

CAPITOLO QUINDICESIMO

IL MUTUO BANCARIO

SOMMARIO: 1. La fattispecie ed i soggetti. – 2. I requisiti essenziali del contratto: *a*) l'accordo nel mutuo bancario e nel mutuo c.d. "unilaterale". – 3. (*Segue*): *b*) la causa nel mutuo bancario e nel mutuo di scopo. – 4. (*Segue*): *c*) l'oggetto: – la posizione contrattuale del mutuante. – 5. (*Segue*). La posizione contrattuale del mutuatario: 1) la restituzione della somma mutuata. – 6. (*Segue*): 2) la corresponsione degli interessi. – 7. (*Segue*). Interessi ed ammortamento. – 8. (*Segue*). Anatocismo. – 9. (*Segue*). Gli interessi usurari. – 10. (*Segue*). Determinazione (o determinabilità) degli interessi, *ius variandi* e recesso del mutuatario. – 11. *d*) la forma. – 12. Ipotesi di restituzione anticipata e di scioglimento del contratto. – 13. La c.d. "portabilità del mutuo". – 14. La rinegoziazione. Brevi cenni. – 15. La cancellazione dell'ipoteca.

1. *La fattispecie ed i soggetti.*

Si ha mutuo bancario quando la posizione contrattuale della parte mutuante, in un contratto di mutuo, è rivestita da una banca, che è impresa commerciale *ex art.* 2195, 1° co., n. 4, c.c., costituita in forma di «società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata» *ex art.* 14, 1° co., lett. *a*), d.lg. 1 settembre 1993, n. 385, d'ora in avanti t.u. l. banc.

In tale ipotesi la normativa di riferimento non si esaurisce in quella generale dettata dal codice civile (artt. 1813 ss. c.c.)¹, bensì è arricchita da una serie di norme speciali² le quali, se da una parte rivelano la particolare attenzione legislativa riservata alla funzione sociale perseguita dagli istituti

¹ In relazione alla disciplina codicistica v., in generale, GARDELLA TEDESCHI, *Mutuo (contratto di)*, *Digesto civ.*, XI, Torino, 1994, 537 ss.

² Cfr., da ultimo, FAUCEGLIA, sub *Art. 1813*, in *Dei singoli contratti*, a cura di Valentino, *artt. 1803-1860*, in *Commentario Gabrielli*, Torino, 2011, 119 s.

di credito (cfr. art. 47 Cost.), dall'altra incidono sulla disciplina in concreto applicabile al mutuo bancario in maniera talmente significativa da far pensare allo stesso in termini di figura contrattuale tendenzialmente autonoma ed a sé stante.

Se dunque elemento costante della fattispecie considerata è che a concedere il mutuo è una banca, il cui intervento in atto non pone particolari problemi, stante l'applicabilità delle norme generali in tema di rappresentanza delle società commerciali e cooperative (art. 2384, 1° co., e comb. disp. artt. 2519 e 2384, 1° co., o 2475 *bis*, 1° co., c.c. e, relativamente ad institori o procuratori, rispettivamente artt. 2203 ss., e 2209 c.c.)³, ulteriori differenziazioni disciplinari potrebbero invece derivare dalla circostanza che a contrarre il mutuo sia un soggetto piuttosto che un altro, in quanto:

1) in ipotesi di soggetto incapace occorre distinguere tra:

a) minori *in potestate*, per i quali l'art. 320 c.c. considera il mutuo (sia attivo che passivo⁴) quale atto «eccedente l'ordinaria amministrazione», per il cui valido compimento occorrerebbe dunque sempre e comunque l'autorizzazione del giudice tutelare, e ciò in quanto comportante l'assunzione di un'obbligazione che impegna in ogni caso «la garanzia di tutto il patrimonio e può rivelarsi arbitraria o comunque errata la previsione di estinguerlo mediante il reddito»⁵;

b) minore sottoposto a tutela, interdetto, inabilitato o minore emancipato: qui, almeno nel caso in cui il mutuo sia garantito da ipoteca, oltre che agli artt. 320, 374 n. 2, 394, 3°⁶ co., deve aversi riguardo all'art. 375, 1° co., n. 2, c.c. (a seconda dei casi in combinato disposto con l'art. 424, 1° co., o con l'art. 394, 3° co., c.c.), che prescrive l'autorizzazione del Tribunale su parere del giudice tutelare, circostanza questa che non pone tuttavia particolari problemi ove si superi la prospettiva tradizionale dell'inoperatività della

³ Cfr. FAUSTI, *Il mutuo*, in *Tratt. Perlingieri*, Napoli, 2004, 8 s. Per i risvolti sull'attività notarile del vigente sistema normativo in tema di rappresentanza nel settore bancario v., di recente, MIANO, *Attività notarile, rappresentanza e responsabilità disciplinare del notaio – Casistica*, Roma, 2009, 122 ss.

⁴ JANNUZZI e LOREFICE, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano, 2006, 11^a ed., 369.

⁵ JANNUZZI e LOREFICE, *op. cit.*, 369 ss. Secondo una diversa impostazione, il mutuo sarebbe da ritenersi atto di ordinaria amministrazione ove l'obbligazione da esso scaturente sia destinata ad essere adempiuta attraverso l'impiego delle sole rendite: cfr. CICU, *La filiazione*, in *Tratt. Vassalli*, III, 2, Torino, 1951, 308; MAZZACANE F., *La volontaria giurisdizione nell'attività notarile*, 8^a ed. riv. agg. a cura di Mazzacane V., Roma, 2002, 160 ss. In giurisprudenza v. Cass., 28 luglio 1987, n. 6542, *Giur. comm.*, I, 1988, 454.

