendersi come *responsible lending*, ma anche come *responsible borrowing* - il merito di credito del consumatore viene così ad assumere un ruolo centrale. La particolare natura del credito ha spinto il legislatore comunitario a segnalare agli Stati membri la necessità di prevedere misure di verifica del 'merito' più rigide rispetto a quelle già previste per il credito al consumo ordinario.

Capacità di rimborso e garanzie assumono, tuttavia, ruoli differenti nella valutazione della scelta responsabile di concedere il credito. Solo la prima avrà un ruolo determinante nella valutazione del merito di credito e, quindi, sulla capacità di adempimento delle obbligazioni contrattuali; le garanzie assumeranno invece un ruolo nella valutazione della protezione del patrimonio del creditore dall'inadempimento.

Sulla scia di quanto previsto dall'art. 4 della MCD, l'art. 120 *undecies* dispone che, prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore deve svolgere una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, tenendo conto dei fattori pertinenti per verificare le prospettive di adempimento degli obblighi stabiliti dal contratto di credito. La valutazione del merito creditizio è effettuata sulla base delle informazioni sulla situazione economica e finanziaria del consumatore necessarie, sufficienti, proporzionate e opportunamente verificate. La normativa comunitaria precisa altresì che la valutazione della capacità del consumatore di servire e rimborsare integralmente il credito dovrebbe tener conto «di pagamenti futuri o aumenti dovuti ad ammortamenti negativi o pagamenti differiti del capitale o degli interessi e dovrebbe essere considerata alla luce di altre spese periodiche, altri debiti e impegni finanziari nonché redditi, risparmi e attivi»⁷.

⁶ Per un approfondimento monografico, v. G. LIBERATI BUCCIANI, *Il merito creditizio del consumatore*, Milano, 2019; v., pure, T.V. RUSSO, *Valutazione ingannevole del merito creditizio e intervento perequativo del giudice nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1486 ss.

⁷ Cfr. Considerando n. 53.

Sì che, mentre il valore del bene immobile è un evento rilevante nella valutazione dell'importo del credito che può essere concesso al consumatore nel quadro di un contratto garantito, la valutazione del merito di credito deve basarsi sulla capacità del consumatore di far fronte ai propri obblighi nei termini del contratto; con la conseguenza che la possibilità che il valore del bene immobile possa superare l'importo del credito o possa aumentare in futuro non costituisce condizione sufficiente per concedere il credito.

L'obiettivo del legislatore è chiaro: l'inadempimento e l'escussione del patrimonio del debitore sono eventi che devono essere scongiurati. Le garanzie non devono assumere il ruolo di elemento primario nella valutazione della concessione di un credito, ma solo di strumento di tutela per eventi che, in sede precontrattuale, non devono essere preventivati come altamente probabili. Nella medesima prospettiva deve essere valutata l'incidenza della capacità del creditore di trasferire parte del rischio a terzi, che potrebbe portare il finanziatore a concedere un credito in favore di un consumatore che, in assenza di tale trasferimento del rischio, non sarebbe potenzialmente in grado di rimborsarlo.

Ruolo determinante assumono così, al fine di una corretta valutazione del merito di credito, proprio le informazioni date dal consumatore nella fase precontrattuale, anche laddove fornite mediante l'intermediario del credito, nonché quelle che quest'ultimo o lo stesso finanziatore sia stato in grado di procurarsi attraverso la consultazione delle banche dati; la dialettica che deve accompagnare la fase precontrattuale porta con sé che il finanziatore sia tenuto a chiedere chiarimenti al consumatore sulle informazioni ricevute, se necessario per consentire la valutazione del merito creditizio.

L'indagine – e la cooperazione tra le parti del rapporto – deve vertere esclusivamente sulla valutazione rigorosa della capacità di rimborso del consumatore, in relazione agli eventi che possono incidere sulla sua capacità reddituale. La valutazione dell'impatto di eventi futuri sull'esatto adempimento delle obbligazioni assunte deve coprire l'intera durata del contratto di credito: rilievo determinante possono assumere eventi quali la riduzione del reddito conseguente al pensionamento del debitore nel corso del rapporto, ovvero delle eventuali oscillazioni dei tassi debitori o di cambio.

4. Incidenza della valutazione del merito di credito sul contratto di finanziamento. Valutazione positiva e discrezionalità dell'intermediario di concludere il contratto. Valutazione negativa e obbligo di astensione dalla

conclusione del contratto.

Non pare potersi negare che la valutazione positiva del merito creditizio non trasformi l'interesse del consumatore alla conclusione del contratto in un diritto soggettivo, rimanendo nell'ambito della libertà di autonomia negoziale del finanziatore la scelta di esprimere quel consenso contrattuale⁸. Se non sembra ricorrere nell'ordinamento vigente un obbligo di far credito, rimane tuttavia forte l'incidenza degli obblighi di correttezza che, come visto, permeano in misura significativa la fase delle trattative. Sì che non vi sono ostacoli al ricorso ai rimedi tradizionali in tema di responsabilità precontrattuale, laddove ve ne siano i presupposti⁹.

Quanto invece alla valutazione negativa sul merito di credito, la stessa deve portare il finanziatore a non concludere il contratto - evento al quale la normativa fa seguire un obbligo di informare il consumatore «senza indugio», con la precisazione, ove sia il caso, dell'incidenza sulla scelta delle risultanze delle banche dati ovvero dal trattamento automatico degli stessi¹⁰. Le regole di correttezza vogliono che tale informazione non sia 'sterile' ma adeguatamente motivata¹¹.

Che si tratti di un obbligo di astensione dalla conclusione del contratto emerge dall'art. 18 della *MCD* che dispone che «il creditore eroghi il credito al consumatore solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito».¹²

⁸ Lo stesso considerando n. 57 chiarisce, in tal senso, che una valutazione positiva del merito di credito non 'dovrebbe' tradursi nell'obbligo per il creditore di erogare il credito.

⁹ V. *ex multis*, ABF, Coll. Bari, 9 marzo 2020, n. 4052.

¹⁰ Ciò, precisa la direttiva (considerando n. 61), al fine di consentire al consumatore di esercitare il suo diritto di accesso e, ove, giustificato, rettificare, cancellare o bloccare i dati personali che lo riguardano ivi trattati.

