



## CAPITOLO UNDICESIMO

# I CONTRATTI DI CREDITO E DI FINANZIAMENTO \*



SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – Sezione Prima: I CONTRATTI DI CREDITO. – 2. Il mutuo. – 2.a. *Segue*. Il mutuo di scopo. – 3. Il credito ai consumatori. – Sezione Seconda: I CONTRATTI DI FINANZIAMENTO. – 4. Il *leasing* finanziario. – 4.a. *Segue*. Profili di disciplina del contratto, l'inadempimento dell'utilizzatore e la risoluzione del contratto. – 4.b. *Segue*. Gli effetti del fallimento sul rapporto di *leasing*. – 5. Il contratto di *lease-back*. – 6. Il *factoring*. – 6.a. *Segue*. Contenuto e disciplina del contratto. – 6.b. *Segue*. L'opponibilità nei confronti dei terzi e profili fallimentari. – 7. Il *forfeiting*. – 7.a. *Segue*. I soggetti e le fasi dell'operazione economica. – 7.b. *Segue*. Profili qualificatori e disciplina dei rischi. – 8. Il *project financing*. – 9. Il *leveraged buy out*. – 9.a. *Segue*. Il *merger leveraged buy out*.

### 1. *Considerazioni introduttive*

Per comune opinione il mutuo suole considerarsi come la figura paradigmatica di un'intera categoria – peraltro dagli incerti confini – denominata **contratti di credito**. Il minimo comune denominatore dei diversi negozi, sia tipici che atipici, riconducibili alla stessa è tradizionalmente individuato, sotto il profilo degli *effetti*, dal *trasferimento della proprietà di una somma di denaro e dalla correlativa assunzione dell'obbligo di restituzione*, alla scadenza convenuta, di una somma di identico ammontare (obbligo a cui, normalmente seppur non necessariamente, si accompagna quello del pagamento degli interessi, quale corrispettivo del godimento temporaneo del capitale) e, sotto il profilo della *causa*, dalla *concessione in godimento temporaneo di un capitale monetario*. L'elemento i-

---

\* La Sezione Prima di questo capitolo è stata curata da Giacomo Porcelli. La Sezione Seconda da Salvatore Monticelli.

identificativo dell'intera categoria viene, quindi, individuato nella *funzione creditizia*, intesa come attribuzione di un incremento patrimoniale di carattere temporaneo, corrispondente ad un interesse o bisogno dell'accreditato e non determinato né da una liberalità né da uno scambio.

Ben si comprende, pertanto, perché mai la fattispecie emblematica di tale categoria sia unanimemente ravvisata nel **mutuo**; è, infatti, proprio in tale modello contrattuale che si coglie, più di ogni altro, con immediata chiarezza, quale elemento caratteristico ed indefettibile, il modulo traslativo-restitutorio testé descritto.

Senonché, da più parti si denuncia la scarsa omogeneità della delineata categoria, abbracciando la stessa una varietà di figure negoziali che, formando oggetto nel nostro ordinamento positivo di un'autonoma e specifica disciplina, mal si prestano ad essere ricondotte all'interno di uno schema unificante.

I dubbi e le perplessità circa il fondamento normativo di una categoria unitaria dei "*contratti di credito*" son, peraltro, destinati ad accrescersi soprattutto allorché si considerino le sempre più ricorrenti figure – regolate soprattutto da leggi speciali in materia di credito agevolato – costituite dai c.d. "*mutui di scopo*", ove l'attribuzione temporanea in godimento del denaro non è più sufficiente a cogliere, nella sua interezza, il profilo funzionale del contratto, posto che in tali ipotesi il nucleo causale dello stesso si arricchisce di un elemento ulteriore, rappresentato dalla previsione, contrattuale o normativa, di un vincolo di destinazione a carico del sovvenuto in ordine all'impiego delle somme concessegli a prestito.

È proprio la considerazione di tale peculiare caratteristica che connota questa particolare tipologia di contratti, sia tipici che atipici, genericamente definiti "*di finanziamento*" (e nei quali, peraltro, l'*oggetto* può non essere costituito da una somma di danaro, bensì da un'utilità, comunque valutabile in termini pecuniari), che induce ad attribuire alla tradizionale categoria dei "*contratti di credito*" più una valenza economico-descrittiva che non tecnico-giuridica, utile, come tale, sotto un profilo pratico più che dogmatico. Con tale consapevolezza sarà, quindi, possibile ricomprendere nella stessa una pluralità di eterogenei strumenti contrattuali, accomunati da una generica "*funzione creditizia*", suscettibile di atteggiarsi mutevolmente in relazione ai variegati interessi sottesi all'erogazione del credito. Funzione la cui più lineare espressione è, comunque, tuttora riscontrabile nella figura codicistica del mutuo ordinario, dalla cui disciplina è possibile, dunque, attingere una serie di principi di carattere generale, idonei a colmare le eventuali lacune che dovessero ravvisarsi nella regolamentazione, sia convenzionale che normativa, dei più diversi rapporti di credito.

## SEZIONE PRIMA

## I CONTRATTI DI CREDITO

2. *Il mutuo*

Il mutuo costituisce il più antico e tradizionale *contratto di finanziamento*, il cui schema legislativo non si discosta particolarmente dalla corrispondente figura già nota e sperimentata nel diritto romano.