⁶ Con riferimento all'ipotesi dell'amministrazione di sostegno v. art. 411 c.c., in relazione al quale sia consentito rinviare a TATARANO e TURCO, *L'amministrazione di sostegno*, in *Tratt. Preite*, I, Torino, 2012, 641 ss.

connessione (artt. 34 ss., c.p.c.) nell'ambito della volontaria giurisdizione⁷, il che consentirebbe di ritenere che la competenza del giudice tutelare resti attratta da quella del Tribunale, la cui autorizzazione sarà rilasciata «su parere del giudice tutelare» ai sensi del comb. disp. artt. 375, 2° co., c.c. e 732 c.p.c.⁸;

c) consumatore⁹: in questo caso, fermo restando quanto stabilito dagli artt. 121 ss., t.u. l. banc. in tema di «credito ai consumatori»¹⁰, devono applicarsi le norme di settore previste in materia di contratti del consumatore, essendo la banca da considerarsi senza dubbio un «professionista» ex art. 3, 1° co., lett. c), c. cons., con la precisazione che, se il mutuo bancario è garantito da ipoteca, essendo necessario l'intervento del notaio¹¹ ai fini della valida costituzione della garanzia stante il disposto dell'art. 2821 c.c., si ripropone, in ipotesi di mutuatario consumatore, il generale problema dell'applicabilità della relativa normativa di settore all'atto notarile in quanto tale¹²;

d) imprenditore: non rientra nella tutela predisposta dal c. cons., essendo quest'ultimo applicabile esclusivamente alle persone fisiche che agiscano «per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta», anche se recentemente, in tema di eliminazione della c.d. penale da estinzione anticipata, l'art. 7, 1° co., d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, conv. dalla l. 2 aprile 2007, n. 40¹³, ha previsto per la prima volta la nullità delle relative clausole qualora siano inserite in mutui contratti (non solo per soddisfare esigenze abitative di soggetti consumatori, ma anche) per provvedere all'acquisto od alla ristrutturazione di immobili destinati dall'imprenditore persona fisica all'esercizio della propria attività.

⁷ Per il superamento di tale prospettiva v. JANNUZZI e LOREFICE, *op. cit.*, 32.

⁸ Giunge alla stessa conclusione anche MAZZACANE F., *op. cit.*, 44, pur partendo dal diverso presupposto dell'inoperatività della connessione nella volontaria giurisdizione.

⁹ Ex art. 3, 1° co., lett. a), d.lg. 6 settembre 2005, n. 206, d'ora in avanti c. cons. (in relazione al quale v., per tutti, AA. VV., *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Capobianco e Perlingieri, Napoli, 2009, *passim*). Sulla tutela dei consumatori nei contratti bancari v. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, *passim*.

¹⁰ Relativamente al quale si rinvia sin d'ora allo specifico contributo contenuto in questo stesso *Trattato*.

¹¹ Si ricordi peraltro l'essenzialità dell'intervento notarile ai fini di cui all'art. 474, 2° co., nn. 2 e 3, c.p.c.

¹² Per una felice sintesi sulla questione v. BEVILACQUA e LABRIOLA, *Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio – Studio n. 237-2006/C – Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 13 maggio 2006*, reperibile in www.notariato.it.

¹³ Norma, come si dirà, oggi sostanzialmente confluita nell'art. 120 *ter*, t.u. l. banc.

Con specifico riferimento ai contratti conclusi dai consumatori, la recente Direttiva europea 2014/17/UE del 4 febbraio 2014 ha definito un «quadro comune per alcuni aspetti delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti» i contratti di credito concessi «ai consumatori»¹⁴ per l'acquisto o la ristrutturazione di un immobile residenziale¹⁵ «e garantiti da ipoteca o altrimenti» (art. 1).

In estrema sintesi, la direttiva di cui si discute, al fine di creare un autentico mercato interno, con un livello elevato ed equivalente di protezione dei consumatori, impone agli Stati membri di armonizzare la loro rispettiva disciplina in materia, e quindi:

– di promuovere misure atte a favorire l'educazione dei consumatori in merito all'assunzione di prestiti ed alla gestione del debito responsabili, in particolare per quanto riguarda i contratti di credito ipotecario (artt. 1 e 6),

– di arginare il rischio di comportamenti irresponsabili da parte degli istituti di credito, facendo sì che questi ultimi agiscano «in maniera onesta, equa, trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori», effettuino, prima di concedere un credito, una uniforme e più rigorosa valutazione del merito creditizio, anche mediante accesso a banche dati (artt. 1, 7, 18, 20 e 21), e degli immobili oggetto di garanzia (art. 19), nonché impongano al loro personale di avere e mantenere un livello di conoscenza e di competenza adeguato (art. 9),

– di garantire, anche mediante esempi rappresentativi, la massima trasparenza nei rapporti creditizi sin dalla loro promozione pubblicitaria (artt. 10 s.), mediante un'adeguata disciplina delle informazioni generali da mettere a disposizione del cliente (art. 13), della relativa informativa nella fase precontrattuale, da offrire mediante un Prospetto informativo europeo standardizzato (PIES) (art. 14), e nella fase di svolgimento del rapporto (cfr. art. 27 sulla comunicazione periodica relative ad eventuali modifiche del tasso debitore), con precisa indicazione sin dall'inizio del TAEG¹⁶, che viene qui definito (art. 4, n. 15) come «il costo totale del credito per il consumatore

¹⁴ Quali definiti all'art. 3, lett. a), Direttiva 2008/48/CE (v. art. 4, n. 1, della direttiva del 2013, il cui Considerando n. 10 precisa che tale «direttiva dovrebbe applicarsi a prescindere dal fatto che il creditore o l'intermediario del credito sia una persona giuridica o una persona fisica», senza tuttavia «pregiudicare il diritto degli Stati membri di limitare, conformemente al diritto dell'Unione, il ruolo del creditore o dell'intermediario del credito ai sensi della direttiva stessa alle sole persone giuridiche o a talune tipologie di persone giuridiche»).