¹¹ V. ABF, Coll. Coord., 29 novembre 2013, n. 6182, cit., ha ritenuto che la specificità dell'indicazione delle motivazioni di esclusione del cliente dal credito costituisca un profilo imprescindibile della doverosa funzione che le risposte dell'intermediario sono destinate ad assumere ai fini dell'orientamento del cliente stesso nei suoi rapporti di credito presenti e futuri. L'Arbitro Bancario ha così ritenuto indiscutibile l'attuale sussistenza di un diritto del cliente a ricevere indicazioni, anche se di carattere generale (in quanto applicazione di criteri elaborati per la generalità della clientela), ma pur sempre adeguatamente rapportate alle concrete circostanze individuali, circa le ragioni dell'eventuale diniego di credito. Nella decisione vengono richiamate le prescrizioni impartite dall'Autorità di Vigilanza con la Comunicazione 22 ottobre 2007, secondo le quali, qualora nell'ambito della propria autonomia gestionale «decida di non accettare una richiesta di finanziamento, è necessario che l'intermediario fornisca riscontro con sollecitudine al cliente; nell'occasione, anche al fine di salvaguardare la relazione con cliente, andrà verificata la possibilità di fornire indicazioni generali sulle valutazioni che hanno indotto a non accogliere la richiesta di credito».

¹² La proposta di direttiva COM (2011) 142 invero era più puntuale, disponendo, all'art. 14, par. 2, lett. a), che, «se dalla valutazione del merito di credito del consumatore risulta che le prospettive di rimborso del prestito nel corso della durata del contratto di credito sono negative, il creditore rifiuta il credito». Sul punto, nel senso dell'obbligo di non concludere il contratto, v. E. PELLECCIA, *La Direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, I. p. 213; S. TOMMASI, *La tutela del*

Peraltro, lo stesso considerando n. 57 indica che la decisione del creditore sulla opportunità di concedere il credito dovrebbe essere coerente con l'esito della valutazione del merito creditizio. Di là dalla 'vaghezza' della disciplina nazionale di recepimento, l'obbligo di astensione, oltre a trovare il proprio fondamento nella direttiva, che non lascia margini di discrezionalità al legislatore interno, trova la sua principale ragione d'essere – che non può concretamente non valere anche per il credito al consumo – nella valutazione dell'incidenza di ciascun rapporto di finanziamento sull'intero sistema finanziario. La dimensione privatistica del negozio di finanziamento non può sottrarsi ad una valutazione più ampia, di matrice *latu sensu* pubblicistica, della tutela del mercato del credito, che esige una corretta allocazione delle risorse e, nella fattispecie, dei finanziamenti nella prospettiva della corretta valutazione della meritevolezza dell'esigenza di credito di ciascun consumatore, che non può non trovare il suo piano di indagine primario nella sua capacità di rimborso, a prescindere, si diceva, dalle garanzie prestate.¹³

Sia chiaro, non si tratta di due dimensioni in contrasto, quella pubblica e quella privata, quanto di due profili del medesimo interesse alla funzionalizzazione delle libertà economiche alla realizzazione del valore-persona¹⁴.

5. Conclusione del contratto in assenza di merito di credito quale pratica commerciale ingannevole.

consumatore, cit., p. 81, la quale sottolinea la rilevanza della differenza tra quanto disposto dall'art. 18 della MCD e quanto disposto dall'art. 8 della direttiva 2008/48/CE, in materia di contratti di credito ai consumatori, proprio «in ragione del nesso di funzionalità necessaria tra la valutazione del merito creditizio e la successiva decisione in ordine alla erogazione del credito». L'A. ritiene che la differente disciplina sia giustificata dalla specificità del contratto di credito relativo ad immobili residenziali e dalla sua rilevante incidenza sulle condizioni patrimoniali e personali del consumatore. In senso contrario, v. S. PAGLIANTINI *Statuto dell'informazione e prestito responsabile*, cit., p. 537 s. Sul punto, v. il recente intervento della Corte Giust. UE, 6 giugno 2019, C-58/18, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 95 ss., con nota di G. LIBERATI BUCCIANI, *Merito creditizio e obbligo di non concludere il contratto* (p. 89 ss.), che, esaminando la legge belga di recepimento della direttiva in materia di credito al consumo (48/28/CE), l'ha ritenuta non in contrasto nella parte in cui impone al creditore di astenersi dal concludere il contratto di credito qualora non possa ragionevolmente ritenere, al termine della verifica del merito creditizio, che quest'ultimo sarà in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto di cui trattasi. L'Avvocato Generale, nelle sue conclusioni, rilevava che ove si ritenesse il creditore libero di concludere il contratto anche in presenza di una valutazione negativa, verrebbe vanificata la stessa valutazione del merito di credito.

¹³ Sul punto, con riferimento alla disciplina del credito al consumo, v. le interessanti riflessioni di M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori* in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 765.

¹⁴ P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss.; ID, *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto dalla Comunità economica europea all'Unione Europea*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri e E. Caterini, IV, Rende, 2009, p. 7 ss., spec. p. 19.

Decisamente più complesso è lo studio delle conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo in capo al finanziatore di astenersi dalla conclusione del contratto di finanziamento, in presenza, appunto, di una valutazione del merito creditizio negativa e, soprattutto, ai rimedi ai quali il consumatore può ricorrere laddove emerga una concreta insostenibilità finanziaria del prestito. Ci si trova, in concreto, nell'ipotesi che il legislatore voleva sostanzialmente impedire con la rigidità delle regole in materia di valutazione del merito di credito.

Non si tratta di valutare il ravvedimento del finanziatore, una volta concluso il contratto e accortosi che la valutazione del merito di credito sia stata non diligente, o perché condotta scorrettamente, o perché le informazioni fornite dal consumatore prima della conclusione del contratto si siano rivelate incomplete: ove ciò accada, il finanziatore non potrà risolvere il contratto, né apportare modifiche svantaggiose per il consumatore, salvo che il consumatore abbia intenzionalmente omissso di fornire tali informazioni o abbia fornito informazioni false.

