

Art. 28

Morosità e pignoramenti

1. Gli Stati membri adottano misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia.
2. Gli Stati membri possono imporre che, qualora al creditore sia consentito definire e imporre al consumatore oneri derivanti dall'inadempimento, tali oneri non siano superiori a quanto necessario per compensare il creditore dei costi sostenuti a causa dell'inadempimento.
3. Gli Stati membri possono consentire ai creditori di imporre oneri aggiuntivi al consumatore in caso di inadempimento. In tal caso, gli Stati membri fissano un limite massimo per tali oneri.
4. Gli Stati membri non impediscono alle parti di un contratto di credito di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito.
5. Se il prezzo ottenuto per il bene immobile influisce sull'importo dovuto dal consumatore, gli Stati membri predispongono procedure o misure intese a consentire di ottenere il miglior prezzo possibile per la vendita del bene immobile in garanzia. Se a seguito di una procedura esecutiva rimane un debito residuo, gli Stati membri assicurano che siano poste in essere misure intese a facilitare il rimborso al fine di proteggere i consumatori.

Commento di Andrea Bertolini

Ricercatore in Diritto privato, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

La duplice rilevanza della disciplina del rimedio: una considerazione metodologica 481

L'articolo 28 della direttiva, dedicato a morosità e pignoramenti, contiene diverse norme articolate nei singoli commi, alcune delle quali sono tra loro alternative e consentono quindi agli stati membri di adottare strategie di attuazione differenti, ed in certa misura opposte (commi 2 e 3, *infra* § “Limitazione del risarcimento del danno subito dal creditore a causa dell'inadempimento”; comma 4, *infra* §§ “Trasferimento del bene oggetto di garanzia” e “Limitazione del debito entro il valore conseguito attraverso la liquidazione”). Altre disposizioni, per contro, appaiono ad una lettura più attenta potenzialmente contraddittorie (commi 1 e 5, *infra* §§ “Tolleranza nell'escussione della garanzia e tasso di interesse praticato al consumatore”, “Massimizzazione del valore conseguibile con la vendita del bene dato in garanzia e tasso d'interesse praticato al debitore” e “Rimborso del debito residuo”) cosicché l'individuazione della corretta soluzione normativa risulta quantomeno complessa, esigendo ad un tempo un'attenta indagine della *ratio* dell'intera disciplina e dell'effetto che singole opzioni normative potrebbero produrre.

Occorre premettere che la disciplina in questione, attenendo alla fase patologica del rapporto, rappresenta un vero Giano bifronte. Da un lato, infatti, guarda al rimedio e quindi all'inattuazione del vincolo; da un altro lato, tuttavia - ed anzi, proprio per questo -, guarda alla fisiologia, ed in particolare incide sull'*an* e sul *quomodo* dell'instaurazione del rapporto obbligatorio, ovvero - e ciò, in verità, vi equivale - sulle condizioni economiche del medesimo.

È quindi necessario fin da principio comprendere come una disposizione, che ad una lettura piana appaia agevolare il debitore in difficoltà, potrebbe invece penalizzarlo nella fase di negoziazione del vincolo, impedendone la conclusione, ovvero consentendola a condizioni economiche deteriori. Invero, lo stesso dato può anche significare che mentre un soggetto in grado di stipulare comunque il contratto di mutuo, ovvero che lo abbia già concluso, si troverebbe a godere di maggiore protezione, coloro che ancora devono accedere al mercato del credito si troverebbero per questo esclusi, con

un'evidente sperequazione, non immediatamente giustificabile sul piano costituzionale¹. Da qui l'esigenza di porre particolare enfasi sull'effetto del rimedio, secondo la duplice direttrice descritta e quindi, in ultima istanza, procedere ad un'analisi funzionale e non meramente dogmatica.

La *ratio*: la soluzione di un problema che non c'è

La possibilità di procedere con questo commento è subordinata alla corretta ricostruzione dell'intento del legislatore comunitario. Il richiamo alla crisi finanziaria ed alle sue ragioni macroeconomiche globali - di cui al *considerando* n. 3 - permette di identificare il problema cui si intende porre rimedio, nel «considerabile livello di indebitamento, in gran parte concentrato su crediti concernenti beni immobili residenziali» di molti consumatori dell'Unione, che si ritiene essere stati sovente concessi senza tenere sufficientemente conto dei «rapporti prestito/valore, prestito/reddito, debito/reddito e simili, vale a dire livelli minimi al di sotto dei quali un credito non sarebbe considerato accettabile». L'accento non viene quindi posto sull'esigenza di garantire un più ampio e semplice accesso al credito da parte del cittadino europeo, anche attraverso l'adozione di regole uniformi che agevolino la competizione tra prestatori nazionali, quanto piuttosto sulla necessità di limitare e prevenire da un lato future bolle speculative immobiliari, da un altro lato l'eccessivo ed ingiustificato indebitamento delle famiglie.

482 Certamente quelle appena ricordate sono le ragioni che, a partire dagli Stati Uniti, hanno dato origine alla crisi economica e finanziaria del 2008, in cui in ragione anche dell'incremento dei prezzi della proprietà non supportato da un corrispondente variazione dei valori fondamentali dell'economia reale, si è giunti ad un eccessivo indebitamento delle famiglie, ed il loro fallimento a catena², con conseguente crollo dei consumi ed aumento della disoccupazione. Lo stesso fenomeno non si è tuttavia registrato in Europa, in ragione della maggiore avversione al rischio - e, soprattutto in Italia, maggiore propensione al risparmio³ - dei consumatori, e del più contenuto ricorso a strumenti di credito al consumo. Altrimenti detto, l'impatto assolutamente severo della crisi finanziaria sull'economia reale non è imputabile ai medesimi errori sia da parte degli intermediari del credito, sia dei privati cittadini. La più rilevante eccezione in questo senso è rappresentata dalla Spagna⁴, mentre l'incremento dei prezzi degli immobili nell'area Euro osservato da alcuni recenti studi⁵, è conseguenza di una

¹ Per quanto l'ambito di applicazione della direttiva sia potenzialmente più ampio, occupandosi del credito ipotecario in genere e non necessariamente di quello finalizzato all'acquisto della - prima - casa è evidente che nella più parte dei casi, soprattutto in relazione alla disciplina della patologia del rapporto, si abbia riguardo a quelle fattispecie concrete e quindi al corrispondente diritto fondamentale all'abitazione, su cui, in estrema sintesi cfr. U. BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980; E. BARGELLI, *Proprietà e locazione. Prelazione e valore di scambio*, Torino, 2004, p. 14 e ss.; EAD, voce *Abitazione* (diritto alla), in *Enc. dir.*, Annali VI, Milano, 2013, p. 1 e ss.; A. FUSARO, «Homestead exemption», in *Contr. e impr. Europa*, 2014, p. 1 e ss. In giurisprudenza, C. Cost., 21 marzo 2007, n. 94, in *Giur. cost.*, 2007, p. 902; C. Cost., 26 marzo 2010, n. 121, *ivi*, 2010, p. 1358.

² Senza ambizione di completezza, si può ricordare come la concessione di mutui ad alto rischio, incentivata da meccanismi di cartolarizzazione (*mortgage-backed securities e collateralized obligations*) fosse ampiamente utilizzata sia

dagli investitori istituzionali per lucrare maggiori interessi, sia dalle famiglie americane per supportare alti livelli di consumo. Per una analisi del fenomeno, v. R. J. SHILLER, *The subprime solution*, Minion, 2008; A. MIAN - A. SUFI, *House of debt*, Chicago, 2014.

³ Cfr., senza ambizione di completezza B. RUBINI - F. PINARDI, «Le centrali rischi tra presente e futuro», in *An. giur. ec.*, 2004, p. 415 e ss.; R. BROGI, «Bilancio e indebitamento delle famiglie italiane», in *An. giur. ec.*, 2004, p. 265 e ss.; cfr. EUROPEAN CENTRAL BANK, «The eurosystem household finance and consumption survey. Results from the first wave», 2013, reperibile sul sito <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/scpsps/ecbsp2.pdf>.

⁴ Cfr. T. SHACHMUROVE - Y. SHACHMUROVE, «String of defaults: Spanish financial crises through the years», in *Aestimatio*, 2011, 12.

⁵ Cfr. PWC AND THE URBAN LAND INSTITUTE, «Emerging trends in real estate Europe 2014», 2014, reperibile sul sito <http://www.pwc.com/gx/en/asset-management/emerging-trends-real-estate/download-the->

molteplicità di fattori, tra cui il basso tasso di interesse praticato dalla Banca centrale europea ed il crescente investimento da parte di soggetti provenienti da economie emergenti (in particolare dall'Asia e dalla Russia) alla ricerca di una migliore remunerazione del proprio capitale. Questo fenomeno è quindi ad un tempo distinto ed in buona parte autonomo rispetto a quello osservato dal legislatore comunitario, ed altresì - anche là dove dovesse far ritenere possibile se non probabile la creazione di una nuova bolla speculativa - non potrebbe essere gestito attraverso la disciplina introdotta dalla direttiva. Essa, infatti, assurge a strumento di regolazione unitario dei contratti di credito «che si riferiscono unicamente o principalmente a beni immobili residenziali» (*considerando* 13), stipulati da consumatori, ovvero «persone fisiche che agiscono al di fuori della loro attività commerciale o professionale» (*considerando* 12)⁶.