Utilizzato in origine essenzialmente per regolare i prestiti a titolo gratuito diretti a soddisfare bisogni personali, a partire dalla metà del diciannovesimo secolo si afferma sempre più come lo strumento attraverso il quale le imprese si procurano a titolo oneroso il capitale da investire in attività produttive. La prassi commerciale e l'innovazione legislativa hanno, peraltro, forgiato nel tempo forme via via più sofisticate e complesse di schemi contrattuali diretti ad uno scopo di finanziamento non solo dell'impresa ma anche del consumatore. Il che ha finito col ridimensionare il ricorso al contratto di mutuo nella pratica degli affari, anche se tuttora esso rappresenta il modello negoziale di finanziamento più diffuso nella prassi per l'acquisto della proprietà immobiliare. Benché, comunque, ancora oggi sia tutt'altro che infrequente la concessione di mutui sia da parte di imprese (soprattutto bancarie e finanziarie) che a favore di imprenditori, nondimeno deve convenirsi che il mutuo non può qualificarsi come un *contratto di impresa*, né in senso stretto né in senso lato, posto che né la legge richiede che una delle parti contraenti dello stesso sia necessariamente un imprenditore né, tantomeno, la relativa disciplina muta nell'ipotesi che alla sua stipulazione partecipi, quale sovventore o sovvenuto, un imprenditore. Per tali ragioni dedicheremo solo alcuni sintetici cenni alla figura del mutuo c.d. *ordinario*, lasciando, invece, più spazio ai mutui c.d. speciali, ossia alle ipotesi di *mutuo di scopo* e di *finanziamento agevolato*, dovendosi queste ultime annoverare tra le più peculiari e diffuse forme di finanziamento alle imprese.

L'art. 1813 c.c. definisce il mutuo come il contratto col quale una parte *consegna* all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili e l'altra si obbliga a *restituire* altrettante cose della stessa specie e qualità (di qui la tradizionale configurazione del mutuo come **prestito di consumo**, in contrapposizione al comodato che integra, invece, *ex art. 1803 c.c.* un prestito d'uso).

Nel mutuo la consegna ha, altresì, **efficacia traslativa**, giacché all'atto della stessa, la somma di danaro o la quantità di cose fungibili *passa in proprietà* del

mutuatario e sorge correlativamente a carico di quest'ultimo l'obbligo restitutorio (art. 1814 c.c.).

Nonostante le perplessità sollevate da talune autorevoli voci in ordine alla sopravvivenza nel nostro diritto positivo della relativa categoria, appunto la rilevanza della consegna nel meccanismo negoziale fa sì che prevalga tuttora in dottrina e soprattutto in giurisprudenza l'opinione che sussume il mutuo nel novero dei **contratti reali** (analogamente, dunque, al deposito, al comodato, alla donazione di modico valore ed al pegno), sul presupposto che la stessa integri un elemento di *perfezionamento* della fattispecie e, quindi, di qualificazione del tipo contrattuale (Cass., n. 17211/2004; Cass., n. 9074/2001; Cass., n. 2483/2001).

Oltre alla possibilità di porre in essere contratti di mutuo consensuali atipici (su cui v. *amplius, infra*) esistono, peraltro, soprattutto nell'ambito dei finanziamenti bancari, fattispecie consensuali di mutuo, di cui l'esempio più significativo è rappresentato dal **mutuo fondiario**, posto che l'art. 39, comma 2, TUB consente espressamente alla banca mutuante la possibilità di realizzare la «*stipulazione del contratto*» e la «*erogazione del denaro*» ricorrendo sia ad un unico atto che ad «*atti separati*».

Fatta eccezione per il mutuo bancario (in cui vige l'opposta regola della forma scritta, la cui inosservanza determina, peraltro, a norma del combinato disposto degli artt. 117 e 127 TUB, un'ipotesi di nullità relativa o, per meglio dire "di protezione" che, come tale, può esser fatta valere soltanto dal cliente ovvero rilevata d'ufficio dal giudice purché, comunque, soltanto a vantaggio di quest'ultimo), il mutuo è un contratto a **forma libera**, salvo che per singole clausole o per la produzione di specifici effetti (ad es. per la pattuizione di interessi ultralegali, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 1815 e 1284, comma 3, c.c.: su cui v. Cass., n. 3017/2014 o nell'ipotesi in cui sia convenuta ex art. 1202, comma 2, c.c. la surrogazione del mutuante nei diritti del creditore nei confronti del debitore-mutuatario, allorché le somme date a mutuo vengano utilizzate per estinguere un debito pregresso; ovvero ancora nel caso di emissione di titoli di credito in conseguenza dell'erogazione del mutuo, su cui v. Cass., n. 2072/2013).

Il mutuo è, altresì, un contratto naturalmente **oneroso** (art. 1815); in mancanza di patto contrario, infatti, il mutuatario è tenuto a corrispondere gli interessi che, nel silenzio delle parti, sono dovuti al saggio legale, essendo prescritto dal testé citato art. 1284, comma 3, c.c. l'obbligo della forma scritta *ad substantiam* con espressa indicazione del tasso convenuto ai fini della valida pattuizione degli **interessi ultralegali**. Va, altresì, a tal proposito rammentato che la pat-

tuizione in questione è valida anche se il documento negoziale, anziché contenere l'indicazione in cifre del saggio, faccia rinvio ad elementi prestabiliti ed estrinseci, idonei a consentire la concreta ed univoca individuazione del tasso convenzionale, senza lasciarlo all'arbitrio del creditore (Cass., n. 5609/2017; Cass., n. 2072/2013, cit., Cass., n. 22898/2005; v., però, per il mutuo bancario il divieto dettato dall'art. 117, comma 6, TUB per l'ipotesi di rinvio agli usi ai fini della determinazione del tasso di interesse). Altresì, la validità del patto non postula la specifica approvazione ex art. 1341, comma 2, c.c., non integrando lo stesso una *clausola vessatoria*. Il tasso di interesse convenzionale non può, comunque, eccedere il limite previsto dall'art. 2, legge 7 marzo 1996 n. 108 (così come da ultimo novellato dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito nella legge 12 luglio 2011, n. 106). La conseguenza della pattuizione di interessi usurari è, sul piano penale, la ricorrenza del reato di usura ex art. 644 c.p.c. e, su quello civilistico, la previsione ai sensi del novellato disposto normativo di cui all'art. 1815, comma 2, c.c., della nullità della relativa clausola, con la correlata sanzione per il mutuante, al quale non è per l'effetto dovuto alcun interesse. A tutela del mutuatario, che altrimenti sarebbe tenuto all'immediata restituzione dell'intero, si realizza, quindi, un'ipotesi di nullità parziale ex art. 1419, comma 2, c.c., che trasforma il mutuo da oneroso a gratuito, quale sanzione civile per la previsione di un compenso usurario (in argomento v. *amplius*, Capitolo XII, Sezione I, paragrafo 1.b.).