Si tratta invece di analizzare le conseguenze sul patrimonio del debitore che ha confidato sulla valutazione del merito di credito fatta dal finanziatore. In realtà, quelle informazioni raccolte in sede di istruttoria avrebbero dovuto portare un finanziatore diligente e corretto a non concludere quel contratto, in quanto potenzialmente dannoso per un consumatore che, in concreto, non abbia la capacità di adempiere regolarmente le obbligazioni assunte, con conseguente ricaduta in uno stato di morosità e di indebitamento eccessivo: circostanze, al verificarsi delle quali, in ogni caso, il finanziatore non riceve un danno concreto, avendo concordato sia interessi di mora che idonee garanzie a copertura dell'inadempimento. Un finanziatore adeguatamente garantito potrebbe essere 'tentato' dal concedere finanziamenti a consumatori il cui merito di credito sia non adeguato. Numerosi, come noto, possono essere i *benefits* derivanti dalla conclusione di quel contratto, sia per il finanziatore, sia per il suo funzionario, sia per l'intermediario, tenuto peraltro conto della prassi di trasferire i crediti a terzi nell'ambito di operazioni più complesse.

Di là dalla singola modalità di perfezionamento della valutazione non corretta del merito di credito, il comportamento del finanziatore che, pur prescindendo dal suo stato soggettivo, concluda il contratto di finanziamento con un consumatore 'non meritevole' può essere

qualificato quale 'pratica commerciale scorretta' ai sensi dell'art. 20 del codice del consumo¹⁵. Ricorrono sia l'elemento della contrarietà del comportamento alla diligenza professionale, sia la falsità ovvero la sua idoneità a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto-finanziamento, del consumatore al quale è diretto¹⁶. Nella specie, la pratica commerciale scorretta può essere valutata quale 'pratica commerciale ingannevole' ai sensi degli artt. 21-23 del medesimo codice. L'azione ingannevole del finanziatore consiste nel concedere un credito garantito a un consumatore non in grado di ripagarlo secondo le condizioni contrattualmente previste. Il consumatore al quale è stata omessa l'informazione in merito alla valutazione negativa del merito creditizio, ovvero è stata comunicata una valutazione positiva che in concreto non risponde a quella che sarebbe risultata da un'indagine condotta correttamente si trova nella situazione di essere stato indotto ad assumere una decisione negoziale, di natura commerciale, «che non avrebbe altrimenti preso».

La circostanza che la condotta del professionista coinvolto sia stata tenuta una sola volta e abbia interessato un solo consumatore è del tutto irrilevante al fine di escluderne la riconducibilità nell'alveo delle pratiche commerciali scorrette, atteso che né la normativa

¹⁵ Lo ipotizza già G. FALCONE, «*Prestito responsabile*» e valutazione del merito creditizio, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 167, il quale tuttavia reputa che tale inquadramento «potrebbe aprire il varco ad una valutazione del contratto in termini di invalidità (e, più in particolare, ad una annullabilità dello stesso per dolo commissivo od omissivo)». Per un approfondimento sulle problematiche connesse alle pratiche commerciali sleali, v., *ex multis*, C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 775 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 685 ss.; per un contributo recente, v. A. ZURLO, *Le pratiche commerciali scorrette nei contratti bancari*, in *Il nuovo diritto bancario. Contratti, responsabilità e composizione dei conflitti*, cit., p. 751 ss.

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414, in *Dir. Giust.*, 27 aprile 2020, che ha ritenuto che «Scopo della normativa è quello di ricondurre l'attività commerciale in generale entro i binari della buona fede e della correttezza. Il fondamento dell'intervento è duplice: da un lato, esso si ispira ad una rinnovata lettura della garanzia costituzionale della libertà contrattuale, la cui piena esplicazione si ritiene presupponga un contesto di piena "bilateralità", dall'altro, in termini analisi economica, la trasparenza del mercato è idonea ad innescare un controllo decentrato sulle condotte degli operatori economici inefficienti. Le politiche di tutela della concorrenza e del consumatore sono sinergicamente orientate a promuovere il benessere dell'intero sistema economico». V., altresì, Tar Lazio, sez. I, 9 dicembre 2019, n. 14066, in *Foro amm.*, 2019, p. 2104: «Tra le regole oggettive di comportamento finalizzate alla tutela dell'interesse dei consumatori ad assumere decisioni commerciali consapevoli e informate, è sicuramente ricompreso il dovere di veicolare informazioni complete ed esaustive riguardo le caratteristiche dei prodotti oggetto di promozione. Il carattere ingannevole di una condotta risulta sia dalla positiva induzione all'errore dei consumatori, sia dall'omissione di informazioni rilevanti in ordine alle caratteristiche e condizioni economiche del prodotto offerto. Ne discende che grava sul soggetto che offre un prodotto o una prestazione l'onere di rendere disponibili tutte le informazioni rilevanti ai fini dell'adozione di una scelta consapevole da parte del consumatore secondo una valutazione ex ante che prescinde sia dall'idoneità della condotta ingannevole rispetto alle effettive competenze dei soggetti che sono specificamente venuti in contatto con l'operatore, sia dal concreto danno ad essi procurato dovendo pertanto le complessive condizioni dell'offerta essere chiaramente ed immediatamente percepibili da parte del consumatore».

interna, né quella euro-unitaria recano indizi che consentano di affermare che l'azione o l'omissione da parte del professionista debba presentare carattere reiterato o riguardare più di un consumatore¹⁷.

Una volta valutata la vicenda quale pratica commerciale ingannevole, occorre indagare il ben più delicato piano dei rimedi, tenuto conto, da un lato, che il legislatore comunitario ha rimesso agli stati membri la scelta delle sanzioni da applicare in caso di violazione delle disposizioni portate dalla direttiva, purché «efficaci, proporzionate e dissuasive», dall'altro, che il legislatore nazionale non ha esercitato tale discrezionalità, quanto meno sul piano civilistico. Quanto ai primi due profili, il rimedio, di là dalla sua portata dissuasivo-punitiva, per essere efficace e proporzionato deve essere in condizione di realizzare al meglio gli interessi concretamente in gioco, tenuti nella dovuta considerazione gli scopi di protezione indicati dalla direttiva e, in particolare, la effettività della tutela del consumatore, in uno con quello della stabilità finanziaria e tenuto ovviamente in conto il sistema italo-comunitario nell'ambito del quale l'interprete deve muovere la sua analisi¹⁸.

Lo studio dei rimedi adeguati alle vicende in esame confortano le riflessioni di coloro che intendono studiare le patologie del rapporto non sentendosi legati dalle classificazioni tradizionali¹⁹.