Se, invece, si considera il mercato immobiliare italiano, la contrazione nei volumi delle compravendite di immobili residenziali si giustifica proprio in ragione del peggioramento del quadro macroeconomico complessivo⁷, mancando per contro indicazioni di chiara sopravvalutazione della proprietà che, dalla metà degli anni ottanta, sembra essere cresciuta in linea con lo sviluppo delle variabili fondamentali dell'economia⁸. Piuttosto, si osserva un radicale mutamento delle condizioni di finanziamento, conseguente alla riduzione delle erogazioni a famiglie ed imprese da parte degli istituti di credito, oltre ad un inasprimento dei costi⁹ più rilevante per i mutui di minor importo¹⁰, che ha riguardato soprattutto i soggetti più giovani. Le politiche selettive poste in essere dalle banche, insieme all'innalzamento dei prezzi degli immobili, danneggia così i soggetti a basso reddito i quali, impossibilitati all'acquisto, si trovano per contro a corrispondere un più alto canone di locazione. Gli agenti di età intermedia e con redditi elevati, invece, si trovano avvantaggiati dall'aumento in conto capitale delle proprietà possedute, che agevola ulteriormente il loro accesso al credito, nella misura in cui possono offrire garanzie reali più consistenti¹¹. In ragione di questi meccanismi, la ricchezza si sposta dalle fasce sociali più disagiate a quelle più ricche, con un effetto sicuramente negativo in termini di redistribuzione.

Dal quadro così tratteggiato emerge dunque con chiarezza come il problema italiano non sia tanto quello di garantire il rispetto di rapporti minimi tra somma prestata e valore dell'immobile, così da scongiurare l'eccessivo indebitamento delle famiglie ed il verificarsi di bolle speculative, quanto piuttosto consentire l'accesso ad una più ampia parte della popolazione al mercato del credito ipotecario e, per il suo tramite, a quello immobiliare¹².

483

europa-forecast.jhtml.

⁶ Sulla nozione di consumatore, senza ambizione di completezza, cfr. F. LUCCHESI, *Sub. art. 3*, in *Codice del consumo commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 45 e ss.; G. CHINÉ, *Sub. artt. 1-3*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2008, p. 15 e ss.; E. MINERVINI, *sub. art. 3*, in *Codice del consumo commentario*, a cura di G. Alpa - L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 49 e ss.; E. GABRIELLI, «Sulla nozione di consumatore», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 1163; F. ASTONE, *Sub art. 1469-bis, comma 2*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. Alpa - S. Patti, Milano, 1997, p. 108; G. GHIDINI - C. CERASANI, voce *Consumatore (tutela del)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento V, Milano, 2001, p. 264 e ss.; V. ZENO ZENCOVICH, voce *Consumatore (tutela del)*, I (postilla di aggiornamento), in *Enc. giur.*, IX, Bologna-Roma, 2000, 1; L. GATT, *Sub art. 1469-bis, comma 2*, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in *Commentario al capo XIV-bis c.c.: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca - F.D. Busnelli, Padova, 1999, p. 792 e ss.

⁷ G. GOBBI - F. ZOLLINO, «Tendenze del mercato immobiliare e del credito», in *Le tendenze del mercato immobiliare: Italia e il confronto internazionale*, Banca d'Italia, 2013, disponibile all'indirizzo https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/seminari_convegni/no15/Atti_convegno_immobiliare_lug13.pdf, p. 9 e ss.

⁸ A. NOBILI - F. ZOLLINO, «A structural model for the housing and credit markets in Italy», in *Le tendenze del mercato immobiliare: Italia e il confronto internazionale*, cit., p. 115 e ss.

⁹ G. GOBBI - F. ZOLLINO, *op. cit.*, p. 9 e ss.

¹⁰ R. FELICI - E. MANZOLI - R. PICO, «La crisi e le famiglie italiane: un'analisi microeconomica dei contratti di mutuo», in *Le tendenze del mercato immobiliare: Italia e il confronto internazionale*, cit., p. 71 e ss.

¹¹ A. BASSANETTI - C. RONDINELLI - F. SCOCCIANI, «The welfare consequences of a booming property market», in *Le tendenze del mercato immobiliare: Italia e il confronto internazionale*, cit., p. 155 e ss.

¹² Sul punto si vedano anche le considerazioni della Commissione europea, cfr. EUROPEAN COMMISSION,

Lo scopo perseguito dalla direttiva, tuttavia, è chiaramente altro e potenzialmente confliggente. Misure volte ad innalzare il «livello di protezione dei consumatori che sottoscrivano contratti di credito relativi a beni immobili» (*considerando* 15), possono infatti indurre l'intermediario a non concedere il prestito se non a fronte di maggiori garanzie e dietro corresponsione di più elevati interessi.

Pur non potendo modificare la *ratio* della disciplina, sembra tuttavia possibile intervenire sulla sua attuazione. Questo non tanto per sterilizzarne l'effetto ovvero eluderne l'applicazione, quanto piuttosto per discriminare le misure che effettivamente necessitano una novella normativa da quelle che invece possono considerarsi implementate dalla legislazione vigente, nonché ponderare la soluzione preferibile in ragione degli spazi concessi dal legislatore comunitario, soprattutto in relazione ai rimedi.

Tolleranza nell'escussione della garanzia e tasso di interesse praticato al consumatore

Il primo comma dell'art. 28 stabilisce che gli stati membri «adottano misure per incoraggiare i creditori ad esercitare un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia».

La formula può senza meno essere intesa come un'estrinsecazione della fondamentale regola di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., imponendo al creditore di tollerare l'inesattezza dell'adempimento (anche nella forma del semplice ritardo) nella misura in cui non comprometta l'utilità sostanziale derivante dal contratto¹³.

484 Si potrebbe allora ritenere che essendo questo un dato da tempo acquisito dalla dottrina e giurisprudenza italiana, nessuno specifico intervento normativo si renda necessario. Tuttavia, il mero riferimento alla buona fede oggettiva, per quanto così declinato, lascerebbe comunque irrisolta la questione del rimedio applicabile - per imporre al creditore la cooperazione che spontaneamente non ha prestato -, rendendo così auspicabile l'adozione di una soluzione circoscritta e definita.

La stessa formulazione della norma offre, in effetti, un'indicazione sufficientemente precisa circa il piano su cui tale strumento dovrebbe operare, individuando come soluzione il differimento nel tempo dell'escussione della garanzia, e quindi della procedura di espropriazione e vendita forzata. Il meccanismo così delineato è allora del tutto simile a quello descritto, in materia di locazione, dall'art. 55 della L. 27 luglio 1978, n. 392, e solleva per questo le medesime perplessità.

Come noto, la disposizione consente al conduttore, citato in giudizio per la convalida dello sfratto ex art. 658 c.p.c.¹⁴, di impedire la pronuncia versando, in quella sede, i canoni dovuti, maggiorati di

«Financial services provision and prevention of financial exclusion», 2008, reperibile sul sito file:///C:/Users/Andrea/Downloads/financial_exclusion_study_en.pdf.

¹³ Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu - F. Messineo, XVI, tomo I, Milano, 1984, 214-15; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 438 e ss., nt. 28-bis; ID., *Delle obbligazioni in generale*, nel Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 326; S. PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, p. 127 e ss. e soprattutto p. 134 e ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, p. 402.

¹⁴ Secondo la dottrina maggioritaria l'intimazione di sfratto per morosità costituisce esercizio in forma speciale dell'azione di risoluzione per inadempimento e di condanna al rilascio dell'immobile, nella misura in cui

gli artt. 664, comma 3, 669 che in modo esplicito fanno conseguire alla convalida la risoluzione del rapporto E. GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1979, p. 295; F. LAZZARO - R. PREDEN - M. VARRONE, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1978, p. 53; R. PREDEN, voce Sfratto (procedimento per convalida di), in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1990, p. 435. In giurisprudenza, cfr. Cass., 8 agosto 1995, n. 8692, nel *Foro online*; Cass., 14 novembre 2006, n. 24207, nel *Rep. Foro it.*, 2007, voce «Locazione», n. 232; Cass., 27 agosto 2013, n. 19602, nel *Foro it.*, I, c. 3459. Secondo un orientamento minoritario, invece, la detenzione dell'immobile diverrebbe automaticamente illegittima in caso d'inadempimento, così M. DE TILLA, *Le locazioni. Questioni processuali - Casi particolari - Questioni Fiscali*, in *Il diritto immobiliare*, tomo V, vol. I, Milano, 2003,

interessi e spese legali come liquidate dal giudice (art. 55, comma 1, L. 392/1978), oppure di ottenere, per «comprovate condizioni di difficoltà», un differimento del pagamento (c.d. termine di grazia) non superiore a novanta giorni (comma 2). Questa procedura, che può essere ripetuta non più di tre volte in un quadriennio, certamente impone maggiore tolleranza al locatore, idealmente impedendo la realizzazione dell'effetto risolutorio, ed in ogni caso posponendo tale evento nel tempo.

La *ratio* della misura è chiaramente quella di tutelare il diritto all'abitazione¹⁵, consentendo al conduttore di sanare il proprio inadempimento in un momento successivo, in deroga alla disciplina generale di cui all'art. 1453 c.c.¹⁶. Sotteso ad una simile scelta è il duplice implicito assunto che il convenuto vanti un interesse prevalente, e l'attore sia sufficientemente tutelato dalla corresponsione del canone - se pure tardiva -, nella misura in cui attraverso il pagamento di interessi moratori viene posto nella medesima posizione in cui si sarebbe trovato nel caso l'adempimento fosse stato corretto e tempestivo¹⁷. Non viene però in alcun modo considerata la circostanza per cui l'inadempimento possa rappresentare l'indice di una difficoltà strutturale, conseguente ad una profonda - ed eventualmente anche non facilmente reversibile - condizione di debolezza economica del conduttore. Infatti, nei casi di conclamata maggiore difficoltà del contraente, quali una malattia grave o la disoccupazione, il termine di grazia può addirittura essere aumentato fino a centoventi giorni, e la sanatoria essere ammessa non tre bensì quattro volte. A ben vedere dunque, nelle ipotesi in cui è più probabile che la difficoltà del conduttore non sia meramente episodica ed agevolmente superabile, l'ordinamento esige maggiore tolleranza da parte del proprietario dell'immobile.