Il **mutuo oneroso** (o *feneratizio* che dir si voglia) può essere, altresì, a buon diritto ricompreso tra i contratti a **prestazioni corrispettive**, stante l'evidente nesso di corrispettività ravvisabile tra l'attribuzione patrimoniale del mutuante (che ha luogo all'atto di conclusione del contratto con la consegna della cosa) e l'obbligazione del pagamento degli interessi assunta dal mutuatario (Cass., n. 1861/1995). Peraltro, anche quando è ad interesse, il mutuo resta pur sempre un **contratto unilaterale** (ovviamente nella prospettiva secondo cui la bipartizione dei contratti in bilaterali ed unilaterali risponde all'esigenza di classificarli relativamente alle posizioni delle parti rispetto alle obbligazioni derivanti dal contratto). Ciò in quanto la prestazione del mutuante di dazione delle cose al mutuatario non rappresenta l'oggetto di un'obbligazione bensì integra, come si è detto, un elemento costitutivo del negozio. Il che significa che nel mutuo deve accogliersi un concetto teleologico del sinallagma; come, peraltro, si evince dall'art. 1820 c.c. che prevede il rimedio della risoluzione ove il mutuatario non adempia all'obbligazione di pagamento degli interessi.

La presenza del rilevato nesso sinallagmatico rende senz'altro valido, come ormai pacificamente ammesso in giurisprudenza, un **contratto di mutuo consensuale** – integrante, secondo taluni, un negozio atipico meritevole di tutela ex art. 1322 cpv.

c.c. – produttivo di effetti obbligatori vincolanti già anteriormente alla consegna della somma di denaro. La configurabilità di tale fattispecie trova, peraltro, probante conferma nell'art. 1822 c.c. che, sotto la rubrica **promessa di mutuo**, prevede – in ossequio alla regola generale dell'art. 1461 c.c. – che il promittente mutuante possa rifiutare l'adempimento della prestazione a suo carico se le condizioni patrimoniali del mutuatario siano divenuti tali da determinare il rischio di una maggiore difficoltà nel soddisfacimento del credito e non gli siano offerte idonee garanzie per l'adempimento. Secondo la prevalente opinione (Cass., n. 3980/1981) la richiamata figura codicistica integrerebbe un **preliminare di mutuo** che, in coerenza alla realtà che connota tale contratto, sarebbe insuscettibile di **esecuzione forzata**, in quanto la sentenza costituiva *ex art. 2932 c.c.* non potrebbe tener luogo della mancata consegna, mentre l'esecuzione per consegna *ex art. 2930 c.c.* riguarderebbe solo cose specificate: l'inadempimento del promittente darebbe, quindi, luogo solo al risarcimento dei danni.

Il mutuo, come tipico **contratto di durata**, deve necessariamente prevedere un *termine* per la restituzione che, ove non pattuito dalle parti, viene fissato dal giudice secondo le circostanze; così come è giudizialmente fissato laddove si sia convenuto che il mutuatario paghi solo quando potrà (art. 1817 c.c.). L'onerosità del mutuo incide anche sulla disciplina del **termine**, posto che l'art. 1816 c.c. dispone che lo stesso si presume stipulato **a favore di entrambe le parti**. Il che significa che, salvo espresso patto contrario, come al mutuante è precluso pretendere una restituzione anticipata, tale facoltà non può essere parimenti esercitata dal mutuatario, giacché in tal caso sarebbe frustrato l'interesse del mutuante a percepire gli interessi derivanti dal protrarsi del rapporto.

Ovviamente, in caso di mutuo gratuito vige l'opposta regola secondo cui il termine si presume a favore del mutuatario, in quanto unico soggetto che ha interesse al protrarsi del rapporto.

Alla luce dell'illustrata disciplina codicistica ben si spiega perché mai, nel previgente regime normativo, soprattutto i contratti di mutuo stipulati con istituti bancari e finanziari (tipicamente onerosi) prevedessero normalmente una penale, espressa in una percentuale della somma mutuata, per l'ipotesi in cui il mutuatario intendesse, nel corso del contratto, procedere alla restituzione anticipata dell'importo residuo del finanziamento a suo tempo concessoli. Senonché l'esercizio dell'autonomia negoziale in tal ambito ha in epoca recente subito significative limitazioni legislative che, originariamente introdotte dal d.l. n. 7/2007 (c.d. "Bersani *Bis*", poi, convertito, con modifiche, nella l. n. 40/2007), trovano attualmente le loro precipua fonte nel TUB (come novellato dai d.lgs. n. 141 e n. 218/2010 nonché dal d.l. n. 70/2011, convertito, con modifiche, nella l. n. 106/2011).