Occorre preliminarmente chiarire che una soluzione adeguata deve passare dal superamento della prospettiva della c.d. non interferenza tra dovere di correttezza e validità del contratto e, pertanto, dalla constatazione della carenza di portata ricostruttiva della

¹⁷ Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 2019, n. 6984, in *Foro amm.*, 2019, p. 1629, che ha altresì precisato che le pratiche commerciali scorrette si sostanziano in illeciti di mero pericolo, con la conseguenza che ai fini della configurabilità della violazione è sufficiente l'astratta ripetibilità della condotta non conforme a quella prescritta. In tal senso, già Corte Giust. UE, 16 aprile 2015, in C-388/13, in *Dir. Giust.*, 16 aprile 2015, aveva ritenuto che né le definizioni fornite agli articoli 2, lettere c) e d), 3, paragrafo 1, nonché 6, paragrafo 1, della direttiva sulle pratiche commerciali sleali né quest'ultima, considerata nel suo insieme, contengono indizi secondo cui l'azione o l'omissione da parte del professionista dovrebbe presentare carattere reiterato o riguardare più di un consumatore.

¹⁸ Sul punto, v. le riflessioni di R. DI RAIMO, *L'art. 14 della direttiva 2005/29/CE e la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, p. 292 ss., il quale condivisibilmente precisa che la disciplina a tutela del consumatore deve sempre essere intesa come elemento determinante dell'ordine razionale dell'attività di impresa, che, a sua volta, è rappresentato come garanzia essenziale della libertà di scelta del consumatore sul mercato.

¹⁹ Per un'accurata analisi circa le conseguenze di una pratica commerciale scorretta sui contratti a valle, v. N. ZORZI GALGANO, *Sull'invalidità del contratto a valle sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 921 ss.; v. altresì l'indagine completa di A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette e rimedi negoziali*, Napoli, 2012.

distinzione tra regole di comportamento e regole di validità²⁰. Il dovere di correttezza precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, letto nella prospettiva della realizzazione dei valori costituzionali e, in particolare, dell'art. 2 Cost., assume la connotazione del dovere, imposto a ciascuna parte, di salvaguardare gli interessi dell'altra²¹.

Le esigenze di tutela della patologia in esame non possono consentire il ricorso a 'sanzioni' dalle quali derivi astrattamente, a prescindere dalla valutazione in concreto degli interessi da tutelare, la caducazione del rapporto, che potrebbe essere di nocumento esclusivo per il solo consumatore, che si troverebbe nella condizione di dover rimborsare in unica soluzione quel debito che non è stato in condizione di onorare secondo il piano di ammortamento pluriennale. Anche laddove si voglia accedere a ricostruzioni non invalidanti, lo stesso rimedio risarcitorio non sembra essere sempre grado di tutelare il consumatore 'immeritevole', ma ingannato, in maniera efficace e proporzionata.

Gli interessi da tutelare sono, in via principale, quello del consumatore e, in via secondaria, quello della stabilità del mercato.

Occorre pertanto rifuggire da soluzioni che possano valere per tutte le ipotesi riconducibili al contratto di credito immobiliare concluso in carenza di un 'reale' merito creditizio. Le peculiarità di ciascuno dei finanziamenti in questione non consente l'astrattezza e l'assolutezza del rimedio, certamente inadeguato a realizzare l'esigenza di efficacia e proporzionalità della tutela che può variare in dipendenza di non preventivabili vicende del rapporto, quali la durata complessiva, il momento nel quale si è verificata la consapevolezza della insostenibilità del pagamento, l'eventuale concorso di colpa del consumatore, nonché la gestione della fase di insostenibilità del credito da parte del consumatore²². La valutazione

²⁰ Per un'attenta analisi critica, v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*; A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette*, cit. p. 69 ss. *Contra*, G. D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 40 ss. Sul piano normativo, emblematica è la portata della disciplina in materia di subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192), che sanziona con la nullità le clausole contrattuali con le quali si realizzi un abuso di dipendenza economica. Sulla portata sistematica del divieto e della relativa sanzione, v. F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, p. 322 ss.; v., altresì, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 227 s.; in giurisprudenza, Trib. Catania, (ord.), 5 gennaio 2004, in *Foro it.*, 2004, c. 262; Trib. Bari, (ord.), 22 ottobre 2004, *ivi*, 2005, c. 1604. Peraltro, la stessa disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori sanziona con la nullità (di protezione) il comportamento 'abusivo' del professionista.

²¹ V. G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003. V., a tal proposito, Cass., 17 maggio 1996, n. 4570, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1989 ss.

²² V. G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti*, cit., *passim*; P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss., ID, *Regole del mercato e tutela dell'investitore*, cit., p. 315, il quale condivisibilmente rileva che «non è l'interesse a strutturarsi intorno al rimedio, ma il rimedio a trovare modulazione in funzione degli interessi considerati dalla fattispecie concreta»

di quegli interessi può portare alla necessità del mantenimento in vita del rapporto, sia pure attraverso un intervento perequativo, negoziale o giudiziale, sul contenuto dello stesso; ma può anche portare a ritenere percorribile la strada della caducazione del rapporto, con ripristino dello *status quo ante*.

Differenti possono, infatti, essere le esigenze di tutela emergenti dalle diverse ipotesi di «contratto di credito» prese in considerazione dal legislatore: le vicende che interessano un prestito garantito da ipoteca su un bene immobile residenziale (che potrebbe essere già nella titolarità del consumatore) possono essere in concreto differenti da quelle relative a un finanziamento finalizzato all'acquisto del diritto di proprietà: il rimedio efficace e proporzionato può essere decisamente differente²³.

Non sembra dubitabile, peraltro, che il medesimo rapporto 'viziato' dall'inganno debba trovare una tutela differente in presenza di una presa di coscienza dell'insostenibilità finanziaria del credito maturata nella fase iniziale del rapporto, rispetto a quella maturata successivamente, nonostante le gravi difficoltà a sostenerne il peso, magari superato grazie all'ausilio patrimoniale di terzi, nella prospettiva di 'salvare' il debitore da una disastrosa procedura esecutiva. In quest'ultima ipotesi, anche il rimedio risarcitorio può configurarsi come efficace e proporzionato.

È ben noto, tuttavia, che, sia con riferimento generale alle pratiche commerciali scorrette, che a quello più specifico della tutela del consumatore in presenza di contratto concluso in assenza di merito creditizio, la dottrina ha ipotizzato un ventaglio di rimedi, ricorrendo tendenzialmente a quelli tradizionali, invalidanti o risarcitori, che non sembrano in grado di soddisfare in concreto gli interessi posti a tutela dall'intervento comunitario, laddove ipotizzati come validi per ogni ipotesi.