Da un punto di vista microeconomico è tuttavia evidente come non essendo in alcun modo - né dall'intimazione di sfratto, né tantomeno dalla concessione del termine di grazia da parte del giudice - sospesa l'obbligazione di pagare il canone¹⁸, la fissazione di un più lungo termine per l'adempimento, a fronte dell'obbligo di corresponsione di interessi per la mora, non possa in alcun modo incrementare la probabilità che il debitore sia successivamente in grado di adempiere, né tantomeno di riprendere a farlo regolarmente da quel momento in poi. Per definizione, infatti, se il *quantum* dovuto non varia, ed anzi è nominalmente incrementato da interessi, a fronte del progressivo deteriorarsi della condizione economica del conduttore, la possibilità che questi, nel breve volgere di alcuni mesi, radicalmente migliori la propria condizione, così da essere in grado di corrispondere tutto il dovuto e, da quel momento in poi, di *praestare* regolarmente, è affatto remota¹⁹; tanto più se presupposto per

485

p. 550 e la giurisprudenza ivi richiamata, in particolare Cass., 14 giugno 1972, n. 1879.

¹⁵ Molti degli interventi normativi volti a conseguire tale effetto si sono dimostrati inefficaci nella misura in cui non prendevano in considerazione l'effettivo comportamento del mercato, rispetto alla disciplina dell'equo canone (L. 392/1978) cfr. S. PAPARO, *Sub artt. 1-2-3*, in *Le locazioni abitative*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 8 e ss.; M. DI MARZIO, *Breve storia della locazione*, in *La locazione*, a cura di M. Di Marzio - M. Falabella, tomo I, Torino, 2010, p. 27 e ss. Rispetto alla funzione dell'art. 55 L. 392/1978, cfr. F. LAZZARO - M. DI MARZIO, *Le locazioni per uso abitativo*, 2002, p. 474 e ss.; G. RICCI, «Lo sfratto per morosità secondo la legge 27 luglio 1978, n. 392», in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1980, p. 849.

¹⁶ In particolare facendo venire meno la non scarsa importanza dell'inadempimento, cfr. S. PAPARO - A. PROTO PISANI, *Commento all'art. 55*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1978, p. 591; M. DI MARZIO, *Il canone e le altre obbligazioni pecuniarie del conduttore*, in *La locazione*, cit., p. 1220. In giurisprudenza, cfr. Cass. 23 novembre 1987, n.

8605, in *Foro it.*, 1988, I, c. 420; Cass., 17 settembre 2008, n. 23751, in *Leggi d'Italia*.

¹⁷ V. CUFFARO, *Locazione di immobili urbani*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, a cura di G. Visintini, II, *I singoli contratti*, Padova, 2009, p. 230.

¹⁸ Il conduttore dovrà cioè corrispondere non solo i canoni maggiorati di interessi per l'inadempimento dei quali viene domandata lo sfratto, ma anche tutti i canoni che andranno maturando entro la data dell'udienza fissata dal giudice entro dieci giorni dallo scadere del termine di grazia. In giurisprudenza Cass., 27 novembre 1986, n. 6995; Cass., 15 marzo 1989, n. 103; Cass., 7 agosto 1996, n. 7253; Cass., 9 febbraio 1998, n. 1320; Cass., 29 ottobre 2001, n. 13407, in *Archivio delle locazioni e del condominio*, 2002, 37; Cass., 29 ottobre 2002, n. 15241, in *Guida al dir.*, 2003, 85; Cass., 17 settembre 2008, n. 23571, cit. Ritiene invece che sia sufficiente corrispondere quanto dovuto fino all'udienza ex art. 55 e non anche alla scadenza del termine M. DI MARZIO, *Il canone ...*, cit., p. 1247.

¹⁹ Riconosce espressamente che le *chances* di effettiva sanatoria siano del tutto residue e nonostante questo

la concessione del termine sia effettivamente l'intervenuta disoccupazione ovvero la grave malattia. Questa soluzione può allora giustificarsi soltanto in termini di politica del diritto, in ragione della rilevanza dell'interesse tutelato, e con funzione squisitamente dilatoria. Del resto nella prassi questo termine viene concesso a fronte di semplice richiesta²⁰ e senza una reale considerazione della possibilità per il locatore di vedere soddisfatte le proprie altresì legittime pretese, di modo che sovente lo sfratto diviene esecutivo al successivo scadere del termine²¹.

Infine, anche nell'ipotesi del tutto residuale in cui effettivamente il conduttore sani la propria posizione completamente, la possibilità di reiterare il meccanismo più volte può esporre il proprietario a lunghi periodi d'incertezza circa l'effettiva percezione del canone, assecondando - in situazioni patologiche - comportamenti opportunistici da parte del conduttore.

L'effetto - sostanziale e non meramente processuale - che un tale sistema complessivamente produce in termini di incentivi è evidente: il proprietario sapendo che nel caso di mancata corresponsione del canone non riuscirebbe ad ottenere la rapida restituzione del bene²², pur continuando - con tutta probabilità - a non percepire alcun corrispettivo per il godimento, valuterà se immettere il bene sul mercato ed eventualmente esigerà un prezzo più elevato. A livello aggregato è prevedibile che si osservi una contrazione dell'offerta, con conseguente innalzamento dei canoni praticati.

La particolare rilevanza del diritto tutelato, e la delicatezza di buona parte delle situazioni di disagio sociale in cui simili problemi solitamente emergono, giustificano l'attenzione e la sensibilità del legislatore. Si può tuttavia discutere se quella appena tratteggiata costituisca la misura preferibile per conseguire il risultato atteso, ovvero se non produca piuttosto un irrigidimento del mercato a maggior discapito proprio dei soggetti che in prima istanza intendeva tutelare.

Simili considerazioni possono essere svolte rispetto alla disciplina in commento, anche in ragione della prossimità degli interessi sottesi²³.

486 Infatti, anche il meccanismo ideato dall'Abi con lo strumento di autoregolamentazione del 2009 denominato "Piano Famiglia"²⁴, poi confluito nel 2012 nell'accordo "Percorso Famiglia", prevedeva la sospensione dell'obbligo di pagamento delle rate a fronte di una comprovata situazione di difficoltà del mutuatario²⁵. Questa iniziativa, conclusasi il 31 marzo 2013, è stata oggi sostituita da una misura sostanzialmente analoga finanziata attraverso il "Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della

giustifica lo strumento definito meramente "palliativo" in ragione della rilevanza dell'interesse tutelato, R. MASONI, «Profili processuali e di analisi economica del diritto concernenti la sanatoria della morosità», in *Giur. mer.*, 2009, p. 1248-49.

²⁰ Secondo parte della dottrina, infatti, il giudice deve semplicemente asseverare la presenza delle condizioni poste dalla norma, cfr. L. PIGNATELLI, *Il termine di grazia*, in *La morosità del conduttore*, 1990, p. 153-154; S. PAPARO - A. PROTO PISANI, *op. cit.*, p. 586; F. LAZZARO - M. DI MARZIO, *op. cit.*, p. 476 e ss.; M. DI MARZIO, *Il canone ... cit.*, p. 1244; R. MASONI, *L'estinzione del rapporto di locazione*, Milano, 2011, p. 187 e ss. La giurisprudenza ad ogni modo esige che il conduttore enunci specificatamente i motivi che supportano la sua richiesta ed in particolare l'esistenza di una condizione di difficoltà, cfr. Cass., 3 giugno 1992, n. 6778. Il fatto tuttavia che la norma non preveda una valutazione prognostica della possibilità che il debitore saldi la propria posizione entro il termine evidenzia ad un tempo la prospettiva - fondamentalmente dilatoria - della disciplina e la sua debolezza.

²¹ Cfr. MASONI, «Profili processuali ...», *cit.*, p. 1248, in

particolare nt. 5.

²² Al meccanismo dilatorio previsto dall'art. 55 L. 392/1978 si affianca poi l'ulteriore effetto del differimento del termine dell'esecuzione del rilascio e la sua sospensione, E. BARGELLI, *Qualità del godimento e durata del contratto*, in *Trattato dei contratti*, a cura di V. Roppo, vol. 2, Milano, 2014, p. 1065 e ss.

²³ Cfr. L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 187.

²⁴ Il piano famiglia, con le condizioni enucleate per la sospensione è rinvenibile all'indirizzo <https://www.abi.it/Pagine/Mercati/Crediti/Crediti-alle-persone/Mutui/Sospensione-delle-rate-del-mutuo.aspx>.

²⁵ Entrambi prevedevano la sospensione del rimborso delle rate per 12 mesi, per mutui di importo fino a 150.000 euro accesi per l'acquisto, costruzione o ristrutturazione dell'abitazione principale, per clienti con un reddito imponibile non superiore a 40.000 euro annui, i quali avessero subito repentini mutamenti della propria condizione economica, in particolare a seguito di perdita dell'occupazione o cassa integrazione, ovvero in caso di insorgenza di condizioni di non autosufficienza o morte.

prima casa”²⁶. Così, per i mutui di valore non superiore a € 250.000, in ammortamento da almeno un anno, il cui titolare abbia un indicatore della situazione economica equivalente (Isee) non superiore a 30.000 euro, è possibile domandare una sospensione fino a 18 mesi, condizionata alternativamente alla cessazione del rapporto di lavoro subordinato - che non sia consensuale, o dovuta al raggiungimento dei limiti di età, oppure a licenziamento per giusta causa - o parasubordinato (di cui all’art. 409, n. 3 c.p.c.), a morte o riconoscimento di handicap grave.

Nessuno di questi strumenti prevede da un lato l’imposizione di costi amministrativi e di gestione della pratica a carico del mutuatario, ovvero il calcolo di interessi moratori durante il periodo di sospensione, ma altresì non fa venire meno il diritto agli interessi come previsti dal contratto che, al netto dello *spread*, vengono corrisposti dal fondo.