¹⁵ Ma v. il Considerando n. 13, ai sensi del quale «la presente direttiva non osta a che gli Stati membri estendano le misure adottate in conformità della stessa per proteggere i consumatori con riguardo a contratti di credito relativi ad altre forme di beni immobili, o disciplinino altrimenti tali contratti di credito».

¹⁶ In relazione al quale v., diffusamente, *infra*, par. 6.

espresso in percentuale annua dell'importo totale del credito, se del caso includendo i costi di cui all'articolo 17, paragrafo 2»¹⁷, e «che corrisponde, su base annua, ai valori attualizzati di tutti gli impegni (prelievi, rimborsi e oneri) futuri o esistenti pattuiti dal creditore e dal consumatore»,

– di stabilire delle limitazioni (art. 12) alle diffuse pratiche di vendita aggregata (art. 4, n. 27) e dei divieti a quelle di vendita abbinata (art. 4, n. 26) del contratto di credito sotto forma di pacchetto con altri prodotti o servizi finanziari distinti, le quali potrebbero indurre i consumatori a concludere contratti di credito non rispondenti al loro reale interesse o comunque produrre effetti distorsivi della concorrenza (cfr. il Considerando n. 24),

– di assicurare, in ipotesi di prestiti concessi in valuta estera¹⁸, spesso contratti dal consumatore senza un'adeguata informazione o comprensione in ordine al rischio di cambio connesso (cfr. il Considerando n. 4), la previsione di norme che riconoscano al «consumatore [...] il diritto di convertire il contratto di credito in una valuta alternativa» o che comunque consentano di «limitare il rischio di cambio a cui il consumatore è esposto» (art. 23).

In attuazione della direttiva di cui si discute è stato emanato il d.lg. 21 aprile 2016, n. 72, che ha introdotto nel Titolo VI del t.u. l. banc., dedicato alla “Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti”, di un nuovo Capo *I-bis*, intitolato “Credito immobiliare ai consumatori”, per armonizzare il quale con il residuo tessuto normativo vigente sono state apportate pure lievi modifiche ai preesistenti Capi I¹⁹ e II²⁰.

In particolare, il suddetto Capo *I-bis* si apre con l'art. 120 *quinquies* t.u. l. banc., che, in attuazione dell'art. 4 della direttiva in oggetto (d'ora innanzi “MCD”²¹), contiene delle definizioni sostanzialmente coincidenti con quelle ivi previste, alle quali sono peraltro state allineate quelle già presenti nel t.u. l. banc.

L'art. 120 *sexies*, in attuazione dell'art. 5, MCD, definisce per esclusione l'ambito applicativo del nuovo Capo *I-bis*, limitandolo ai contratti sottoscritti da consumatori aventi ad oggetto la concessione di credito garantito da ipoteca su un immobile residenziale, o comunque volto all'acquisto o alla

¹⁷ E cioè «i costi di apertura e tenuta di uno specifico conto, i costi relativi all'utilizzazione di un mezzo di pagamento che permetta di effettuare operazioni e prelievi su quel conto e gli altri costi relativi alle operazioni di pagamento [...] qualora sia obbligatorio aprire o mantenere un conto per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte sul mercato».

¹⁸ E, cioè, ai sensi dell'art. 4, n. 28, «in [...] valuta diversa da quella in cui il consumatore percepisce il suo reddito o detiene gli attivi con i quali dovrà rimborsare il credito, o [...] diversa da quella dello Stato membro in cui il consumatore risiede».

¹⁹ Cfr. art. 115, commi 1 e 3, t.u. l. banc., quale modificato dal d.lg. 21 aprile 2016, n. 72.

²⁰ Cfr. art. 122 t.u. l. banc., quale modificato dal d.lg. 21 aprile 2016, n. 72.

²¹ Acronimo di *Mortgage Credit Directive*.

conservazione di un immobile, e lasciando fuori tutta una serie di altre fattispecie negoziali ivi specificatamente elencate.

L'art. 120 *septies*, in attuazione dell'art. 7, § 1, MCD, fissa dei «principi generali» di comportamento per i finanziatori e gli intermediari che offrono contratti di credito ai consumatori, i quali devono sostanzialmente attenersi ai canoni della diligenza, correttezza, trasparenza ed attenzione ai diritti ed agli interessi dei consumatori, basando la propria attività sulle informazioni riguardanti la situazione del consumatore, i particolari bisogni da quest'ultimo comunicati, nonché il relativo profilo di rischio.

L'art. 120 *octies*, in attuazione degli artt. 10 e 11, MCD, detta prescrizioni in materia di pubblicità degli annunci aventi ad oggetto i contratti di cui si discute, al fine di evitare effetti ingannevoli nell'utenza e di garantire alla medesima la più corretta informazione possibile sulle più significative condizioni contrattuali, anche mediante esempi rappresentativi, allo stesso tempo facendo salve le norme del c. cons., e deferendo al CICR la determinazione in concreto del contenuto degli annunci in oggetto.