I rimedi invalidanti tradizionali (nullità-annullabilità), peraltro, non sembrano soddisfare l'obiettivo di una tutela efficace, proporzionata e dissuasiva, provocando un effetto demolitorio del rapporto, certamente sproporzionato e inefficace rispetto all'interesse che ha portato il consumatore alla conclusione di un contratto di credito e, peraltro, poco dissuasivo per il finanziatore che, da un lato beneficerà della decadenza del termine, dall'altro avrà

²³ Le due ipotesi tracciate dal legislatore, peraltro, non sono necessariamente alternative, potendo costituire l'immobile residenziale per l'acquisto del quale il finanziamento è contratto anche il bene sul quale viene concessa la garanzia.

sufficienti garanzie per soddisfare il proprio interesse creditorio²⁴.

Con specifico riferimento ai rimedi negoziali in presenza di una pratica commerciale ingannevole, la riconduzione alle regole in tema di annullabilità per vizio del consenso, sia pure autorevolmente sostenuta²⁵, sembra tuttavia ‘forzare’ le maglie della disciplina del dolo e della violenza, poco inclini a realizzare quelle finalità protettive del consumatore che invece la normativa comunitaria ritiene prevalente.

Peraltro, la disciplina sull’annullamento del contratto non presuppone, come invece accade nell’ambito delle pratiche commerciali ingannevoli, uno squilibrio ‘strutturale’ tra le parti del contratto, ma è dettata per rimediare a situazioni «occasionalmente e contingenti, in assenza delle quali le parti negozierebbero in posizione paritaria»²⁶. L’esclusione di ogni potere di intervento officioso da parte del giudice, la previsione di un termine di prescrizione per l’azione e la disponibilità del rimedio della convalida in capo al soggetto il consenso del quale era stato viziato non sembrano lo strumento adatto per ‘rimediare’ a un negozio frutto di una trattativa ‘viziata’ ma i cui effetti distorsivi sono in grado di manifestarsi al di là della mera sfera privata dei contraenti, per riverberarsi concretamente sullo scenario macroeconomico del mercato finanziario²⁷.

Quanto ai suggeriti rimedi non invalidanti, sostanzialmente ricondotti alle conseguenze di una responsabilità precontrattuale del finanziatore, sia pure astrattamente meno invasivi del rapporto, rischiano di non essere in concreto efficaci a tutelare il consumatore. Si è parlato di responsabilità per danni derivanti da contratto valido, ma ‘sconveniente’²⁸. Da altri, si è

²⁴ Cfr., sul punto, E. PELLECCIA, *L’obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla “contrattazione con l’insolvente”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 1112, la quale ritiene preferibile il ricorso a strumenti di conservazione del rapporto e di inibizione della garanzia ipotecaria, piuttosto che a strumenti “demolitori”, argomentando principalmente da quanto indicato dal comma 4 dell’art. 18 della MCD, poi trasfuso nel comma 3 dell’art. 120 *undecies*. La regola di conservazione da ultimo indicata sembra tuttavia mirare a reagire ad un comportamento, da un lato, non abusivo o ingannevole del finanziatore, semmai poco attento, dall’altro foriero di una condizione di vantaggio per il consumatore: il legislatore infatti impedisce al finanziatore, accortosi dell’errore, di avvalersi di uno *ius variandi in peius* se non di un rimedio risolutorio. Il citato comma 3 non sembra posto a reazione di un’ipotesi di prestito irresponsabile.

²⁵ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di Minervini e Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 235 ss.; R. CALVO, *Le pratiche commerciali sleali «ingannevoli»*, in *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2007 cit., p. 147 ss.; v. pure C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 5. Per una critica, A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 37 ss.

²⁶ S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 16 s.

²⁷ V. S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, cit., p. 18, il quale condivisibilmente sottolinea che la posizione del consumatore «richiede l’apprestamento di strumenti rimediali il cui grado di disponibilità deve fare i conti con la natura seriale dell’interesse da salvaguardare».

²⁸ S. PAGLIANTINI, *Statuto dell’informazione e prestito responsabile*, cit., p. 538

ritenuto che il danno vada commisurato non già sulla differenza con un diverso contratto di credito coerente con il merito creditizio del debitore, quanto sulle conseguenze pregiudizievoli indotte sul patrimonio del debitore dal prestito non responsabile²⁹.

Ciò che tuttavia accomuna le differenti ricostruzioni – e come tale non persuade – è l'effetto dell'applicazione del rimedio. Le differenti ricostruzioni, infatti, indicano prevalentemente quale effetto conseguente all'applicazione della sanzione, invalidante o risarcitoria che sia, la gratuità del prestito, con conseguente restituzione di quanto ricevuto dal finanziatore sino a quel momento a titolo di interessi corrispettivi ed eventualmente di mora³⁰.

La soluzione, si diceva, non persuade, da un lato perché esprime una valutazione astratta che, come tale, non tiene conto della vicenda relativa al concreto rapporto oggetto di attenzione dell'interprete; dall'altro perché nella maggior parte dei casi concreti potrebbe non costituire un rimedio efficace proprio per realizzare quella condivisa prospettiva di non inficiare il regolamento contrattuale con una sanzione demolitoria.

La patologia che ragionevolmente può interessare un prestito 'irresponsabile' perché concesso a consumatore 'non meritevole' può essere identificata nella insostenibilità a corrispondere le rate mensili secondo il piano di ammortamento concordato. Quel prestito

²⁹ R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, p. 139 ss. In giurisprudenza, sempre con riferimento alla violazione dell'art. 124 bis TUB, v. Trib. Macerata, 24 maggio 2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1430, ha ritenuto – richiamando la giurisprudenza di legittimità – di escludere conseguenze sul piano della validità genetica del negozio in ragione della violazione di prescrizioni normative che impongono al finanziatore doveri di condotta, pur se stabiliti da norme imperative, anche in fase precontrattuale (salvo che la violazione abbia inciso in modo essenziale sul consenso del consumatore), rilevando piuttosto dette violazioni sul piano del rapporto negoziale e dunque su quello dell'adempimento, «scaturigine di azioni risarcitorie». La perdita patrimoniale risarcibile, secondo la pronuncia in esame, si sostanzia nella «perdita patrimoniale che il consumatore non avrebbe subito qualora la banca, all'esito della diligente verifica del merito creditizio, non fosse addivenuta alla avventata determinazione (evidentemente facendo affidamento sull'immobile ipotecato) di stipulare il mutuo»; tale perdita viene tuttavia indicata negli interessi convenzionali e di mora previsti dal contratto.