La “ragionevole tolleranza”, in questo caso dunque, non è tanto imposta al creditore, quanto piuttosto sovvenzionata attraverso un meccanismo di socializzazione, che potrebbe essere considerato incompatibile con la norma così come formulata²⁷. Allo stesso modo, anche le condizioni poste per l’accesso al fondo, se pure comprensibili in una logica di intervento dello stato sociale, non sembrano conformi alla disciplina europea, che non opera distinzioni di sorta, riferendosi a qualsiasi consumatore - senza limiti di reddito - ed a contratti di qualsivoglia importo.

Ad ogni modo, la principale criticità propria di tutti i meccanismi appena descritti si identifica in ciò che non incidendo sul *quantum* dovuto, ovvero sulle modalità di corresponsione dello stesso (inteso anche come importo della singola rata)²⁸, risultano inidonei a porre rimedio a situazioni di difficoltà strutturale, come quelle assai frequenti nell’odierna situazione economica²⁹. Un mero differimento nel tempo dell’obbligo, infatti, prolungando la fase patologica - ed in particolare allungando la fase di liquidazione della garanzia -, semplicemente innalza il costo della procedura e con esso il tasso d’interesse praticato *ex ante* (cfr. comma 5, *infra* §§ “Massimizzazione del valore conseguibile con la vendita del bene dato in garanzia e tasso d’interesse praticato al debitore” e “Rimborso del debito residuo”)³⁰, ma non elude il problema.

Sarebbe allora opportuno discriminare uno stato di eccessivo ed insuperabile indebitamento - procedendo in quel caso ad immediata liquidazione della garanzia, nel tentativo di minimizzare i costi associati all’esecuzione - rispetto ad una condizione in cui è legittimo presumere che il consumatore sia in grado, ristrutturando il debito, di far fronte alle proprie obbligazioni, in quel caso preservando la titolarità del diritto sul bene³¹. In questo senso, il riferimento normativo più prossimo è quello

²⁶ Istituito presso il Ministero dell’economia e delle finanze, con la L. 24 dicembre 2007, n. 244 (art. 2, commi 475 e ss.) come modificato dal regolamento di cui al decreto del Ministro dell’economia e delle finanze n. 37 del 22 febbraio 2013, in considerazione delle novelle introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92 (art. 3, commi 48 e 49).

²⁷ Lo stesso effetto è poi garantito dalla previsione di un fondo per la morosità incolpevole istituito dall’art. 6, comma 5 D.l. 31 agosto 2013, n. 102, ed incrementato dall’art 1 D.l. 28 marzo 2014, n. 47, convertito in legge dalla L. 23 maggio 2014, n. 80, su cui cfr. E. BARGELLI, *Usi abitativi e interessi tutelati: formazione, forma e contenuto del contratto*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 1065 e ss.

²⁸ In questo senso la previsione di cui all’art. 8, comma 8 del D.l. 13 maggio 2011, n. 70, che prevedeva la possibilità per analoghe categorie di soggetti a quelle cui è consentita la dilazione, di rinegoziare il mutuo appare certamente preferibile, cfr. L. MODICA, *op. cit.*, p. 188 e ss.

²⁹ La dilazione, da un punto di vista economico, costituisce strumento idoneo soltanto per risolvere problemi di

liquidità temporanea, che sorgono in occasione di un mancato coordinamento dei diversi flussi di cassa in entrata ed in uscita, ipotizzabile ad esempio quando il debitore vanta egli stesso numerosi crediti nei confronti di terzi inadempienti.

³⁰ Cfr. le considerazioni della European Mortgage Association, <http://www.hypo.org/Content/Default.asp?PageID=433>.

³¹ Questo tipo di valutazione corrisponde poi a quello che si dovrebbe effettuare in relazione a società in crisi per distinguere un’insolvenza di natura prettamente finanziaria - in cui cioè sia la struttura del capitale sociale ad essere inadeguata presentando un eccesso di debito - da una condizione di insolvenza dovuta ad una carenza propriamente economica, in cui cioè non vi sia margine per rendere l’impresa effettivamente produttiva e quindi capace di generare un profitto. Nel primo caso è preferibile intervenire modificando la struttura del capitale, mantenendo la società - o parte di essa - operativa, nel secondo caso si rende necessario procedere a liquidazione

introdotto dalla L. 27 gennaio 2012, n. 3, in materia di “Procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio” (*infra* § “Rimborso del debito residuo”).

Ora, se pure la formulazione della disposizione in commento, nel richiamare ad una «ragionevole tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia» non sembra preludere a forme di ristrutturazione del debito³², le successive disposizioni contenute nei commi 4 e 5 possono invece essere lette in questo senso. Del resto, nel dare attuazione alla direttiva è certamente consentito operare un coordinamento tra le diverse norme, soprattutto al fine di evitare possibili conflitti e contraddizioni (*infra* §§ “Massimizzazione del valore conseguibile con la vendita del bene dato in garanzia e tasso d’interesse praticato al debitore” e “Rimborso del debito residuo”).

Limitazione del risarcimento del danno subito dal creditore a causa dell’inadempimento

I commi due e tre dell’art. 28 introducono disposizioni tra loro mutualmente escludentesi, rimettendo ai singoli stati membri la scelta di optare per l’una o l’altra soluzione. In particolare, occupandosi degli «oneri derivanti dall’inadempimento», il legislatore comunitario prevede la possibilità che (i) «non siano superiori a quanto necessario per compensare il creditore dei costi sostenuti» (comma 2), ovvero, (ii) siano comunque ricompresi entro «un limite massimo» fissato (comma 3).

L’alternativa che si pone è dunque tra la radicale esclusione (comma 2) ed una limitazione (comma 3) in via normativa del lucro cessante. La *ratio* della disciplina è evidente: contenere le conseguenze pregiudizievoli che il creditore potrebbe altrimenti addossare al debitore in caso d’inadempimento, anche sotto forma di penali.

488 Da un punto di vista tecnico-normativo, un simile intervento non appare censurabile. Rientra cioè tra le facoltà del legislatore quella di prevedere una limitazione del danno risarcibile, senza che ciò possa essere considerato confliggere con la disciplina di parte generale, ed in particolare con l’art. 1229 c.c.³³.

Molteplici sono, infatti, le fattispecie in cui il legislatore nazionale ha inteso circoscrivere *ex ante* la responsabilità del debitore, solitamente in esito ad una valutazione di opportunità da un punto di vista economico. Gli esempi più rilevanti sono tradizionalmente riscontrabili nella disciplina dei trasporti (ed in particolare nel codice della navigazione)³⁴, ma anche nella regolazione del servizio

immediata, alla luce delle medesime considerazioni più sopra svolte. Sul punto v. A. SCHWARTZ, «A contract theory approach to business bankruptcy», in *Yale Law Journal*, 107, 1997-1998, p. 1807 e ss.

³² La disciplina del sovraindebitamento sottende invece il riconoscimento di un interesse del debitore alla ristrutturazione, funditus *infra* § “Rimborso e debito residuo”, cfr. E. PELLECCCHIA, *Dall’insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012, p. 180; EAD, «La composizione delle crisi da sovraindebitamento», in *Le nuove leggi civili commentate*, 2013, p. 1260.

³³ Questo perché l’art. 1229 c.c. non è considerato coperto da garanzia costituzionale, cfr. C. Cost., 22 novembre 1991, n. 420, con nota di G. PONZANELLI, «Limitazione di responsabilità, analisi economica del diritto e giudizio di costituzionalità», in *Foro it.*, 1992, c. 642 e F. COSENTINO, «Trasporto di merci su strada

e limitazioni di responsabilità: osservazioni in chiave di analisi economica del diritto», in *Foro it.*, I, 1992, c. 642, sul punto v. le considerazioni di F.D. BUSNELLI, *Limitazioni risarcitorie, diritto dei trasporti, codice civile*, in *Il limite risarcitorio nell’ordinamento dei trasporti*, Milano, 1994, p. 11 e ss., più recentemente G. CECCHERINI, *Clausole di esonero tra principi giuridici e regole di mercato*, Torino, 2008, p. 8; V. D’ADDA, *Sub artt. 1228-1229*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Gabrielli, a cura di V. Cuffaro, *Dei singoli contratti, artt. 1548-1654*, tomo I, Torino, 2013, p. 375.

³⁴ Sotto la vigenza del codice del commercio del 1882, l’art. 416 in materia di trasporto ferroviario, sanciva la nullità delle clausole di esonero a meno che la loro previsione in contratto non corrispondesse ad una diminuzione del prezzo di trasporto. Già in quella sede, per giustificare la deroga, il legislatore ricorreva ad una valutazione di adeguatezza e proporzionalità sul piano economico, cfr. G. CECCHERINI, *Clausole di esonero ...*,

postale³⁵. Le disposizioni di volta in volta introdotte, sono state vagliate alla luce dei canoni di ragionevolezza ed eguaglianza, di cui è espressione l'art. 3 Cost.³⁶, per determinare se la limitazione introdotta in via normativa possa considerarsi ammissibile. Il giudizio di legittimità si svolge dunque attraverso un bilanciamento degli opposti interessi, volto ad asseverare l'adeguatezza della misura e la sua proporzionalità - in termini eminentemente economici³⁷ - rispetto al vantaggio che ne consegue il creditore.

Ora, se pure le limitazioni del *quantum* devono essere sussunte tra i patti di cui al comma 1 dell'art. 1229 c.c.³⁸, l'esclusione del solo lucro cessante non è certamente tale da privare di significato la regola di responsabilità, nella misura in cui non costituisce un radicale esonero, né tantomeno asseconda di per sé condotte contrarie a buona fede oggettiva³⁹.