L'art. 120 *novies*, in attuazione degli artt. 13, 14 e 16, MCD, impone al finanziatore od intermediario degli obblighi di informativa precontrattuale, che si sostanziano in prescrizioni generali (1° co.), consistenti nella preventiva consegna di un documento contenente tutte le informazioni ivi prescritte (tra cui pure quelle di cui agli artt. 20, § 4, 18, § 5, lett. b, 22, § 1, MCD), nonché in prescrizioni personalizzate (2° co.), volte a consentire al cliente una consapevole comparazione con altri prodotti presenti sul mercato e ad assumere comunque una decisione informata in merito alla conclusione del contratto, il tutto previa consegna del "Prospetto informativo europeo standardizzato" (PIES), prevedendosi anche in questo caso la futura emanazione di disposizioni attuative sul punto da parte del CICR.

L'art. 120 *decies*, in attuazione dell'art. 15, MCD, impone all'intermediario di rendere note al cliente una serie di informazioni relative al proprio profilo imprenditoriale, nonché relative ai propri compensi a carico del consumatore (di cui si prevede espressamente la considerazione ai fini del calcolo del TAEG), alle commissioni eventualmente corrisposte dal finanziatore ed alle procedure per un eventuale reclamo nei suoi confronti da parte del consumatore.

L'art. 120 *undecies*, in attuazione degli artt. 18, 20 e 21, MCD, impone al finanziatore di svolgere nella fase precontrattuale (e non solo, in ipotesi di successivo aumento significativo dell'importo del credito), un'adeguata istruttoria relativa alla valutazione del merito creditizio del consumatore, sulla base dell'informativa ricevuta, anche mediante l'intermediario del credito, o comunque reperita nei limiti della proporzionalità e nel rispetto del

d.lg. 30 giugno 2003, n. 196, al fine di poter individuare in anticipo le prospettive di adempimento delle obbligazioni contrattuali.

L'art. 120 *duodecies*, in attuazione dell'art. 19, MCD, impongono al finanziatore *standard* affidabili ai fini della valutazione dell'immobile che sarà oggetto dell'ipoteca concessa a garanzia del finanziamento, prescrivendosi requisiti di professionalità, indipendenza ed imparzialità dei soggetti all'uopo incaricati, e deferendosi alla Banca d'Italia l'emanazione di disposizioni attuative sul punto, tenendo anche conto della banca dati dell'Osservatorio del mercato immobiliare dell'Agenzia delle Entrate ("OMI").

L'art. 120 *terdecies*, in attuazione dell'art. 22, MCD, disciplina il servizio di consulenza, consistente in raccomandazioni personalizzate al consumatore in merito al contratto di credito, e costituente un'attività separata rispetto alla concessione del credito ed all'attività di intermediazione del credito. In particolare, si tratta di attività riservata (ai finanziatori od agli intermediari, appunto), che può essere qualificata come indipendente se ed in quanto sia svolta dai consulenti di cui all'art. 128 *sexies*, co. 2° *bis*, t.u. l. banc. Nell'ambito della suddetta attività di consulenza sono quindi prescritti degli obblighi di comportamento consistenti, da una parte, nel perseguimento del migliore interesse del consumatore e nel conseguimento di un'adeguata informativa sui suoi reali bisogni creditizi, al fine di potergli raccomandare il prodotto creditizio ed i relativi servizi accessori più adeguati alle sue concrete esigenze ed al suo profilo di rischio, dall'altra, nello svolgimento di un'interlocuzione precontrattuale con il cliente al fine di informarlo adeguatamente sui prodotti presi in considerazione, sui compensi dal medesimo dovuti al consulente e sulla commissione da quest'ultimo eventualmente percepita dal finanziatore.

L'art. 120 *quaterdecies*, in attuazione dell'art. 23, MCD, disciplina i contratti di credito in valuta estera, riconoscendo al consumatore un diritto potestativo di convertire il prestito nelle valute di cui al 1° co., lett. a) e b), alle condizioni la cui definizione in concreto viene ancora una volta deferita al CICR su proposta della Banca d'Italia, ed imponendo al finanziatore specifici obblighi informativi per il caso in cui il valore dell'importo totale del credito o delle rate residue varino di oltre il venti per cento rispetto a quello che risulterebbe applicando il tasso di cambio tra la valuta in cui è denominato il finanziamento e l'euro al momento in cui è stato concluso il contratto.

L'art. 120 *quinquiesdecies*, in attuazione dell'art. 28, MCD, nel far salvo quanto disposto dall'attuale art. 40, 2° co., t.u. l. banc.²², prescrive al finan-

²² In relazione al quale v., diffusamente, *infra*, par. 12.

ziatore di adottare procedure per gestire i rapporti con i consumatori in difficoltà nei pagamenti, deferendo alla Banca d'Italia l'adozione sul punto di disposizioni attuative con particolare riguardo ai casi di eventuale stato di bisogno o di debolezza del consumatore ed agli obblighi informativi e di correttezza del finanziatore, al quale è peraltro fatto divieto di imporre al consumatore oneri, derivanti dall'inadempimento, superiori a quelli necessari a compensare i costi sostenuti a causa dell'inadempimento stesso. La norma prevede inoltre la possibilità per le parti del contratto, tranne che in caso di surrogazione nel contratto di credito *ex art. 120 quater*, t.u. l. banc., di convenire mediante apposita clausola 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» comporti «l'estinzione dell'intero debito a carico del consumatore», e ciò «anche se il valore del bene immobile restituito o trasferito ovvero l'ammontare dei proventi della vendita» fossero inferiori, appunto, «al debito residuo».