³⁰ In un recente intervento, sia pure in tema di credito al consumo ordinario, la Corte di Giustizia ha ritenuto che «l'art. 23 della dir. 2008/48/CE deve essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione di un regime nazionale di sanzioni in forza del quale, in caso di violazione, da parte del creditore, del suo obbligo precontrattuale di valutare la solvibilità del debitore consultando una banca dati pertinente, il creditore decade dal suo diritto agli interessi convenzionali, ma benefici di pieno diritto degli interessi al tasso legale, esigibili a decorrere dalla pronuncia di una decisione giudiziaria che condanna tale debitore al versamento delle somme ancora dovute, i quali sono inoltre maggiorati di cinque punti se, alla scadenza di un termine di due mesi successivi a tale pronuncia, quest'ultimo non ha saldato il suo debito, qualora il giudice del rinvio accerti che, in un caso come quello del procedimento principale, che implica l'esigibilità immediata del capitale del prestito ancora dovuto a causa dell'inadempimento del debitore, gli importi che possono essere effettivamente riscossi dal creditore in seguito all'applicazione della sanzione della decadenza dagli interessi non sono notevolmente inferiori a quelli i cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato al suo obbligo di verifica della solvibilità del debitore»: Corte Giust. UE, 27 marzo 2014, C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais Sa*, in *Contratti*, 2014, p. 873 ss.

non è ‘irresponsabile’ in astratto, ma lo è a quelle condizioni. Non v’è chi non veda che l’eliminazione degli interessi convenzionali e di mora - sia ove si vogliano ricondurre i primi a quelli legali, sia ove si voglia raggiungere il lido della gratuità del mutuo – potrebbe non essere un rimedio adeguato, proporzionato e tantomeno dissuasivo. Non pare difficilmente ipotizzabile che quel consumatore, così come non è in grado di ‘sostenere’ quella rata (si ipotizzi comprensiva di capitale e interessi) potrebbe non essere in condizione di ‘sostenere’ anche il rimborso del solo capitale. Ciò comporterebbe che, applicata la sanzione, eliminati gli interessi, quel consumatore incorrerebbe in ogni caso in morosità e, conseguentemente, nei tradizionali rimedi da questa scaturenti.

6. Conservazione del rapporto, superamento del dogma della sacralità del contratto e intervento perequativo del giudice.

L’interesse del consumatore alla conservazione del rapporto contrattuale – effetto che peraltro è in grado di realizzare anche quello della stabilità finanziaria del mercato - e a rimodularne le pattuizioni secondo una prospettiva perequativa può trovare realizzazione con il rimedio della nullità di protezione, che, come noto, non mira alla realizzazione di interessi alla caducazione del rapporto³¹. È stato proprio il legislatore comunitario a introdurre negli ordinamenti tale forma di protezione della parte debole del rapporto che, lungi dall’aver interesse a ‘svincolarsi’ da una negoziazione in relazione alla quale ha dovuto ‘subire’ la forza negoziale di chi gli offre un bene o un servizio, ha invece l’esigenza di conservarne gli effetti essenziali, attraverso tuttavia una rimodulazione delle pattuizioni ‘abusive’. Si è correttamente rilevato che, per il tramite delle nullità di protezione, «il principio di proporzionalità, in virtù del quale l’ordinamento reagisce allo squilibrio eccessivo fra le posizioni contrattuali, diventa strumento di controllo della meritevolezza degli autoregolamenti privati e di correzione delle distorsioni delle dinamiche di mercato»³². Il giudice, pertanto, conservando la validità del *pactum*, sia *inter partes* sia *inter alios*, interviene sul contenuto del contratto realizzando una perequazione dell’accordo ispirata al rispetto dei

³¹ V., *ex multis*, S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, cit., *passim*, il quale ne identifica (p. 4) la caratteristica fondamentale nel fatto che «pur assumendo la veste formale di nullità, sono dichiaratamente preordinate a tutelare un interesse non superindividuale, ma riferibile a quella, fra le parti del rapporto, che stipula il contratto in posizione di debolezza rispetto all’altra». Lo scopo, continua l’A., «è di prevenire o neutralizzare regole pattizie inique, in situazioni nelle quali il maggior potere di uno dei contraenti gli consente, di fatto, di imporre le regole dell’affare».

³² A. FACHECHI, *Pratiche commerciali scorrette*, cit., p. 136; v., pure, S. POLIDORI, *Discipline della nullità*, cit., p. 208.

canoni di ragionevolezza e di giustizia del caso concreto.

La soluzione perequativa, si diceva, consente altresì la realizzazione dell'interesse alla stabilità del mercato che subisce una 'ferita' ogni volta che un'operazione finanziaria complessa, quale è il credito immobiliare, entra in un momento di crisi.

Si è certamente di fronte ad una vicenda integrativa, a opera del giudice, del contenuto contrattuale che consente, di là dall'effetto sanzionatorio, la 'cura' di un rapporto negoziale nato 'malato' in conseguenza di un comportamento ingannevole del finanziatore: la rimodulazione delle pattuizioni, tuttavia, che ha il limite di non interferenza con il profilo causale del negozio, questo sì imm modificabile dall'autorità, deve, da un lato, correre lungo i delicati binari dell'equità, proporzionalità e della ragionevolezza, dall'altro, realizzare l'ulteriore effetto dissuasivo della sanzione.

L'adeguatezza dello strumento della nullità di protezione nella realizzazione degli interessi indicati dall'ordinamento trova ulteriore conferma appunto nella sua natura di rimedio a «parzialità necessaria», in grado di colpire solo quelle pattuizioni con le quali si è cagionato l'abuso della forza contrattuale del finanziatore³³.

Superato il dogma della 'sacralità' del regolamento contrattuale, nella prospettiva della realizzazione sia del concreto interesse privatistico correlato alla pattuizione, sia quello di rilevanza pubblicistica dell'integrità del mercato, il potere correttivo del giudice – se esercitato nell'ossequio di quei principi e di quelle regole – rappresenta certamente il rimedio più adeguato per la conservazione del rapporto e per la realizzazione di tutti gli interessi in gioco³⁴. È proprio il principio di proporzionalità che consente l'intervento correttivo del giudice sul contratto, individuandone altresì i limiti in particolare nel rispetto del canone della ragionevolezza, al fine di non travalicare i confini della legalità per approdare a quelli dell'arbitrio³⁵.