Del resto la peculiare tutela accordata al consumatore dalla disciplina in commento non apparirebbe né sproporzionata - considerata la limitazione del provvedimento al lucro cessante - né ingiustificatamente discriminatoria rispetto ad altre categorie di soggetti esclusi - considerata la posizione di strutturale debolezza del consumatore rispetto al professionista mutuante -. Altrimenti detto, l'interesse tutelato - quello alla proprietà dell'abitazione come particolare forma di attuazione di un diritto costituzionalmente rilevante - e la categoria di soggetti individuata - chiunque agisca per uno scopo estraneo alla propria professione - sembrano legittimare un trattamento differenziato di questo tipo.

Se dunque non si riscontrano, sul piano dogmatico e tecnico normativo, difficoltà nell'adozione di una disciplina siffatta, certamente più complessa può rivelarsi la precisa formulazione della norma,

cit., p. 2 e ss. Particolarmente rilevante l'art. 423 cod. nav., per quanto in seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale - C. Cost. 26 maggio 2005, n. 199, con nota di G. CECCHERINI, «Salta il limite della responsabilità del vettore marittimo per le cose trasportate», in *Danno e resp.*, 2005, p. 1066 e ss. - la norma sia stata giudicata incostituzionale per non avere escluso la limitazione della responsabilità in caso di dolo o colpa grave. Per una rassegna completa delle fattispecie codicistiche, cfr. C. MENICHINO, *Clausole di irresponsabilità contrattuale*, Milano, 2008, p. 108 e ss.

³⁵ Ad esempio l'art. 6 D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156, abrogato, sanciva l'esclusione della responsabilità per il ritardato recapito delle spedizioni effettuate con il servizio postacelere. In proposito si è altresì espressa la corte costituzionale - C. Cost., 11 febbraio 2011, n. 46, in *Foro it.*, 2011, I, c. 957, con nota di Palmieri - dichiarando che la norma violava i canoni di ragionevolezza ed eguaglianza, determinando un ingiustificato privilegio in favore del gestore. Precedentemente aveva colpito la disposizione anche la pronuncia C. Cost., 20 gennaio 2002, n. 254, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2209, con nota di Bellantuono (c. 2571) e Ponzanelli (c. 2575).

³⁶ Così C. Cost., 22 novembre 1991, n. 420, *cit.*, v. riferimenti supra nt. 32; più recentemente C. Cost., 11 febbraio 2011, n. 46, *cit.*

³⁷ Già G. AULETTA, «Limitazioni di responsabilità del vettore marittimo», in *Riv. dir. nav.*, 1952, p. 192 aveva suggerito che la corretta chiave di lettura delle disposizioni limitative di responsabilità fosse quella economica e quindi di comparazione dei vantaggi conseguiti rispetto in particolare in termini di minor costi dei servizi; Si veda

C. Cost., 6 maggio 1985, n. 132 in *Foro it.*, 1985, I, c. 1586 con nota di Pardolesi; Cass., 22 novembre 1991, n. 420, *cit.*

³⁸ Operava una distinzione A. TORRENTE, «Le clausole di esonero e le clausole limitative della responsabilità», in *Giust. civ.*, I, 1951, p. 247 e ss.; *contra* F. BENATTI, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Milano, 1971, p. 65 e ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 482; L. DELOGU, *Le modificazioni convenzionali della responsabilità civile*, Padova, 2000, p. 75 e ss.; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 203; V. D'ADDA, *op. cit.*, p. 359.

³⁹ La previsione di cui all'art. 1229 c.c. è stata giustificata come soluzione logicamente necessaria, in quanto ammettere l'irresponsabilità in caso di dolo avrebbe significato far venire meno la stessa volontà di obbligarsi e quindi negare la struttura obbligatoria stessa, cfr. L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, p. 389. Questa spiegazione rende ad esempio merito della soluzione adottata dal §276 BGB, ma non della soluzione italiana che ad essa equipara la colpa grave, cfr. C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento ...*, *cit.*, p. 475; F. BENATTI, *Contributo ...*, *cit.*, p. 390 che inquadra il problema in termini di tutela del credito. Ritiene sia norma di ordine pubblico, M. BESSONE, «Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza», in *Riv. dir. comm.*, I, 1974, p. 335. Per una ricostruzione del dibattito sotto la vigenza del codice civile abrogato v. L. DELOGU, *Le modificazioni ...*, *cit.*, p. 16 e ss.; G. CECCHERINI, *Clausole di esonero ...*, *cit.*, p. 21 e ss. in particolare nt. 66 ed i riferimenti ivi contenuti.

soprattutto per quanto concerne l'individuazione delle tipologie di danni ammessi, e di quelli per contro esclusi, e conseguentemente delle clausole che potrebbero essere legittimamente introdotte nei contratti di mutuo.

Stante la lettera del comma 2, infatti, in ogni caso sarà consentito al creditore esigere la rifusione dei costi amministrativi ed ogni ulteriore onere sostenuto in ragione dell'inadempimento; diversamente non è altrettanto chiaro se l'interesse moratorio possa esservi assimilato, oppure se la formula di cui al terzo comma renda possibile eventualmente la stipulazione di una penale che, forfezzando il lucro cessante entro i limiti stabiliti dalla disposizione, ad un tempo determini una delimitazione del danno risarcibile e tuttavia agevoli la posizione del creditore esonerandolo da una non semplice prova⁴⁰.

Per quanto concerne la prima questione, è noto come l'interesse moratorio nelle obbligazioni pecuniarie intenda risarcire il pregiudizio sofferto per non aver potuto tempestivamente disporre della somma dovuta, la quale a sua volta sarebbe potuta essere reinvestita producendo interessi⁴¹. Di talché, non trattandosi della sottrazione di un'utilità già afferente al patrimonio del creditore, non può qualificarsi come costo⁴² e la sua corresponsione dovrebbe essere radicalmente esclusa là dove il legislatore decidesse di dare attuazione al secondo comma dell'articolo in commento.

Un simile esito è tuttavia inaccettabile sul piano degli effetti prodotti, eccedendo lo scopo legittimo di protezione del consumatore avverso pratiche aggressive e punitive da parte di prestatori professionisti, ed incentivando piuttosto condotte di sistematico inadempimento, suscettibili di pregiudicare la stabilità stessa del sistema di pagamenti⁴³.

Per contro la corresponsione degli interessi moratori appare compatibile con l'opzione ammessa dal terzo comma dell'art. 28, ponendosi tuttavia il problema di definire il limite che la stessa disposizione richiede venga fissato. Diverse sono le soluzioni possibili.

Il legislatore potrebbe decidere di derogare al primo comma dell'art. 1224 c.c. consentendo la corresponsione di interessi nella sola misura legale e non in quella diversa eventualmente pattuita dalle parti in contratto. Tale soluzione sarebbe senza meno conforme allo spirito della direttiva, ed alla
490 volontà di agevolare la posizione del consumatore in difficoltà. In questo modo il risarcimento dovuto verrebbe ad essere limitato con una disposizione che potrebbe essere vagliata alla luce dei canoni di ragionevolezza ed uguaglianza espressi dall'art. 3 Cost., secondo quanto chiarito.

Alternativamente, il legislatore potrebbe escludere la sola prova del danno ulteriore ammessa dal

⁴⁰ Cfr. B. INZITARI, *Le obbligazioni pecuniarie: inflazione e maggior danno*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, a cura di G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, p. 272 e ss.; G. VILLA, *La forfezzazione legale del danno contrattuale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, cit., III, p. e 112 ss.; del resto una penale può ben essere prevista per il semplice ritardo, v. A. ZOPPINI, *Clausola penale e caparra*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, cit., III, p. 534.

⁴¹ Cfr., B. INZITARI, *op. cit.*, p. 271; A. DI MAJO, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 289 e ss.; V. MASTROPAOLO, voce *Obbligazioni*, V, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, s.d., 20; M. LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 101.

⁴² Sulla nozione di danno emergente e lucro cessante, cfr. recentemente M.R. MARELLA, *Il risarcimento per equivalente e il principio della riparazione integrale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, cit., III, p. 54; C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 116; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento* ..., cit., p. 250.

In giurisprudenza si veda Cass., 30 gennaio 1992, n. 1006, in *Vita not.*, 1992, I, p. 592 e ss.; più recentemente Cass., 19 dicembre 2006, n. 27149, in *Mass. Foro it.*, 2007, c. 692, dove la distinzione è solitamente operata sulla scorta del fatto che si tratti di una utilità che, facendo già parte del patrimonio del creditore, è sottratta in ragione dell'inadempimento (danno emergente) ovvero che, dovendovi entrare, non vi è entrata (lucro cessante).

⁴³ In questo senso B. INZITARI, *op. cit.*, p. 271-272, il quale ritiene che funzione del primo comma dell'art. 1224 c.c. sia proprio quella di aggiornare l'obbligazione pecuniaria attraverso una adeguamento della somma dovuta dal debitore, necessaria al fine di rendere effettivo il dovere del debitore di pagare il debito scaduto. In questa prospettiva il risarcimento del mancato guadagno sarebbe consentito soltanto là dove il creditore dimostrasse di avere subito un danno maggiore, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno patrimoniale. Danni ai beni, perdite e mancati guadagni*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, cit., III, p. 206, in giurisprudenza Cass., 19 dicembre 2006, n. 27149, in *Mass. Foro it.*, 2007, c. 692.

secondo comma della norma citata, permettendo alle parti di stabilire un diverso tasso convenzionale da applicarsi anche in seguito all'inadempimento, per tutta la durata del ritardo. In questo caso, tuttavia, stante il richiamo operato dal terzo comma dell'art. 28, sembrerebbe necessario definire in via normativa anche il tasso massimo praticabile, a meno di ritenere questa condizione soddisfatta attraverso la determinazione dell'interesse usurario.