Tale ultima disposizione mira evidentemente ad attenuare il vantaggio derivante alla banca dalla previsione della clausola in commento con l'assoggettamento della medesima al rischio che, in concreto, il valore dell'immobile alla medesima trasferito o restituito, oppure i proventi tratti dalla vendita a terzi del bene oggetto di garanzia ipotecaria, risultino di importo inferiore al debito residuo, circostanza in cui, nonostante ciò, il consumatore, se da una parte avrà perso ormai definitivamente la titolarità dell'immobile, dall'altra risulterà comunque liberato dalla propria esposizione debitoria nei confronti della banca (c.d. "esdebitazione").

Qualora, poi, il valore dell'immobile ipotecato e trasferito (o restituito) alla banca, «come stimato» dal perito nei termini appresso precisati, oppure l'ammontare dei proventi ricavati dalla vendita del medesimo a terzi, dovessero invece risultare superiori al debito residuo del consumatore, quest'ultimo avrebbe diritto alla restituzione dell'eccedenza.

A seguito delle vivaci discussioni che hanno accompagnato la genesi della norma in commento, nella sua ultima versione sono stati introdotti degli accorgimenti volti, da una parte, ad impedire possibili pressioni a danno del consumatore da parte della banca (cui è fatto divieto di «condizionare la conclusione del contratto di credito alla sottoscrizione della clausola» di cui si discute), dall'altra, a favorire una consapevole prestazione del consenso da parte del consumatore (il quale è assistito a titolo gratuito da un consulente «al fine di» valutare «la convenienza» della clausola stessa).

Allo stesso modo, nell'ultima versione della norma si è previsto che costituisca «inadempimento» del consumatore rilevante ai fini dell'attivazione da parte del finanziatore dei rimedi di cui sopra, il mancato pagamento di

un ammontare equivalente a diciotto rate mensili, precisandosi per chiare esigenze di coordinamento con la normativa prevista in tema di mutuo fondiario²³ che i ritardati pagamenti che, ai sensi dell'art. 40, 2° co., t.u. l. banc., consentono la risoluzione del contratto, non costituiscono inadempimento ai fini che qui interessano.

Quanto poi al «valore del bene immobile oggetto della garanzia», come anticipato, esso è «stimato da un perito indipendente scelto dalle parti di comune accordo ovvero, in caso di mancato raggiungimento dell'accordo, nominato dal Presidente del Tribunale territorialmente competente con le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 696 del codice di procedura civile, con una perizia successiva all'inadempimento», il tutto con applicazione dell'art. 120 *duodecies*, t.u. l. banc.

La disposizione in commento, come anticipato, ha suscitato forti polemiche, in particolare da parte di alcuni schieramenti politici, e ciò in quanto, se pure si prevede che siffatta clausola possa essere introdotta in contratto solo su espressa convenzione delle parti, e se anche sono stati previsti gli accorgimenti di cui si è detto poc'anzi, non è difficile immaginare come la stessa possa di fatto essere imposta dalle banche in considerazione della loro fisiologica posizione di potere contrattuale rispetto al consumatore che necessita del finanziamento. Si tratta infatti di una clausola che consentirebbe di fatto al finanziatore di evitare le procedure esecutive giudiziali, notoriamente lunghe e complesse, così riducendo esponenzialmente «il rischio e i costi esecutivi gravanti sul finanziatore in caso di inadempimento del debitore»²⁴. Se, nelle dichiarate intenzioni del legislatore, ciò dovrebbe «contribuire ad ampliare la disponibilità di credito da parte delle banche» e migliorare «le condizioni di prestito, a vantaggio dei debitori», non possono non emergere già *prima facie* le possibili criticità della disposizione in relazione:

– al divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c. (norma che viene espressamente fatta salva nell'*incipit* della disposizione in commento), che si è inteso salvaguardare nel caso di specie mercé la previsione di un sistema compensativo sostanzialmente riconducibile al c.d. patto marciano²⁵.

²³ Sul punto v. FERRETTI e SANTORO, *Prime osservazioni sul decreto legislativo di recepimento della direttiva mutui*, 2016, in www.diritto bancario.it, 10 s.

²⁴ Cfr. Relazione di accompagnamento all'originario schema di d.lg., reperibile su www.senato.it.

²⁵ Inteso come il «patto che conferisce al creditore il diritto di soddisfarsi su un determinato bene del debitore o di un terzo secondo giusta stima successiva alla scadenza del debito» (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VII, *Le garanzie reali. La prescrizione*, Milano, 2012, 287). Sul tema v. pure F. MASTROPAOLO, *Divieto legale e nullità di patti per ragioni di garanzia*, in AA. Vv., *I contratti di garanzia*, II, in questo *Trattato*, Torino, 2006, 1799 ss. In giurisprudenza v., da ultimo, Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Fallimento*, 2015, 7, p. 791, in tema di *sale and lease back*.

– alla violazione del principio della *par condicio creditorum* (art. 2740 c.c.), poiché «l'immediato trasferimento della proprietà dell'immobile alla banca, [...] vincolando il bene al soddisfacimento del creditore stipulante, lo sottrae all'aggressione degli altri eventuali creditori»²⁶;

– allo «squilibrio tra le parti nella stipula del contratto», e ciò in quanto permarrebbe il rischio, tipico del fenomeno commissorio, «che il debitore venga capziosamente spogliato del bene da un creditore oggettivamente più forte che si approfitta di una condizione di debolezza»²⁷.

Parallelamente, un'ulteriore ipotesi di patto marciano è stata introdotta in ambito bancario dall'art. 2, d.l. 3 maggio 2016, n. 59, che ha introdotto nel t.u. l. banc. l'art. 48 *bis*, ove viene disciplinato il «finanziamento alle imprese garantito da trasferimento di bene immobile sospensivamente condizionato».