Si intende, in particolare, alludere alla disciplina dettata dagli artt. 40, comma 1 per quel che concerne i **finanziamenti fondiari**, 120-ter sui c.d. **mutui immobiliari** (ossia quelli stipulati o accollati a seguito di frazionamento per l'acquisto o la ristrutturazione di unità immobiliari adibite ad abitazione ovvero allo svolgimento della propria attività economica o professionale da parte di persone fisiche) e 125-sexies in materia di **credito al consumo** (su cui v. *amplius, infra*, par. 3) che, in deroga al richiamato principio generale contemplato all'art. 1186 c.c., nell'**attribuire al mutuatario il diritto** (non derogabile o limitabile pattiziamente e, come tale, anche irrinunciabile preventivamente da parte del debitore) **di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il proprio debito, escludono che il medesimo sia tenuto al pagamento di un compenso o penale o ad altra prestazione a favore del mutuante per l'estinzione anticipata o parziale (art. 120-ter) ovvero limitano significativamente l'ammontare dello stesso** o imponendo che la sua determinazione convenzionale sia conforme ai criteri fissati per le relative modalità di calcolo dal CICR (art. 40) o che l'indennizzo, laddove non ricorra un'ipotesi di esclusione normativamente prevista, debba essere «*equo ed oggettivamente giustificato, per eventuali costi direttamente collegati al rimborso anticipato*» e, comunque, non superiore a parametri normativamente prescritti (art. 125-sexies).

È opportuno precisare che il regime normativo testé illustrato trova applicazione per i mutui stipulati a decorrere dal 2 febbraio 2007; per quelli, invece, stipulati anteriormente a tale data, il mutuatario ha diritto a chiedere la riduzione della penale contrattualmente prevista (art. 161, comma 7, TUB) se la misura della stessa supera l'importo massimo stabilito da un accordo perfezionato tra l'ABI e le associazioni dei consumatori il 2 maggio 2007 (successivamente integrato il 17 marzo 2008).

Il mutuatario perde il **beneficio del termine** ex art. 1819 c.c. quando non provvede al versamento anche di una sola delle rate previste per la restituzione della somma. Peraltro, in conformità al principio generale di cui all'art. 1455 c.c., lo stesso art. 1819 c.c. subordina l'esercizio del diritto del mutuante ad ottenere l'immediata restituzione dell'intero all'apprezzamento giudiziale delle circostanze concrete e, quindi, alla valutazione dell'importanza dell'inadempimento.

Va, infine, segnalato che, al fine di fronteggiare le crescenti difficoltà dei mutuatari a pagare le rate di mutuo a causa sia dell'eventuale lievitazione dei tassi di interesse che della più generale crisi economica, recenti provvedimenti normativi (l. n. 40/2007, l. n. 244/2007, l. n. 126/2008, d.lgs. n. 141/2010 e, quindi, con l'entrata in vigore della citata l. n. 106/2011, l'art. 120-quater TUB, recentemente novellato ad

opera del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in legge 24 marzo 2012, n. 27) hanno introdotto per il mutuatario una pluralità di significative innovazioni, quali: la facoltà per lo stesso, tramite surrogazione *ex art.* 1202 c.c., di trasferire il finanziamento in capo ad altro istituto mutuante (c.d. “*portabilità del mutuo*”); una **procedura semplificata di cancellazione delle ipoteche** a garanzia dei mutui; la possibilità di **sospendere per un dato lasso temporale il pagamento delle rate di rimborso** ed, infine, la c.d. “*rinegoziazione convenzionata*” dei mutui a tasso variabile stipulati per l’acquisto, la costruzione e la ricostruzione dell’abitazione principale, purché contratti entro una determinata data.

Sovente il mutuante, a tutela dell’adempimento degli obblighi contrattualmente assunti dal mutuatario ed, in particolare, per l’ipotesi di mancato rimborso del prestito, richiede che quest’ultimo, contestualmente alla stipulazione del contratto, rilasci in suo favore una **garanzia**, a seconda dei casi **reale** (pegno o ipoteca) o **personale** (fideiussione). Il rilascio di garanzia da parte del sovvenuto (e/o, eventualmente, da un terzo) costituisce prassi diffusa in particolare nei finanziamenti bancari, ove può costituire anche un elemento essenziale della fattispecie. Come appunto accade nell’ipotesi del **credito fondiario**, relativamente al quale sono prescritte regole specifiche sia per quel che attiene l’**ammontare della garanzia** (individuato dall’art. 38 TUB in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi), sia per quel che concerne la possibilità per il mutuatario di far ricorso ad una procedura semplificata di cancellazione dell’ipoteca in deroga alle regole fissate in materia dal diritto comune (art. 40-*bis* TUB).

Sempre al fine di garantire una maggior tutela al cliente quale contraente debole, essendo in materia di mutui immobiliari invalsa la prassi da parte delle banche di condizionare l’erogazione del finanziamento alla stipula da parte del mutuatario di un **contratto di assicurazione** (per il rischio di rovina o incendio del fabbricato ovvero di morte, grave infortunio o insolvenza dello stesso) con vincolo in favore del mutuante, il legislatore (art. 28, d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012) ha previsto l’obbligo per l’istituto di credito di accettare, senza variare le condizioni offerte, la polizza liberamente scelta dal cliente, purché avente contenuti minimi corrispondenti a quelli richiesti dalla banca. Per l’ipotesi, invece, che all’atto di stipula del finanziamento il cliente sottoscriva la polizza propositagli dalla banca (generalmente più onerosa rispetto alle condizioni generali di mercato), è allo stesso attribuito il diritto di recedere dal contratto di assicurazione già stipulato entro sessanta giorni.

Significative novità in materia di garanzie relative a finanziamenti bancari son state in epoca recente previste sia dal d.l. 59/2016 (c.d. “*Decreto banche*”,



poi convertito nella l. n. 119/2016, che ha introdotto l'art. 48-*bis* TUB), sia dal d.lgs. n. 72/2016 (che, in attuazione dell'art. 28 della dir. 2014/17/UE, c.d. "*Mortgage Credit Directive*", ha introdotto, l'art. 120-*quingiesdecis* TUB). Il minimo comune denominatore dei su citati interventi normativi è la possibilità di contemplare nella disciplina pattizia di talune specifiche tipologie di finanziamenti bancari, una garanzia ulteriore rispetto all'ipoteca, rappresentata dal c.d. «**patto marciano**», che notoriamente attribuisce al concedente, in caso di costituzione di una garanzia reale, il diritto di ottenere l'eventuale differenza tra il valore di stima (o di realizzo) del bene costituito in garanzia e l'ammontare del debito rimasto inadempito.