Infine, là dove si offrisse un'interpretazione letterale della disposizione, si potrebbe ritenere che questa esiga la previsione di un importo esatto, comunque non superabile, ad esempio *sub specie* di percentuale della somma mutuata. Si verrebbe così a creare una vera forfetizzazione del danno, che potrebbe giustificare la previsione in contratto di una penale indipendente dalla durata del ritardo e dalla gravità dell'inadempimento⁴⁴, con un evidente effetto distorsivo delle normali dinamiche di pagamento.

Trasferimento del bene oggetto di garanzia

Il comma 4 dell'art. 28 prevede poi che gli stati membri «... non impediscono alle parti ... di convenire espressamente che la restituzione o il trasferimento della garanzia reale o dei proventi della vendita della garanzia reale è sufficiente a rimborsare il credito».

La norma impone dunque ai singoli stati di modificare i propri ordinamenti - là dove necessario - per consentire l'introduzione di clausole che prevedono il trasferimento del bene ipotecato in caso d'inadempimento, ovvero la limitazione della responsabilità debitoria al valore conseguito attraverso la liquidazione della garanzia. Entrambe le fattispecie contemplate circoscrivono, fin dalla stipula del contratto, l'esposizione patrimoniale del consumatore al bene stesso oggetto di garanzia, ovvero al suo valore al momento dell'inadempimento.

Per quanto riguarda la prima tipologia di clausole si pone il problema di determinare se sia necessario introdurre una deroga al divieto di patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., oppure sia sufficiente fare ricorso alle regole esistenti, secondo la loro corrente interpretazione ed applicazione. Come noto la norma sancisce la nullità di ogni patto «col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore». Originariamente, nel codice abrogato, il divieto investiva soltanto il pegno e l'anticresi (artt. 1884, comma 2 e 1894) e fu proprio una scelta di politica normativa del codice vigente quella di assimilarvi la fattispecie ipotecaria⁴⁵.

Diverse sono le *rationes* di volta in volta individuate dalla dottrina per la corretta applicazione del divieto al di là delle ipotesi espressamente contemplate, per fare fronte alla molteplicità degli schemi giuridici attraverso i quali l'effetto sanzionato può essere materialmente conseguito⁴⁶. Ai fini

491

⁴⁴ Se pure si ammette una differenza teorica tra le due clausole penale e di limitazione del danno, la prima può essere utilizzata con finalità di forfetizzazione dello stesso e quindi anche di limitazione, di modo che per distinguerle occorre svolgere una valutazione funzionale in concreto, sul punto cfr. C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento ...*, cit., p. 482; G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari. Clausole di esonero da responsabilità*, nel *Comm. Schlesinger*, Milano, 2003, p. 195; P. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 212; V. D'ADDA, *op. cit.*, p. 364 e ss.

⁴⁵ Cfr. L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, nel *Comm. Schlesinger*, Milano, 2010, p. 286 e ss.

⁴⁶ Sulla necessità di dare un'interpretazione non formale della norma, senza ambizione di completezza cfr. C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, Milano, 1957, p. 145

e ss.; C.M. BIANCA, voce *Patto commissorio*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, p. 714 e ss.; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 502 e ss.; A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, nel *Comm. Schlesinger*, Milano, 1987, p. 242 e ss.; M. IACUANIELLO BRUGGI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. giur.*, Bologna-Roma, 1990, p. 8; V. ROPPO, *Il divieto del patto commissorio*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, XIX, 1, Torino, 1997, p. 266. In giurisprudenza questa lettura è stata accolta per la prima volta da Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 212 e successivamente anche da Cass., S.U., 3 aprile 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428. Più recentemente Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, in *I contratti*, 2004, p. 979; Cass., 16 settembre 2004, n. 9466; Cass., 15 marzo 2005, n. 5635; Cass.,

del discorso qui condotto è sufficiente soffermarsi sulle due opzioni principali. Secondo una prima ricostruzione maggioritaria, il divieto tutela il debitore che versi in situazioni di debolezza o bisogno avverso comportamenti opportunistici del creditore⁴⁷. Questi, infatti, potrebbe utilizzare il patto per conseguire la proprietà di un bene di valore molto superiore al credito, così lucrando un indebito guadagno. Corollario di una simile lettura dell'art. 2744 c.c. è, per contro, il riconoscimento della piena validità del c.d. patto marciano⁴⁸, in cui al momento dell'inadempimento il valore del bene viene asseverato da un terzo esperto e, in caso ecceda il credito residuo, la differenza viene corrisposta al debitore.

Un secondo orientamento invece, identifica la *ratio* della disposizione nel rispetto della *par condicio creditorum*, lesa dalla sottrazione del bene all'aggressione esecutiva da parte degli altri creditori non aderenti al patto⁴⁹, solitamente privando il patrimonio complessivo di un valore eccedente quello del credito garantito⁵⁰. Operando su di un piano completamente distinto, gli accorgimenti tesi ad impedire un approfittamento da parte del creditore non sarebbero - secondo questa costruzione -

492

sez. I, 17 aprile 2014, n. 8957, in *Notariato*, 2014, p. 266, secondo cui «Ai fini dell'operatività del divieto del patto commissorio, è il profilo funzionale dell'operazione, nel senso che l'assetto d'interessi risultante dalle pattuizioni intervenute tra le parti dev'essere tale da far ritenere che il meccanismo negoziale attraverso il quale deve compiersi il trasferimento del bene al creditore sia effettivamente collegato, piuttosto che alla funzione di scambio, ad uno scopo di garanzia, restando invece irrilevanti la natura obbligatoria, traslativa o reale del contratto attraverso il quale si realizza il predetto intento, il momento in cui l'effetto traslativo è destinato a realizzarsi, lo strumento negoziale destinato alla sua attuazione e la stessa identità delle parti che abbiano posto in essere i negozi preordinati al conseguimento del predetto risultato ...».

⁴⁷ In questo senso, v. C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, cit., p. 214; U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 501; più recentemente A. LUMINOSO, «Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio», in *Riv. dir. civ.*, I, 1990, p. 228 e ss.; contra L. BARBIERA, *op. cit.*, p. 312 e ss. in particolare p. 315, secondo cui la sanzione della nullità dovrebbe allora essere esclusa in tutte le ipotesi in cui l'ammontare del debito sia maggiore del valore del bene oggetto del patto.

⁴⁸ Cfr. senza ambizione di completezza C.M. BIANCA, *Il divieto di patto commissorio*, cit., p. 218 e ss.; C.M. BIANCA, *Patto commissorio*, cit., p. 718; U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 505; A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, cit., p. 242; A. LUMINOSO, «Alla ricerca degli arcani confini ...», cit., p. 219; F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia*, in *Diritto civile*, a cura di N. Lipari - P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, tomo II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 213. Il patto marciano è stato anche recentemente introdotto nell'ordinamento francese a seguito della novella del diritto delle garanzie del 2006, che ha portato alla formulazione degli artt. 2459 e 2460. La prima norma ammette il patto commissorio accessorio all'ipoteca, mentre la seconda prevede la necessità della stima e la corresponsione dell'eventuale differenza al debitore;

in ogni caso non è ammesso se l'immobile costituisce l'abitazione principale del debitore, sul punto cfr. P. SIMLER - P. DELEBECQUE, *Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, 2009, p. 440 e ss. i quali sottolineano come la valutazione dell'esperto sia sottratta da un giudizio di merito da parte del giudice, il quale piuttosto deve limitarsi ad apprezzare la regolarità formale della procedura. Si evidenzia in questo modo la fallacia di una soluzione che lascia l'intera responsabilità in capo ad un esperto, senza indicarne neppure i criteri di remunerazione; S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *Les réformes de l'hypothèque, in Évolution des sûretés réelles: regards croisés Université-Notariat*, a cura di Cabrillac - Lisanti, Paris, 2007, p. 84 e ss., l'A. solleva il dubbio che la procedura possa essere eccessivamente farraginosa e soggetta ad abusi in ragione della complessità della valutazione richiesta all'esperto; M. CABRILLAC - C. MOULY - S. CABRILLAC - P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, Paris, 2007, p. 388 e p. 733 e ss.

⁴⁹ In particolare fino al momento dell'(in)adempimento del debitore, i creditori chirografari dell'una o dell'altra parte non potrebbero agire per soddisfare le proprie pretese sul bene, cfr. L. BARBIERA, *op. cit.*, p. 316 e ss. il quale esclude radicalmente anche il possibile concorso di entrambe le *rationes* come invece sembra essere affermato in giurisprudenza, cfr. Cass., 19 maggio 2004, n. 9466, cit.. Precedentemente Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, cit. e Cass., S.U., 3 aprile 1989, n. 1611, cit.. L'A. per questo esclude in ogni caso anche la validità della clausola di sale and lease back, invece ammessa da Cass., 21 ottobre 2008, n. 25552; Cass., 14 marzo 2006, n. 5348; Cass., 1 agosto 2002, n. 11419; Cass., 22 febbraio 2000, n. 1959; Cass., 22 aprile 1998, n. 4095. Allo stesso modo ritiene che eventuali trasferimenti in garanzia, nella misura in cui vengano ritenuti validi, estinguano la garanzia generica di modo da evitare proprio la lesione della *par condicio creditorum*.

⁵⁰ Cfr. Ricostruisce in questo modo la tesi, pur non aderendovi F. MACARIO, *Il divieto del patto commissorio ...*, cit., p. 205.

sufficienti a rendere lecita l'operazione, di modo che il patto marciano sarebbe radicalmente invalido in quanto stipulato in violazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c.