Del resto, la prospettiva europea va tutta in questa direzione³⁶.

³³ S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, cit., p. 55 ss.

³⁴ V., *ex multis*, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit. Interessanti, sul punto, le riflessioni di AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso dell'autonomia contrattuale»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 299 ss.

³⁵ V., per tutti, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.; ID, *Equità e ordinamento giuridico*, nota a Corte Cost. 6 luglio 2004, n. 206, *ivi*, 2004, p. 1149 ss.; v., altresì, le riflessioni di C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010; G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 124 ss.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione*, cit., p. 71; E- CAPOBIANCO, *Il contratto. Dal testo alla regola*, Milano, 2006, p. 177 ss.

³⁶ V. Art. 3.10 dei Principi Unidroit: «il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio» quante volte una parte «abbia tratto un ingiusto

L'esigenza dell'ordinamento di realizzare in concreto il principio di proporzionalità, comporta che l'intervento correttivo del giudice, oltre che essere esercitato su richiesta delle parti³⁷, può essere esercitato d'ufficio, sì come gli è consentito in altre ipotesi di intervento perequativo nella prospettiva della tutela dell'interesse superindividuale all'equilibrio e alla proporzione nel regolamento contrattuale³⁸.

Nelle ipotesi nelle quali non ricorra l'esigenza del consumatore ad accedere ai rimedi 'demolitori' del contratto, il giudice, laddove l'eliminazione degli interessi non sia sufficientemente proporzionata ed efficace a rendere quel prestito 'sostenibile', deve poter intervenire sui tempi del piano di ammortamento, ad esempio, diminuendo gli importi delle rate di rimborso e conseguentemente incrementando il numero delle stesse³⁹.

Interessante, in tale prospettiva, un recente intervento della giurisprudenza comunitaria, sia pure ancora in tema di credito al consumo, che, esaminando la normativa di recepimento della Repubblica Ceca, con specifico riferimento alle sanzioni conseguenti alla concessione di un credito ad un consumatore 'non meritevole', ha affermato, da un lato, che l'effettiva tutela del consumatore trova realizzazione se il giudice nazionale è tenuto a valutare d'ufficio

vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate dell'altra parte», nonché l'art. 4:109 dei Principi Lando: «il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza». Analoga traccia è rinvenibile nel progetto di *Common frame of reference*, per le ipotesi di *unfair exploitation*; v. art. 7:207 (libro II, cap. 7, sez. II) «*Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed*»

³⁷ Nella prospettiva del raggiungimento della giustizia del caso concreto, non può escludersi che sia il finanziatore a 'stimolare' l'intervento perequativo in via di eccezione, laddove il consumatore richieda la caducazione del vincolo. La natura 'protezionistica' della nullità del contratto frutto di una pratica commerciale ingannevole esclude la legittimazione attiva del finanziatore.

³⁸ V., *ex multis*, Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2929 Cass., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985. Sul punto, v. le fondamentali riflessioni di P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 341 ss.; v., altresì, S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, *ivi*, 2004, p. 686 ss.

³⁹ Cfr. E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, cit., p. 1112 ss., la quale tuttavia giustifica la propria ricostruzione sull'indicazione, proveniente dal legislatore comunitario, ad un 'ragionevole grado di tolleranza' che deve muovere il comportamento del creditore, di fronte all'inadempimento del creditore; anche in questo frangente, tuttavia, si ritiene di non poter condividere la ricostruzione, atteso che le regole sulla 'tolleranza' trovano la loro giustificazione nell'ambito, ancora una volta, non già di un prestito irresponsabile, perché concesso a consumatore 'non meritevole', quanto di un prestito responsabilmente concesso che tuttavia, nel corso del rapporto, è incappato in vicende che non hanno consentito al debitore di rispettare gli obblighi assunti in contratto. La problematica ora esaminata concerne invece la scelta rimediale di fronte ad un inadempimento dovuto a una errata valutazione del merito di credito del consumatore in fase precontrattuale, frutto di una pratica sleale. Nondimeno, anche in questa ipotesi, l'applicazione delle regole generali di correttezza e buona fede dovrebbero muovere il finanziatore ad una rinegoziazione delle condizioni contrattuali adeguate all'effettiva capacità di rimborso del consumatore al momento della conclusione del contratto.

il rispetto degli obblighi del finanziatore in tema di merito creditizio, dall'altro, la compatibilità con il diritto comunitario di una norma nazionale che sanzioni quel comportamento con la nullità del contratto «corredato dall'obbligo del consumatore di restituire il capitale al creditore entro un termine commisurato alle proprie possibilità», senza tuttavia che tale eccezione di nullità possa essere circoscritta entro ambiti temporali⁴⁰.

L'impostazione ermeneutica dei giudici comunitari appare condivisibile, sia in relazione al potere di verifica d'ufficio della valutazione rigorosa del merito di credito del consumatore⁴¹, sia in relazione alla contrarietà con l'esigenza di effettività della tutela di una norma nazionale che limiti il diritto del consumatore di eccepire la nullità del contratto – e, correlativamente, del giudice di rilevarla d'ufficio – entro uno spazio temporale. La Corte di Giustizia ha correttamente ritenuto che, fermo il principio di autonomia procedurale degli Stati membri a stabilire le forme di garanzia della tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto dell'Unione, deve essere parimenti rispettato il principio di equivalenza, non potendo la tutela essere in concreto meno favorevole di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna e che non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, come tale irrispettoso anche del principio di effettività⁴².