Si tratta di un contratto di finanziamento stipulato «tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico», che può essere garantito dal trasferimento a favore del creditore o di una sua società controllata o collegata «della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo», il tutto sotto la condizione sospensiva dell'inadempimento (1° co.).

Ai riferiti requisiti soggettivi si aggiungono, con riferimento all'immobile oggetto del trasferimento a scopo di garanzia (sospensivamente condizionato), quelli oggettivi di cui al 3° co., che vieta una siffatta convenzione qualora la stessa riguardi «immobili adibiti ad abitazione principale del proprietario, del coniuge o di suoi parenti e affini entro il terzo grado».

Nel testo normativo in commento si consente poi che l'operazione venga stipulata in un unico contratto (di finanziamento e contestuale trasferimento condizionato a scopo di garanzia), oppure venga suddivisa in due diverse fasi, ipotesi quest'ultima in concreto configurabile non solo per i contratti di finanziamento ancora da stipulare (i quali, in tal caso, potrebbero pure a loro volta condizionare l'erogazione del finanziamento alla concessione della garanzia *de qua*), ma pure per quelli già in corso all'entrata in vigore del d.l., mediante apposita «modificazione delle condizioni contrattuali» (4° co.).

Affinché si configuri inadempimento rilevante ai fini dell'avveramento dell'evento dedotto nella condizione cui è subordinata l'efficacia del trasferimento a scopo di garanzia, occorre che il mancato pagamento si protragga

²⁶ Relazione di accompagnamento, *loc. cit.*

²⁷ Relazione di accompagnamento, *loc. cit.*

per un periodo di sei mesi decorrenti dal momento ivi specificato, che varia a seconda della tipologia di piano di rimborso rateale del mutuo.

L'accertamento dell'avvenuto inadempimento è di fatto rimesso alla stessa banca creditrice, la quale dovrà notificare a tutti i controinteressati individuati dal 5° co. la propria dichiarazione di volersi avvalere del patto di cui al 1° co.

A quel punto decorre un termine di sessanta giorni, scaduto il quale il creditore chiede al Presidente del Tribunale competente per territorio la nomina di un perito per la stima che, in qualità di terzo arbitratore *ex art.* 1349, 1° co., c.c., determina il valore di stima e lo comunica a tutti i soggetti indicati nel co. 6° dell'art. 48 *bis*, t.u. l. banc., precisandosi all'8° co. che «la condizione sospensiva di inadempimento, verificatisi i presupposti di cui al comma 5, si considera avverata», a seconda dei casi:

– «al momento della comunicazione al creditore del valore di stima», che tuttavia non si chiarisce in quale forma debba avvenire, con conseguente rischio di vanificare il tentativo legislativo di attenuare i possibili squilibri derivanti dal deferimento, per il resto, alla stessa parte interessata (la banca) dell'accertamento dell'avvenuto inadempimento,

– «ovvero al momento dell'avvenuto versamento all'imprenditore della [...] differenza» tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito e delle spese di trasferimento, qualora il primo sia superiore alla sommatoria di questi ultimi. In quest'ultima ipotesi, dunque, la comunicazione della stima non vale di per sé a far considerare avverata la condizione sospensiva, ma degrada a mero coelemento perfezionativo di un avveramento a formazione progressiva, che si conclude soltanto con la corresponsione al debitore della suddetta differenza, circostanza quest'ultima agevolmente accertabile essendo previsto espressamente che «il contratto di finanziamento» contenga «l'espressa previsione di un conto corrente bancario, intestato al titolare del diritto reale immobiliare, sul quale [...] accreditare l'importo pari alla differenza tra il valore di stima e l'ammontare del debito inadempito» (8° co.).

Il debitore può contestare la stima, ma ciò non impedisce al creditore di ottenere il trasferimento dell'immobile, poiché «l'eventuale fondatezza della contestazione incide sulla differenza da versare al titolare del diritto reale immobiliare» (7° co.).

Va ad ogni modo evidenziato che, qualora il valore di stima dovesse risultare inferiore al debito residuo e relative spese, il trasferimento non produrrà l'effetto di esdebitazione previsto nell'art. 120 *quinquiesdecies*, t.u. l. banc., con la conseguenza che l'imprenditore resterà obbligato nei confronti della banca per la differenza.

Il contratto di cui trattasi, avendo ad oggetto il trasferimento di diritti reali a scopo di garanzia sottoposto a condizione sospensiva, deve essere sin dall'origine trascritto con menzione nella nota di trascrizione della condizione (cfr. art. 2659, 2° co., c.c.), il che rende necessario:

– una volta avveratosi l'evento condizionante nei termini anzidetti, procedere alla cancellazione della menzione stessa ai sensi e per gli effetti dell'art. 2668, 3° co., c.c., norma quest'ultima tuttavia in parte derogata dall'art. 48 *bis*, 9° co., t.u. l. banc., che consente al «creditore, anche unilateralmente» (e quindi non alla «parte in danno della quale la condizione sospensiva si è avverata»), di procedere a tale adempimento pubblicitario mediante «una dichiarazione, a norma dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, con cui attesta l'inadempimento del debitore a norma del comma 5, producendo altresì estratto autentico delle scritture contabili di cui all'articolo 2214 del codice civile»,

– in ipotesi di corretto adempimento da parte del debitore, procedere alla annotazione del mancato avveramento della condizione sospensiva, adempimento pure (inspiegabilmente) rimesso all'iniziativa della banca creditrice la quale deve provvedervi, mediante atto notarile, «entro trenta giorni dall'estinzione dell'obbligazione garantita» (13° co.).