Ora, poiché la disposizione in commento, nella sua formulazione letterale, non appare incompatibile con il patto marciano - nella misura in cui non esclude che il consumatore, a fronte del trasferimento della titolarità del diritto sul bene possa ottenere la restituzione della somma eccedente il debito residuo, ed altresì considerato come una simile previsione sicuramente sia più attenta alle ragioni del consumatore mutuatario, espressamente tutelato dalla direttiva - accedendo alla prima ricostruzione, si potrebbe concludere che nessuna novella sia invero necessaria. Anche in questo caso tuttavia, sarebbe opportuno adottare una norma ricognitiva del dato dottrinario e giurisprudenziale acquisito, al fine di agevolare gli operatori nell'individuazione del regime applicabile e - sulla scorta delle considerazioni svolte nell'ordinamento francese a proposito delle criticità emerse in sede di applicazione dell'art. 2460 *Code Napoléon*⁵¹ - precisare sia le modalità di valutazione del bene cui l'esperto deve attenersi, sia criteri obiettivi per accertare la correttezza della stessa, oltre a definire con chiarezza eventuali profili di responsabilità professionale. Allo stesso tempo l'attenzione del legislatore dovrebbe essere volta a garantire la snellezza ed efficienza della procedura, al fine di evitare una dilatazione dei tempi tale da frustrare le esigenze di celerità sottese all'introduzione di questo strumento⁵².

Alternativamente, là dove si ritenga necessario una deroga espressa all'art. 2744 c.c., ovvero si escluda che il patto marciano possa costituire esatta trasposizione della disciplina comunitaria in commento, si può ipotizzare di ricorrere ad una formula analoga a quella introdotta dall'art. 6, comma 2, D.lgs. 21 maggio 2004, n. 170⁵³, che sancisce che «ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia ... non si applica l'art. 2744 del codice civile». Tuttavia, la semplicità della soluzione si giustifica alla luce della peculiarità dei soggetti interessati - investitori qualificati - e delle tipologie di contratti e di operazioni disciplinate⁵⁴. La trasposizione in questa materia della medesima regola sembra invece insufficiente a tutelare un soggetto che si trova in una condizione di debolezza strutturale, sia da un punto di vista prettamente informativo e negoziale sia economico. Inoltre, la stessa ammissibilità della soluzione potrebbe essere posta in discussione nella misura in cui trasformerebbe il mutuo ipotecario in un contratto aleatorio, in cui le parti scommettono sul valore del bene al momento dell'eventuale inadempimento: nel caso in cui lo stesso fosse inferiore al debito residuo il mutuatario avrebbe lucrato la differenza, mentre il mutuate

493

⁵¹ Cfr. *supra* nt. 47.

⁵² Sul punto si vedano anche le considerazioni di M. CABRILLAC - C. MOULY - S. CABRILLAC - P. PÉTEL, *op. cit.*, p. 388. L'introduzione del patto commissorio è, infatti, funzionale al superamento della procedura di esecuzione forzata che in molti casi si dimostra inefficiente, permettendo di realizzare un prezzo molto inferiore al valore di mercato del bene ed a fronte di non trascurabili costi della procedura stessa.

⁵³ La norma è stata adottata in attuazione della direttiva 2002/47/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 giugno 2002 relativa ai contratti di garanzia finanziaria, OJ L 168, 27.6.2002, 43 ss., su cui cfr. F. MACARIO, «Commento alla direttiva 2002/47/CE», in *Contratti*, 2003, p. 85 e ss.; E. MASTROPAOLO, «La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria», in *Riv. dir. comm.*, I, 2003, p. 519; A. GROSSI, «La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria», in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 249 e ss.; R. MARINO, «Recepimento della direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria», in *Rass. dir. civ.*,

2005; M. BARTOLOMEI - E.M. MASTROPAOLO, *I contratti di garanzia finanziaria*, in *I contratti di garanzia*, a cura di F. Mastropaolo, nel *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno - E. Gabrielli, V, tomo II, Torino, 2006, p. 1497 e ss.; E. GABRIELLI, voce *Contratti di garanzia finanziaria*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2007, p. 300 e ss.; A. CANDIAN, voce *Garanzie finanziarie (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, 2, Milano, 2008, p. 607 e ss.; A.V. GUCCIONE, *I contratti di garanzia finanziaria*, Milano, 2008; A. GARDELLA, *Le garanzie finanziarie e le clause di close out netting*, in *Trattato della responsabilità contrattuale, cit.*, II, *I singoli contratti*, p. 709 e ss.; E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie profili generali*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli - R. Lener, nel *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno - E. Gabrielli, tomo II, Torino, 2011, p. 1738 e ss.

⁵⁴ Così L. BARBIERA, *op. cit.*, p. 329 il quale ritiene proprio per questo che non costituisca una deroga così pregnante alla disciplina generale codicistica; diversamente A. CANDIAN, *op. cit.*, p. 607 e ss. secondo cui invece si verrebbe a creare un contro-sistema.

otterrebbe il medesimo vantaggio nell'ipotesi reciproca.

Infine, è opportuno menzionare come soltanto la restituzione dell'eccedenza al debitore potrebbe escludere in radice la vessatorietà della clausola eventualmente inserita in contratto⁵⁵. Proprio la valutazione operata dal terzo, infatti, preverrebbe la censura di manifesta eccessività dell'attribuzione patrimoniale conseguita dal professionista in caso d'inadempimento del consumatore. Altrimenti, poiché l'art. 28, comma 4 della direttiva impone il semplice riconoscimento di una facoltà alle parti contraenti - e non trova quindi applicazione l'esenzione di cui all'art. 34, comma 3 cod. cons.⁵⁶ - la vessatorietà dovrebbe essere di volta in volta esclusa offrendo la prova della negoziazione individuale (art. 34, comma 4, cod. cons.).

In virtù di ciò, nonostante la semplice deroga all'art. 2740 c.c. escluderebbe in radice il rischio, insito invece nella recezione del patto marciano, di adottare procedure eccessivamente complesse e costose, con chiaro effetto dilatorio e conseguente sostanziale ineffettività della previsione normativa (*supra* § "Tolleranza nell'escussione della garanzia e tasso di interesse praticato al consumatore"), sembra comunque preferibile che il legislatore nazionale compia lo sforzo ulteriore, precisando criteri oggettivi per l'agevole e pronta valutazione dell'immobile al momento dell'inadempimento.

Più prossima, anche in ragione della natura non professionale - e debole - dei soggetti coinvolti⁵⁷, appare invece la soluzione elaborata in materia di prestito vitalizio ipotecario dalla L. 2 aprile 2015, n. 44 (di modifica all'art. 11-*quaterdecies* del D.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 dicembre 2005, n. 248). Con questa locuzione ci si riferisce all'erogazione da parte di aziende ed istituti di credito o intermediari finanziari di cui all'art. 106 Tub di prestiti a medio e lungo termine con capitalizzazione annuale di interessi e spese, con rimborso integrale in un'unica soluzione alla scadenza, garantito da ipoteca di primo grado su immobili residenziali, riservato a persone di età superiore ai 60 anni. La restituzione integrale delle somme, maggiorate di spese ed interessi, è prevista entro un anno dal verificarsi di uno degli eventi previsti dall'art. 12 del decreto, principalmente la

494 morte del debitore⁵⁸.

⁵⁵ La clausola potrebbe essere, infatti, ricondotta *sub* art. 33, comma 2, lett. f, secondo cui si presume vessatoria la clausola che ha per effetto di «imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo».

⁵⁶ Si ritiene infatti che soltanto la norma imperativa o suppletiva possa rientrare nell'esenzione automatica di cui al comma 3, non quella che riconosca una mera facoltà di cui il soggetto si avvale, cfr. App. Roma, 7 maggio 2002, in *Foro it.*, 2002, 2825. In dottrina E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, in *Il diritto privato oggi*, a cura di P. Cendon, Milano, 2010, p. 96; A. BARENGHI, *Sub. artt. 33-39*, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2008, p. 35.

⁵⁷ La disciplina è stata ideata come soluzione alternativa alla vendita della nuda proprietà al fine di consentire a persone anziane, che abbiano investito la più parte dei propri risparmi in una proprietà immobiliare - e quindi illiquida - di integrare il reddito disponibile, migliorandone capacità di consumo e tenore di vita in un momento in cui l'accesso al credito attraverso canali più tradizionali risulta complesso. La disciplina dettata dalla L. 2 aprile 2015, n. 44 ha profondamente integrato l'istituto come risultava invece nella sua originale formulazione, nel tentativo di

sopperire ad alcune mancanze individuate dalla prassi, tra cui la limitazione del debito al valore dell'immobile, su cui *infra* e §10. L'istituto riproduce i tratti essenziali del *prêt viager hypothécaire* disciplinato dall'art. L.314-1 del *code de la consommation*, su cui cfr. B. VARI, «La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia», in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 265 e ss., del quale però non manterrebbe la vocazione esclusivamente consumeristica, cfr. T. RUMI, «La nuova disciplina del prestito vitalizio ipotecario», in *Contratti*, 2015, p. 939 e ss. Sicuramente rilevante invece la circostanza per cui nel modello francese è prevista la possibilità per il finanziatore di ottenere l'attribuzione della proprietà del bene concesso in garanzia attraverso una decisione del giudice ovvero in virtù di un patto commissorio (art. L.314-13 del *code de la consommation*). Alternativamente la disciplina è stata assimilata anche alla figura nordamericana del reverse mortgage. V. D. FARACE, voce *Prestito vitalizio ipotecario*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Zanichelli-Foro it., 2006, c. 1 e ss.

⁵⁸ La durata del contratto sarà rimessa alla libera determinazione delle parti, tuttavia si possono ipotizzare sia meccanismi di rinnovo automatico alla scadenza, fino alla morte del mutuatario, ed anche la cointestazione del contratto al coniuge, cosicché il vincolo si protragga per la vita di entrambi, sul punto cfr. S. CHERTI, «Prime note sulle modifiche alla disciplina del prestito

La particolarità dello schema tratteggiato sta in ciò che, entro tale termine, là dove gli eredi ed aventi causa siano illiquidi, il creditore, in deroga al divieto di patto commissorio, potrà procedere alla vendita dell'immobile al prezzo di mercato - come determinato da un perito indipendente -, soddisfacendo le proprie pretese sul ricavato, senza dover così ricorrere alle normali procedure di esecuzione immobiliare. Eventuali eccedenze dovranno invece essere restituire al soggetto finanziato ovvero ai suoi aventi causa⁵⁹, di fatto producendo il medesimo effetto di un patto marciano.