L'ipotesi contemplata dalla prima disposizione di legge innanzi richiamata ricorre nei **contratti di mutuo stipulati tra banche ed imprese**, ove è consentito all'istituto di credito di ottenere a proprio favore il trasferimento del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) su un immobile dell'imprenditore o di un terzo (purché lo stesso non sia adibito ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti ed affini sino al terzo grado) sospensivamente condizionato all'inadempimento dell'imprenditore-debitore. Con la conseguenza che, qualora il sovvenuto non provveda al versamento di un determinato numero di rate per un arco temporale non inferiore a quanto previsto dalla legge (art. 48-*bis*, comma 5), la banca ha il diritto di acquisire definitivamente la proprietà dell'immobile costituito in garanzia, avviando un'apposita procedura diretta innanzitutto alla stima del valore dell'immobile da parte di un perito nominato dal Presidente del Tribunale, che è tenuto procedere in conformità ai criteri dettati dall'art. 568 c.p.c. (così determinando il valore di mercato del bene). Dopo di che, qualora il valore in tal modo stimato risulti inferiore al credito vantato dalla banca, questa ne diventa immediatamente proprietaria; nel caso, invece, in cui sia superiore, il trasferimento ha luogo nel momento in cui l'istituto finanziatore corrisponde al debitore la differenza tra il valore stimato del bene e l'ammontare del debito. La seconda ipotesi di applicazione del patto marciano è contemplata nell'ambito della nuova disciplina introdotta, nell'ambito del titolo VI del TUB, del Capo I-*bis* (dedicato al "**Credito immobiliare ai consumatori**"). Trattasi più specificatamente di contratti di finanziamento a consumatori garantiti da ipoteca su un immobile residenziale, finalizzati all'acquisto od alla conservazione della proprietà di un suolo su cui insista o debba edificarsi un fabbricato di tal natura. Orbene, l'eventuale inserimento in tale contratto del patto marciano (non apponibile successivamente alla relativa stipula), consente alla banca, in caso di inadempimento del mutuatario (per un ammontare non inferiore a diciotto rate), in forza di un'opzione di acquisto ovvero di un mandato a vendere, rispettivamente di divenire proprietaria del bene oggetto di garanzia ovvero di far propri i proventi derivanti dalla ven-

di dello stesso. In ossequio al patto marciano il consumatore ha nondimeno diritto a percepire l'eventuale eccedenza tra il valore del bene stimato dal perito scelto di comune accordo tra le parti (ovvero, in caso contrario, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente) ovvero tra l'importo ricavato dall'alienazione del cespite cauzionale e l'ammontare del proprio debito. Qualora, invece, il valore dell'immobile in questione ovvero il corrispettivo ricavato dalla vendita dello stesso sia inferiore alla residua esposizione debitoria, il patto comporta un effetto esdebitatorio, ossia l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore.

## 2.a. Segue. *Il mutuo di scopo*

Sia nella legislazione speciale che nella prassi negoziale son rinvenibili una pluralità di eterogenee figure contrattuali che si discostano sotto più profili dallo schema tipico del mutuo c.d. "ordinario" delineato dal codice civile – e che per ciò stesso potremmo definire, in contrapposizione a quello, come "mutui speciali" – la cui caratteristica maggiormente qualificante è ravvisabile nella previsione di una c.d. "clausola di destinazione o di reimpiego" (di fonte legale o pattizia), in forza della quale il finanziato è tenuto ad utilizzare la somma concessagli a credito per la realizzazione di uno scopo prefissato.

Di qui l'ulteriore denominazione della fattispecie in questione come "mutuo di scopo" (Cass., n. 3589/2010; Cass., n. 25180/2007; Cass., Sez. Un. n. 18046/1997), a sottolineare inequivocabilmente il principale tratto distintivo rispetto al mutuo codicistico. Se, infatti, come si è opportunamente evidenziato, nel modello codificato la ragione del prestito rimane confinata tra i meri motivi del negozio – con la conseguenza, da un lato, che il mutuatario non incontra alcun vincolo nell'utilizzazione delle somme erogategli e, dall'altro, è precluso al mutuante di esercitare un qualsivoglia sindacato sulla destinazione del finanziamento – di contro, nel mutuo c.d. "di scopo" l'**obbligo di destinazione** (legale o convenzionale) **integra una vera e propria obbligazione a carico del sovvenuto**, che si aggiunge a quelle, caratteristiche del mutuo ordinario, di restituire la somma mutuata e di pagare gli interessi. La rilevanza che la clausola di destinazione assume nel regolamento pattizio è, d'altro canto, eloquentemente testimoniata dalla gravità della sanzione comminata per l'ipotesi di violazione dell'obbligo ivi consacrato: ossia lo scioglimento del rapporto (quale conseguenza della previsione, a seconda dei casi, di una ipotesi di nullità del contratto per difetto di causa (così Cass., n. 25793/2015) o di una *clausola risolutiva espressa* o, ancora, di una *facoltà di recesso* a favore del mutuante (per un'ipotesi di risoluzione per inadempimento v. Cass., n. 1369/2016).