Sotto altro profilo, tuttavia, l'intervento perequativo del giudice, ove limitato alla modifica del piano di ammortamento, senza tuttavia incidere sulla remunerazione del finanziatore (quindi non incidendo sugli interessi corrispettivi), non sembra di per sé idoneo

⁴⁰ Corte Giust. UE, 5 marzo 2020, C-679/18, *Okresní soud*, in *Diritto & Giustizia* 13 marzo 2020. La normativa della Repubblica Ceca in materia di credito al consumo (l. 257 del 2016) prevede, all'art. 86, comma 2, che «Il creditore, nel valutare il merito creditizio del consumatore, verifica in particolare la capacità di quest'ultimo di rimborsare le rate periodiche negoziate del credito al consumo, confrontando i redditi e le spese del consumatore, e il modo di adempimento delle obbligazioni relative ai debiti finora assunti. Egli prende in considerazione il valore del patrimonio solo se dal contratto di credito concluso con un consumatore risulta che il credito al consumo dev'essere parzialmente o completamente rimborsato con i proventi della vendita del patrimonio del consumatore, e non mediante rate periodiche oppure se dalla situazione finanziaria del consumatore emerge che questi è in grado di rimborsare il credito al consumo indipendentemente dal suo reddito». Quanto alle sanzioni, l'art. 87 disponeva che «Il contratto è nullo se il creditore eroga il credito al consumo al consumatore in violazione dell'articolo 86, paragrafo 1, seconda frase. Il consumatore può eccepire la nullità entro un termine di prescrizione triennale decorrente dalla data di conclusione del contratto. Il consumatore è tenuto a rimborsare il capitale del credito al consumo concesso entro un termine ragionevole commisurato alle proprie possibilità».

⁴¹ La Corte comunitaria precisa, a tal proposito, che una volta che il giudice nazionale abbia rilevato d'ufficio la violazione di tale obbligo, è tenuto, senza attendere che il consumatore presenti una domanda a tale scopo, a trarre tutte le conseguenze derivanti, secondo il diritto nazionale, da una siffatta violazione, a condizione che sia rispettato il principio del contraddittorio.

⁴² Corte Giust. UE, 5 marzo 2020, C-679/18, *cit.*, che richiama Corte Giust. UE, 18 dicembre 2014, *CA Consumer Finance*, C-449/13).

a realizzare anche quella funzione dissuasiva della sanzione, voluta invece dal legislatore comunitario. Si è così ritenuto corretto operare anche sul piano della perdita patrimoniale, per il creditore, del diritto alla corresponsione di interessi e spese convenzionalmente stabiliti in sede contrattuale⁴³.

La realizzazione dell'effetto dissuasivo della sanzione prescinde infatti dalla concorrenza di altre sanzioni di natura amministrativa, atteso che queste ultime non sono di per sé idonee a garantire in modo sufficientemente effettivo la tutela dei consumatori contro i rischi di sovraindebitamento e di insolvibilità perseguiti dalle direttive in esame⁴⁴.

La sanzione della riconduzione a gratuità del mutuo configura una nuova ipotesi di *punitive damage*, ormai sempre con maggiore frequenza presente nell'ordinamento nazionale⁴⁵.

In ogni caso, i creditori del consumatore potranno far ricorso ai tradizionali rimedi codicistici⁴⁶, nonché a quelli per il ristoro dei danni subiti in conseguenza della 'concessione abusiva del credito'⁴⁷.

⁴³ Corte Giust. UE, 5 marzo 2020, C-679/18, *cit.*, ribadendo quanto già sostenuto in Corte Giust. UE, del 27 marzo 2014, *LCL Le Crédit Lyonnais*, *cit.* e Corte Giust. UE, 9 novembre 2016, *Home Credit Slovakia*, C-42/15.

⁴⁴ L'art. 144 TUB prevede una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 30.000 fino al 10 per cento del fatturato per inosservanza di quanto previsto, tra l'altro, dall'art. 120 *undecies*. A ciò si aggiungano le sanzioni previste per le pratiche commerciali scorrette dall'art. 27 codice consumo. Si aggiunga quanto di recente previsto dalla direttiva 2019/2161/UE "*per una migliore applicazione e una modernizzazione delle norme dell'Unione relative alla protezione dei consumatori*" che, nel prevedere modifiche alla direttiva 2005/29/CE, ha inserito l'art. 11 *bis* ove si dispone che «I consumatori lesi da pratiche commerciali sleali devono avere accesso a rimedi proporzionati ed effettivi, compresi il risarcimento del danno subito dal consumatore e, se pertinente, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Gli Stati membri possono stabilire le condizioni per l'applicazione e gli effetti di tali rimedi. Gli Stati membri possono tener conto, se del caso, della gravità e della natura della pratica commerciale sleale, del danno subito dal consumatore e di altre circostanze pertinenti».

⁴⁵ Sul punto v. la completa analisi di F. QUARTA, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Napoli, 2013. Tra i primi studi della dottrina italiana sul tema, v. G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 435 ss.

⁴⁶ Per una 'svista' del traduttore, nel considerando n. 58 della MCD si legge «Fatti salvi i contratti di diritto privato» gli Stati membri dovrebbero assicurare che i creditori non possano risolvere un contratto di credito a motivo del fatto che, dopo la firma del contratto stesso, si sono resi conto che la valutazione del merito di credito era stata condotta scorrettamente a causa di informazioni incomplete all'epoca della valutazione». La carenza di senso compiuto dell'inciso iniziale («Fatti salvi i contratti di diritto privato») viene agevolmente superata, oltre che dal 'buon senso' dell'interprete, che deve pertanto intenderla quale «Fatto salvo il diritto privato dei contratti», dal testo inglese della disposizione, laddove si legge «*Without prejudice to private contract law*» che da quello francese («*Sans préjudice du droit contractuel privé*»).

⁴⁷ La problematica è presente da molto tempo negli studi della dottrina e nell'esperienza giurisprudenziale; v., v., *ex multis*, A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di G.B. Portale, I, Milano, 1978, p. 301 ss.; F. GALGANO, *La responsabilità civile del banchiere*, in *Operazioni bancarie e responsabilità del banchiere*, Padova, 1987, p. 21 ss.; B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, p. 286 ss.; F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004; L. BALESTRA, *Crisi d'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 109 ss.; più di recente, G. FALCONE, *Concessione abusiva del credito e concorso della banca nel ricorso abusivo al credito*, in *Fallimento*, 2020, p. 815 ss.; A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito delle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2021, p. 305 ss.; R. BOCCHINI, *La concessione abusiva del credito nell'epoca post pandemica: modello predittivo o fallibilità umana?*, in *Riv. dir. bancario*, 2022, p. 231 ss.; sia consentito, da ultimo, il rinvio a T.V. RUSSO, *Concessione*

abusiva del credito e giusto rimedio, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. bancario*, 2026, anche per una ricostruzione delle differenti posizioni assunte nel tempo dalla giurisprudenza.