La norma in commento che, come anticipato, prevede una nuova ipotesi di finanziamento bancario, pone evidentemente dei problemi di coordinamento a livello sistematico per quanto concerne la possibile convivenza del trasferimento a scopo di garanzia (sospensivamente condizionato) con la garanzia ipotecaria.

A tale specifico riguardo, l'unica ipotesi espressamente contemplata dalla norma è quella di stipula del patto di cui all'art. 48 *bis*, 1° co., t.u. l. banc. con riferimento a contratti in corso al momento dell'entrata in vigore del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, in relazione ai quali si prevede espressamente che «qualora il finanziamento sia già garantito da ipoteca, il trasferimento sospensivamente condizionato all'inadempimento, una volta trascritto, prevale sulle trascrizioni e iscrizioni eseguite successivamente all'iscrizione ipotecaria» (4° co.), così di fatto riconoscendosi a quest'ultima una sorta di efficacia prenotativa degli effetti della trascrizione del contratto di trasferimento, consentendo alla banca una corsia preferenziale rispetto ad altri creditori (in deroga all'art. 2740 c.c.) od aventi causa del debitore (in base ad atti trascritti od iscritti dopo l'iscrizione ipotecaria, anche se prima della trascrizione del contratto di trasferimento condizionato).

Non sembra ad ogni modo da escludere che un contratto di finanziamento ad imprese possa oggi nascere *ex novo* contemplando contestualmente la concessione di ipoteca ed il trasferimento a scopo di garanzia

sospensivamente condizionato, configurandosi altrimenti un'irragionevole disparità di trattamento tra contratti conclusi prima o dopo la data di entrata in vigore del d.l. in commento, fermo restando che in tutti i casi di coesistenza (contestuale o successiva) tra le suddette forme di garanzia, una volta avveratosi l'evento condizionante, se non altro nei casi in cui a ciò consegua il trasferimento del bene ipotecato a favore dello stesso creditore (e non ad «una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata» *ex art. 48 bis*, 1° co., t.u. l. banc.), verrebbe a configurarsi una fattispecie di ipoteca su bene proprio, la cui permanenza in vita non potrebbe essere giustificata nemmeno nella logica di garantire la prevalenza delle ragioni della banca rispetto a quella di eventuali creditori ipotecari di grado successivo, essendo la medesima assicurata dal meccanismo come sopra previsto dal 4° co. in deroga all'art. 2740 c.c.

Qualora invece l'immobile trasferito a scopo di garanzia risulti gravato da iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli a favore di altri creditori (in quanto anteriori pure all'iscrizione dell'eventuale coesistente ipoteca a favore della banca), questi ultimi potranno promuovere l'espropriazione, ma ciò non impedirà alla banca di acquistare la titolarità del bene, essendo alla medesima consentito di chiedere l'accertamento dell'inadempimento al giudice dell'esecuzione, che nomina un esperto per provvedere alla stima, ed accerta l'inadempimento mediante ordinanza con cui fissa il termine entro il quale «il creditore deve versare una somma non inferiore alle spese di esecuzione e, ove vi siano, ai crediti aventi diritto di prelazione anteriore a quello dell'istante ovvero pari all'eventuale differenza tra il valore di stima del bene e l'ammontare del debito inadempito» (10° co.). Nell'ipotesi contemplata la condizione si considera avverata solo a seguito dell'avvenuto versamento, del che dà atto il giudice dell'esecuzione mediante apposito decreto, che è annotato a margine della trascrizione dell'atto di trasferimento *ex art. 2668 c.c.*

La predetta procedura può infine essere impiegata, nei limiti della compatibilità, pure nelle ipotesi di esecuzioni *ex d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602* (11° co.) ed in caso di fallimento del titolare del diritto reale immobiliare intervenuto successivamente alla trascrizione del patto di cui al comma 1, nel quale ultimo caso, se la banca creditrice è stata ammessa «al passivo, può fare istanza al giudice delegato perché, sentiti il curatore e il comitato dei creditori, provveda a norma del comma 10» (12° co.).

L'art. 120 *sexiesdecies*, in attuazione dell'art. 26, MCD, attribuisce all'Osservatorio del Mercato Immobiliare (OMI) istituito presso l'Agenzia delle Entrate una serie di funzioni di carattere statistico ed informativo ai fini dei controlli di vigilanza macro-prudenziale.

L'art. 120 *septiesdecies*, in attuazione dell'art. 7, par. 2, 3 e 4, e dell'art. 9, MCD, prevede disposizioni in tema di remunerazione del personale del personale e degli intermediari di cui si avvalga il finanziatore, che deve altresì assicurare che il proprio personale abbia un livello di professionalità adeguato alle attività contrattuale e di consulenza svolte.

L'art. 120 *octiesdecies*, in attuazione dell'art. 12, MCD, vieta le c.d. «pratiche di commercializzazione abbinata», consistenti nell'offerta o commercializzazione di contratti di credito unitamente ad altri prodotti o servizi finanziari obbligatori per la conclusione del contratto, il tutto fermo restando quanto disposto dall'art. 23, 4° co., d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58 (che esclude l'applicazione delle disposizioni del Titolo VI, Capo I, t.u. l. banc. ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25 *bis*, ovvero della parte IV, titolo II, capo I, ferma restando l'applicazione del citato Titolo VI, t.u. l. banc. alle operazioni di credito ai consumatori), dall'art. 28, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, (che prevede che qualora le banche, gli istituti finanziari e gli intermediari finanziari condizionino l'erogazione del mutuo immobiliare alla stipula di un contratto di assicurazione sulla vita, i medesimi sono tenuti a sottoporre al cliente almeno due preventivi di due differenti gruppi assicurativi non riconducibili alle banche, agli istituti di credito e agli intermediari finanziari stessi. Il cliente è comunque libero di scegliere sul mercato la polizza sulla vita più conveniente che il finanziatore è obbligato ad accettare senza variare le condizioni offerte per l'erogazione del mutuo immobiliare), e dall'art. 21, co. 3° *bis*, c. cons. (che considera scorretta la pratica commerciale di una banca, di un istituto di credito o di un intermediario finanziario che, ai fini della stipula di un contratto di mutuo, obbliga il cliente alla sottoscrizione di una polizza assicurativa erogata dalla medesima banca, istituto o intermediario ovvero all'apertura di un conto corrente presso la medesima banca, istituto o intermediario).