Se ne deduce che nel c.d. “*mutuo di scopo*” la **clausola di destinazione dà luogo ad un’alterazione del tipo**, giacché l’impiego del capitale mutuato per il conseguimento di una determinata finalità, da motivo estraneo alla struttura del negozio, entra a far parte del regolamento contrattuale ed, attribuendo rilevanza ad interessi delle parti diversi ed ulteriori rispetto a quelli normalmente ravvisabili a fondamento della causa di finanziamento, penetra nella causa del negozio, ponendo l’obbligazione di destinazione in rapporto di corrispettività rispetto alla concessione del prestito.

Pur nella consapevolezza dell’estrema eterogeneità che connota i diversi modelli negoziali contemplati sia nella contrattazione privata che, vieppiù, nelle varie leggi in materia di credito agevolato – ciascuno dotato di un proprio peculiare statuto normativo (v. la disciplina in materia di credito agrario, edilizio, peschereccio, industriale, alle opere pubbliche, all’artigianato, ecc.) – è dunque possibile identificare il *mutuo di scopo* come un tipo contrattuale dotato di piena *autonomia* rispetto a quello “*ordinario*”, in quanto caratterizzato da una pluralità di elementi addirittura antitetici rispetto a quest’ultimo. Ed, infatti, dal punto di vista delle *modalità di perfezionamento*, il mutuo di scopo, quanto meno di norma, si atteggia, a differenza del mutuo codicistico, come contratto *consensuale* anziché *reale*, posto che in tal caso la consegna attiene alla fase esecutiva del rapporto (Cass., n. 10569/2007); altresì, sotto il profilo degli *effetti*, considerato che in capo al finanziato, accanto alle tradizionali obbligazioni di restituzione della somma e di corresponsione degli interessi, grava l’ulteriore obbligo di realizzare lo scopo previsto, compiendo gli atti o svolgendo l’attività in concreto programmata; infine, relativamente alla *causa*, quest’ultima prestazione acquista decisivo rilievo nel sinallagma contrattuale, assumendo funzione di corrispettivo dell’attribuzione della somma (Cass., n. 317/2001).

Nelle varie leggi in materia di **crediti speciali** sono, poi, riscontrabili alcuni ulteriori *tratti comuni*, sostanzialmente riconducibili alla **natura pubblicistica degli interessi coinvolti** e relativi: 1) ai **soggetti**, tenuto conto che il finanziamento può esser erogato soltanto da parte di taluni enti a ciò espressamente autorizzati ed unicamente a favore di determinati beneficiari, in possesso dei requisiti specificamente prescritti dalla legge; 2) all’**agevolazione**, che di frequente accede al rapporto di credito, generalmente sotto forma di contributo in conto interessi; 3) ed, infine, all’esercizio di un **potere autoritativo** da parte dell’ente erogatore, con evidenti profili di discrezionalità amministrativa soprattutto nella fase propedeutica alla concessione del credito ai fini dell’istruttoria e della delibazione della domanda di concessione di credito agevolato, ma anche successivamente, in sede di controllo sulla effettiva realizzazione dello scopo.

Ed invero, in particolare per quanto attiene al momento dell'**estinzione del rapporto**, va tenuto presente che la legislazione speciale, per l'ipotesi di inadempimento degli obblighi assunti dal mutuatario, prevede sia **sanzioni pubblicistiche** che **rimedi di natura privatistica**. Nella prima categoria si annoverano gli istituti della "*sospensione*" e della "*revoca*" del contributo (che, a sua volta, può consistere nella mera "*cessazione*" o nella "*decadenza*" dello stesso; ipotesi quest'ultima, che, a differenza della prima, implica l'obbligo della restituzione di quanto ricevuto a titolo di agevolazione). Tra i secondi, accanto ai rimedi di diritto comune rappresentati dalla risoluzione per inadempimento e dagli altri mezzi di tutela del mutuante previsti agli artt. 1820 e 1822 c.c., è frequente la previsione della c.d. "*conversione*" del contratto di finanziamento agevolato in contratto di credito ordinario, con conseguente adeguamento automatico degli interessi al tasso di mercato.

### 3. *Il credito ai consumatori*

Ancora una volta dietro il decisivo impulso del diritto comunitario, solo in epoca recente il nostro legislatore ha avvertito l'esigenza di dettare una specifica disciplina del "**credito al consumo**"; e ciò benché la variegata tipologia dei finanziamenti al consumo – non più alimentata, come in origine, dalle attività creditizie del produttore della merce, bensì affidata a banche o enti finanziari all'uopo appositamente costituiti – rappresentasse da tempo fenomeno di evidente rilievo che sollecitava un adeguato intervento normativo.

I termini della questione sono noti. L'aumento dei consumi indotti dalla crescente propensione all'indebitamento per effetto di una (apparente) maggiore facilità di accesso al credito, da un lato e l'impossibilità o comunque l'indisponibilità da parte dal produttore/venditore ad anticipare la provvista finanziaria necessaria all'acquisto in forma dilazionata soprattutto dei beni c.d. "durevoli" (autoveicoli, arredi, elettrodomestici, apparecchiature elettroniche, ecc.), dall'altro, ha storicamente determinato l'intervento di un finanziatore professionale in un rapporto originariamente bilaterale (in quanto tradizionalmente strutturato sul modello della vendita a rate con riserva di proprietà), con conseguente **disarticolazione di una fattispecie economica unitaria in due diversi rapporti negoziali (vendita/finanziamento) formalmente autonomi**. È inutile dire che l'indiscriminata diffusione di tale operazione creditizia seppur obiettivamente vantaggiosa per tutti i soggetti coinvolti, ha finito con l'espore il consumatore ad una pluralità di effetti pregiudizievoli; perché se il finanziatore risultava ampiamente cautelato dal rischio dell'insolvenza del sovvenuto, oltre che

dall'iscrizione di una garanzia reale sul bene acquistato mediante il finanziamento, dall'inserimento nel relativo contratto di clausole risolutive espresse per l'ipotesi di mancato pagamento anche di una sola rata; di contro il consumatore si vedeva preclusa la possibilità sia di opporre al finanziatore le eccezioni inerenti al contratto di compravendita, sia di invocare la disciplina codicistica dettata in materia di vendita a rete con riserva della proprietà (artt. 1525 e 1526 c.c.). La ricerca di adeguati strumenti di tutela del consumatore in tale specifico ambito negoziale risultava, peraltro, ulteriormente ostacolata non solo sul piano normativo, stante la palese inadeguatezza della disciplina in materia di condizioni generali di contratto (artt. 1341-1342 c.c.) e la natura meramente dispositiva, e come tale derogabile, di quella dettata relativamente ai contratti di credito; ma anche su quello giurisprudenziale, data la tendenza delle nostre corti a circoscrivere l'influenza del collegamento negoziale al solo profilo della validità, escludendola invece da quello dell'esecuzione del contratto.

Soprattutto per la necessità dell'adeguamento del nostro ordinamento al diritto comunitario, l'intero settore è stato, quindi, oggetto negli ultimi decenni di una pluralità di interventi legislativi estremamente articolati e stratificati.

La prima disciplina specifica delle operazioni di credito al consumo ha visto la luce con l'emanazione della **legge 19 febbraio 1992, n. 142** (che agli artt. 18 ss. diede attuazione alla direttiva CEE 87/102 del 22 dicembre 1986, così come modificata dalla direttiva CEE 90/88 del 22 febbraio 1990). Successivamente tale *corpus* normativo venne trasfuso negli artt. 121-126 TUB (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e succ. mod.) ed ivi opportunamente coordinato con le disposizioni dettate, in materia di **“trasparenza delle operazioni o dei servizi bancari e finanziari”**, dalla legge 17 febbraio 1992, n. 154. Con l'emanazione del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 e, quindi, con l'introduzione del c.d. **“Codice del Consumo”** (artt. 41-43) la disciplina in materia venne, poi, singolarmente sdoppiata in due diversi testi normativi, pur continuando ad essere in larga parte ospitata nel Testo Unico Bancario (Capi II e III del Titolo VI). Tale irragionevole dicotomia è, però, cessata con l'entrata in vigore del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 (parzialmente modificato ed integrato dal d.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218), emanato in attuazione della dir. CEE 2008/48 del 23 aprile 2008 (che aveva, a sua volta, sostituito la già citata dir. CEE 87/102), in virtù del quale l'intera regolamentazione del fenomeno ha trovato nuovamente collocazione nei novellati artt. 121-126 TUB. Un ulteriore intervento legislativo è stato, poi, attuato con il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 3 febbraio 2011, n. 117, le cui disposizioni sono state recepite dal Provvedimento della Banca d'Italia del 9 febbraio 2011.

Una prima novità rispetto alla disciplina previgente è rappresentata dall'adozione, in luogo del tradizionale lemma **«credito al consumo»**, della nuova formula

«**credito ai consumatori**». Trattasi, peraltro, di un mutamento a cui deve riconoscersi una valenza meramente nominalistica, posto che – come si constaterà attraverso la successiva analisi delle diverse disposizioni normative – dalla sostituzione di un elemento oggettivo (rappresentato dal c.d. «atto di consumo») con uno soggettivo, ossia l'esplicito riferimento alla figura del «consumatore» non può evincersi un'autentica differenza di prospettiva nella visione e, conseguentemente, nella regolamentazione del fenomeno, essendo la *ratio legis* anche del nuovo *corpus* normativo sempre individuabile nell'esigenza eminentemente mercantile di favorire, attraverso l'armonizzazione delle diverse legislazioni nazionali in materia, la realizzazione di un mercato comunitario nel settore dei servizi di credito ai consumatori senza gli effetti distorsivi derivanti dall'eterogeneità delle regole domestiche. Con la conseguenza che la tutela dei consumatori anche nella nuova disciplina continua a rappresentare una finalità perseguita solo strumentalmente e di riflesso.

Dalla lettura della prima disposizione di legge innanzi citata (art. 121 TUB) sembrerebbe potersi arguire che l'intento del legislatore sia stato innanzitutto quello di individuare una vera e propria **causa di credito al consumo** suscettibile, come tale, di tradursi in plurimi ed eterogenei modelli negoziali.

I presupposti prescritti ai fini dell'applicabilità della disciplina in questione sono individuati, per quel che concerne innanzitutto il **profilo soggettivo**, dai tratti caratteristici che connotano, rispettivamente, la figura dell'«**acquirente-finanziato**» (definito come «una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»), quella del «**finanziatore**» (ossia «il soggetto che, essendo abilitato a erogare finanziamenti a titolo professionale nel territorio della Repubblica, offre o stipula contratti di credito») e quella dell'«**intermediario del credito**» (qualifica riconosciuta agli «agenti in attività finanziarie, i mediatori creditizi o qualsiasi altro soggetto, diverso dal finanziatore, che nell'esercizio della propria attività commerciale o professionale svolge, a fronte di un compenso in danaro o di altro vantaggio economico oggetto di pattuizione e nel rispetto delle riserve di attività previste dal Titolo VI-bis, almeno una delle attività» creditizie all'uopo specificatamente individuate nella stessa norma).