L'art. 120 *noviesdecies*, da una parte, estende l'applicazione degli artt. 117, 118, 119, 120, co. 2°, 120 *ter*, 120 *quater*, e 125 *sexies*, co. 1°, t.u. l. banc., ai contratti di credito di cui si discute, dall'altra, in attuazione dell'art. 8, MCD, impone al finanziatore e all'intermediario del credito di fornire gratuitamente ai consumatori le informazioni di cui alla nuova normativa, e ciò anche in deroga a quanto previsto dall'art. 127 *bis*, t.u. l. banc.

Per il resto, sempre con riferimento al t.u. l. banc., per quanto qui di diretto interesse, lo schema di d.lgs. prevede la modifica oltre che, come

anticipato, del vigente art. 122²⁸, pure²⁹ del vigente art. 128 *sexies*, contenente la definizione del «mediatore creditizio», prevedendone l'iscrizione in una sezione speciale dell'elenco di cui al co. 2°³⁰ qualora si tratti di «consulente indipendente», il quale dovrà svolgere esclusivamente tale attività e quelle ad essa connesse o strumentali, per le quali sarà remunerato esclusivamente dal cliente, e sempre senza essere legato ad alcuna delle parti da rapporti che ne possano compromettere l'indipendenza.

2. I requisiti essenziali del contratto: a) l'accordo nel mutuo bancario e nel mutuo c.d. "unilaterale".

Essendo la presente trattazione specificamente dedicata al mutuo bancario, non potrà indugiarsi in questa sede sull'annosa questione relativa alla natura tipicamente reale o meno del mutuo in generale³¹, senza che

²⁸ Nel senso di escludere dall'ambito di applicazione della disciplina sul credito ai consumatori tutti i finanziamenti garantiti da ipoteca su beni immobili, anche se hanno una durata inferiore o pari a cinque anni, nonché, di prevedere l'applicazione del Capo II del t.u. l. banc. ai crediti non garantiti finalizzati alla ristrutturazione di un immobile residenziale, anche se il finanziamento ha un importo superiore a 75.000 euro, e ciò in deroga allo stesso art. 122, 1° co., lett. a), t.u. l. banc. (che esclude l'applicazione del Capo II ai finanziamenti di importo inferiore a 200 euro o superiore a 75.000 euro).

²⁹ In attuazione dell'art. 22, par. 4, MCD, ove è definito il "consulente indipendente", che non può percepire compensi da parte del finanziatore o di altri soggetti ad eccezione del consumatore. In particolare, poiché nell'attuale sistema il mediatore creditizio non è del tutto indipendente rispetto agli intermediari finanziari, potendo dai medesimi ricevere un compenso, lo schema di d.lgs. ha previsto la nuova figura del "consulente del credito" che, sia pure con le peculiarità di cui si è detto pure nel corpo del testo, potrà essere ricondotta all'interno della categoria, già esistente, del mediatore creditizio.

³⁰ Ai fini dell'iscrizione occorrerà che siano soddisfatti tutti i requisiti soggettivi già previsti per i mediatori creditizi (cfr. art. 128 *septies*, t.u. l. banc.).

³¹ Per una felice ricostruzione del dibattito v. GARDELLA TEDESCHI, *op. cit.*, 539 ss., successivamente alla quale si registrano numerose pronunce favorevoli alla tesi della realtà del mutuo (cfr., *ex multis*, Cass., 27 agosto 2015, n. 17194, *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Cass., 3 gennaio 2011, n. 14, *CED*, 2011; Cass., 6 marzo 2009, n. 5568, *Soc.*, 2009, 6, 729; Cass., 26 marzo 2002, n. 4327, *Riv. giur. edilizia*, I, 2002, 1015; Cass., 8 marzo 1999, n. 1945, *Foro it.*, 1999, I, 2569; Cass., 21 luglio 1998, n. 7176, *Contr.*, 1999, 373, con nota di Goltara; nella giurisprudenza di merito v. T. Novara Borgomanero, 12 ottobre 2009, *Corriere merito*, 1, 2010, 22; T. Verona, 20 ottobre 2003, *Giur. di Merito*, 2004, 1109). Si ricorda ad ogni modo che appare pacifica l'ammissibilità del mutuo consensuale, contratto atipico o tipico che lo si voglia considerare: GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, Milano, 1967, 243 s.; NATOLI, *I Contratti reali*, Milano, 1975, 49 ss.; LUMINOSO, *I Contratti tipici e atipici*, I, *Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1995, 689 ss.; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, 4ª ed., Padova, 2004, 155 s.; TETI, *Il mutuo*, in *Tratt. Rescigno*, XII, Torino, 1985, 643; NIVARRA e ROMAGNO, *Il mutuo*, Milano, 2000, 61 s.; in giurisprudenza v., tra le altre, Cass., 21 luglio 1998, n. 7116, *Contr.*, 1999, 373. Con particolare riferimento