Non ci si può esimere dall'evidenziare che relativamente a tutte le tre figure testé richiamate son prospettabili plurimi e legittimi dubbi interpretativi e, conseguentemente, applicativi. Basti pensare, per quel che attiene soprattutto agli incerti confini della nozione normativa di «consumatore», alle difficoltà pratiche di discriminare i finanziamenti per l'acquisto di beni o servizi funzionali allo svolgimento di un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale da quelli per l'acquisto di beni o servizi da impiegare per usi estranei a tali attività, nonché alla discutibi-

le scelta della delimitazione della figura in esame alle sole persone fisiche. Di qui i tentativi di estendere l'applicabilità della disciplina in esame a soggetti che pur non agendo, *strictu sensu*, per fini consumeristici o non possedendo il requisito delle fisicità presentino, comunque, tratti di debolezza meritevoli di tutela (quali le associazioni non profit, gli enti di fatto, le persone giuridiche che non perseguono scopi di lucro, ecc.). Sempre per quel che attiene all'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in esame merita di essere segnalato il significativo ampliamento della categoria dei «**finanziatori**» soggetti all'applicazione della normativa speciale sui contratti di credito ai consumatori. Dall'esame del combinato disposto normativo di cui agli artt. 121 e 122 TUB è dato, infatti, evincere che in tale *genus* sono stati ricondotti, oltre alle banche ed agli intermediari finanziari, le imprese di investimento, posto che i finanziamenti da loro concessi finalizzati ad effettuare un'operazione avente ad oggetto strumenti finanziari non sono esclusi dall'applicabilità della disciplina in esame se il finanziatore non partecipi all'operazione (art. 122, comma 1, lett. g), nonché i semplici «*venditori di beni e servizi*», seppur limitatamente alle dilazioni del prezzo con esclusione del pagamento degli interessi e di altri oneri (art. 122, comma 5).

Passando a trattare **dell'ambito oggettivo**, come già anticipato, una delle maggiori novità rispetto alla normativa previgente è rappresentata dall'introduzione, in luogo di quella di «*credito al consumo*», della nozione di «**contratto di credito**», testualmente definito come «*il contratto con cui il 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*» (art. 121, comma 1, lett. c).

L'esame comparato con la previgente definizione di «*credito al consumo*» consente di cogliere la maggiore sinteticità ed, al contempo, la più ampia latitudine che connotano la nuova formulazione normativa. La prima caratteristica è la conseguenza della previsione nei commi successivi della stessa norma di un articolato lemmario contenente la definizione di tutte le espressioni precedentemente utilizzate. La seconda deriva dal richiamo, accanto alla concessione di credito «*sotto forma di dilazione di pagamento*», del «*prestito*» e di «*ogni altra facilitazione finanziaria*», nella forma tanto del contratto definitivo che di quello preliminare. Ancor più che in passato deve, quindi, ritenersi che la categoria contrattuale in questione assuma una così ampia latitudine da ricomprendere pressoché tutti i plurimi ed eterogenei modelli negoziali attraverso i quali si realizza, nella prassi, la funzione propria del credito al consumo. Ma v'è di più. Ai sensi della novellata disciplina, ai fini dell'assoggettamento alla stessa, non è necessario che la fattispecie negoziale in concreto utilizzata contenga la specifica indicazione di uno o più atto di consumo in funzione del cui esclusivo com-

pimento il finanziamento sia concesso (come, ad esempio, accade paradigmaticamente nel mutuo di scopo, nel *leasing* o nella vendita a rate); essendo sufficiente che lo stesso sia erogato da parte di un soggetto riconducibile alla categoria normativa dei «*finanziatori*» e destinato ad un soggetto che abbia lo *status* di «*consumatore*» (si pensi al nuovo fenomeno delle carte di credito c.d. *revolving*, alla cessione del quinto dello stipendio e, più in generale, a qualunque forma di finanziamento in cui il consumatore sia libero di utilizzare come meglio ritiene la provvista finanziaria erogata a suo favore).

Sempre relativamente al perimetro oggettivo di applicazione della normativa in esame va, poi, ricordato che il citato art. 122, al primo comma, individua una pluralità di fattispecie escluse dall'applicabilità della disciplina sul credito al consumo o in ragione dell'importo (compreso tra una soglia minima di 200,00 Euro ad una massima di 75.000,00 Euro) o in considerazione delle modalità adottate ai fini della concessione del finanziamento (in larga parte corrispondenti, seppur con talune differenze, a quelle previste dalla citata direttiva CE 2008/48) ed, ai commi successivi, delle esclusioni parziali. A prescindere dalle perplessità sollevate da alcune scelte adottate dal legislatore, va comunque evidenziato che, nonostante l'apparente chiarezza del dato normativo, permangono fondati dubbi in ordine all'assoggettabilità alla disciplina in esame di talune fattispecie non menzionate (è il caso, in particolare, della fideiussione).

Significativamente ridisegnata in conformità alle indicazioni fornite dal legislatore comunitario risulta, poi, la dettagliata regolamentazione che il nuovo testo normativo detta relativamente sia alle caratteristiche ed al contenuto dei **messaggi pubblicitari** (art. 123) – introducendo un regime coerente ma autonomo rispetto a quello di cui all'art. 116 TUB – sia alle **informazioni** che il finanziatore o l'intermediario del credito sono obbligatoriamente tenuti a fornire al consumatore nella fase precontrattuale onde consentirgli di comparare le diverse offerte di credito presenti sul mercato e, quindi, di adottare una decisione adeguatamente consapevole in merito alla conclusione del contratto propostogli (art. 124).

Anche su questo particolare profilo della novellata disciplina non mancano, comunque, delle criticità. Basti solo evidenziare che, a differenza della normativa comunitaria, l'art. 123 non contempla tra le informazioni obbligatorie il **tasso debitore** (che deve, invece, esser compiutamente indicato nella successiva fase di informazione precontrattuale). È, altresì, censurabile la scelta del legislatore sia di esentare dagli obblighi di informativa precontrattuale i fornitori di merci ed i prestatori di servizi che agiscono come intermediari del credito, sia di prevedere che la copia della bozza del contratto di credito debba essere consegnata al consumatore solo qualora costui ne faccia richiesta sia, e soprattutto, di non contemplare alcuna sanzione a ca-