Limitazione del debito entro il valore conseguito attraverso la liquidazione

L'ulteriore previsione, secondo cui la restituzione o il trasferimento dei proventi della vendita della garanzia reale deve poter essere convenzionalmente ritenuta sufficiente ad estinguere il debito, svolge anch'essa una funzione di limitazione della responsabilità debitoria. Lo strumento attraverso il quale questo effetto viene prodotto non è tuttavia di semplice ricostruzione, stante l'ermetismo della formulazione adottata.

Dalla lettera si evince come il legislatore comunitario ipotizzi che in esito alla vendita del bene oggetto di garanzia, il debito residuo sia estinto attraverso la corresponsione della somma così ottenuta. Ciò di per sé costituirebbe piana applicazione della disciplina della garanzia reale, di modo che la previsione risulterebbe del tutto superflua, a meno di considerare due distinti ed opposti scenari, segnatamente (i) che il valore conseguito dalla vendita ecceda il debito residuo, oppure (ii) che i proventi della liquidazione non siano sufficienti a soddisfare le ragioni del creditore.

Nella prima ipotesi, consentire al creditore di trattenere l'intera somma garantirebbe a questi un indebito vantaggio, del tutto simile a quello astrattamente conseguibile per il tramite di un patto commissorio e, per le ragioni già esposte, si ritiene debba essere esclusa.

Nella seconda, invece, un eguale vantaggio verrebbe lucrato dal mutuatario, il quale potrebbe così estinguere il debito corrispondendo l'intera somma ottenuta attraverso la vendita forzata, comunque inferiore al dovuto. Invero, l'utilità nella prassi di una simile clausola sarebbe tutt'altro che marginale. Non è infatti infrequente, stante l'attuale condizione del mercato immobiliare - ed in particolare della domanda - (*supra* § "La *ratio*: la soluzione di un problema che non c'è"), ed i numerosi casi di vendita forzata, che il valore di realizzo dell'immobile sia inferiore al debito residuo. Nell'esperienza nordamericana, ad esempio, in numerosi casi la banca creditrice, ha preferito abbattere l'immobile ipotecato in ragione della radicale mancanza di acquirenti; in quella italiana ed europea, invece, solitamente il prezzo conseguito dalla vendita forzata rappresenta una frazione di quello normale di mercato. Questi scenari sono quindi stati sicuramente contemplati dal legislatore comunitario, che da tali premesse muove nell'adozione della disciplina in commento, di talché appare ammissibile - in quanto corrispondente all'effettiva *ratio legis* - interpretare la disposizione in questo senso, volto cioè a circoscrivere la responsabilità patrimoniale del debitore per la somma mutuata al solo valore di realizzo del bene offerto in garanzia.

495

vitalizio ipotecario», in *Corr. giur.*, 2015, p. 1103. Ai sensi del comma 12 però il creditore potrà domandare la restituzione integrale della somma in un'unica soluzione anche «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».

⁵⁹ Il comma 12-*quater* dell'art. 11-*quaterdecies* del

D.l. 203/2005, prevede, infatti, che «[q]ualora il finanziamento non sia integralmente rimborsato entro dodici mesi dal verificarsi degli eventi di cui al citato comma 12, il finanziatore vende l'immobile ad un valore pari a quello di mercato, determinato da un perito indipendente incaricato dal finanziatore, utilizzando le somme ricavate dalla vendita per estinguere il credito vantato in dipendenza del finanziamento stesso. [...] Le eventuali somme rimanenti, ricavate dalla vendita e non portate a estinzione del predetto credito, sono riconosciute

Da un punto di vista tecnico, la norma introdurrebbe una limitazione dell'esposizione debitoria soggetta a variazione nel tempo, incidendo sulla struttura del contratto e sostituendo l'obbligazione di restituire la somma mutuata (art. 1813 c.c.)⁶⁰ con un'obbligazione alternativa. Il debitore, infatti, potrebbe liberarsi scegliendo di pagare la minor somma tra quella dovuta a titolo di capitale ed interessi, ovvero ottenuta dalla liquidazione del bene. La limitazione del *quantum* al valore di realizzo, facendo venire meno l'equivalenza degli ammontari, permetterebbe di introdurre, anche rispetto alle obbligazioni pecuniarie, una logica di inadempimento efficiente⁶¹, sovente criticata in relazione alle obbligazioni di fare. In questo caso, infatti, la condotta opportunistica, se pure razionale, del debitore, permetterebbe di trasferire integralmente il rischio di svalutazione immobiliare sul creditore, con un esito del tutto inaccettabile⁶².

Questo evidente effetto distorsivo potrebbe essere scongiurato con la recezione, nella stessa norma di attuazione, del principio di cui all'art. 1229 c.c.⁶³, escludendo cioè la possibilità di liberazione alternativa in caso d'inadempimento doloso. Il dolo, inteso come coscienza e volontà della condotta e dei suoi effetti, si potrebbe senza meno riscontrare in tutti i casi in cui la decisione di non pagare le rate sia frutto di un giudizio razionale - ed opportunistico - come quello appena descritto, ed in quel caso, la clausola che preveda la possibilità di liberazione non dovrebbe operare.

Tuttavia l'accertamento della doloosità dell'inadempimento richiederebbe un giudizio a posteriori non agevole e sicuramente dispendioso per il creditore, che in molti casi potrebbe rinunciare ad intraprenderlo. Ovviamente, un simile costo verrebbe preso in considerazione *ex ante*, nella valutazione stessa della possibilità di concedere il mutuo, innalzando il tasso d'interesse domandato, con le conseguenze già descritte (*supra* § "Tolleranza nell'escussione della garanzia e tasso di interesse praticato al consumatore"). Per contro, il ricorso ad una elencazione di ipotesi in cui l'inadempimento si presume ammissibile potrebbe agevolare l'accertamento e sovente renderlo superfluo. Parametri riferibili alla complessiva posizione patrimoniale del debitore, ovvero a peculiari eventi quali
496 l'intervenuta perdita del posto di lavoro potrebbero risultare adeguati in tal senso. Questa soluzione produrrebbe poi l'effetto di trasformare un'obbligazione altrimenti alternativa in una facoltativa, con la principale differenza che la facoltà verrebbe concessa soltanto a condizioni precisamente definite e non rimessa alla libera scelta del debitore.

Infine, valutando la previsione rispetto agli effetti che produce, si potrebbe ritenere che essa realizzi una segregazione patrimoniale del bene dato in garanzia, introducendo una deroga al principio di illimitata responsabilità del debitore di cui all'art. 2740 c.c. A fronte dell'inadempimento del debitore, infatti, nella misura in cui il valore ottenuto dalla liquidazione non fosse sufficiente a rifondere capitale ed interessi, il creditore - in virtù del patto - non potrebbe aggredire altri beni del debitore. Non è però

al soggetto finanziato o ai suoi aventi causa. [...]».

⁶⁰ In modo necessariamente incompleto, cfr. G. FAUCEGLIA, *Sub artt. 1813-1822*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Gabrielli, a cura di V. Daniela, *Dei singoli contratti*, artt. 1803-1860, tomo III, Torino, 2011, p. 113 e ss.; F.A. MAGNI, *Il mutuo*, in *Diritto civile*, a cura di N. Lipari - P. Rescigno, vol. III, *Obbligazioni*, tomo III, I contratti, Milano, 2009, p. 888 e ss.

⁶¹ Cfr. R. CRASWELL, «Contract remedies, renegotiation, and the theory of efficient breach», in *California Law Review*, 61, 1987-1988, p. 629 e ss.; S. SHAVELL, «The design of contracts and remedies for breach», in *Quarterly Journal of Economics*, 99, 1984, p. 121 e ss.

⁶² Inoltre, considerato come l'ambito di applicazione della direttiva si estenda a tutti i contratti di credito garantiti da ipoteca (art. 3, comma 1, lett. a) e non necessariamente

quindi finalizzati all'acquisto del medesimo immobile offerto in garanzia, la possibilità di speculazione da parte del consumatore sarebbe ancor più rilevante. Il consumatore potrebbe cioè mutuare una somma offrendo un immobile in garanzia. Là dove successivamente il valore dell'immobile crollasse in ragione dell'andamento del mercato immobiliare, potrebbe ritenere meno oneroso procedere alla liquidazione del bene piuttosto che restituire il capitale maggiorato di interessi. In quel modo avrebbe lucrato integralmente la differenza tra il valore acquistato con la somma ottenuta a mutuo e il valore di mercato del bene immobile al momento della liquidazione.

⁶³ Cfr. *supra* § "Limitazione del risarcimento del danno subito dal creditore a causa dell'inadempimento", soprattutto nt. 32.

vero il reciproco. Infatti, là dove il valore di realizzo fosse superiore al debito garantito, altri creditori potrebbero soddisfarsi su di esso e questo perché - quantomeno alla luce della lettera della disposizione - non sembra potersi evincere che il bene oggetto di garanzia debba essere destinato esclusivamente a far fronte alle obbligazioni che sorgono da quel rapporto di credito o contratte per un identico scopo. Sembra quindi più corretto ritenere che la disposizione realizzi una semplice limitazione del debito e non della responsabilità in senso proprio⁶⁴.

Si può poi ulteriormente ipotizzare che la norma, nel riferirsi alla “restituzione o trasferimento” dei proventi della vendita, implicitamente richiami altri meccanismi di liquidazione, diversi dall’esecuzione forzata, cui le parti potrebbero accedere con la stipula di espresso accordo e che, in combinato disposto con la clausola in commento, consentirebbe addirittura al terzo l’acquisto del diritto libero da garanzie (*funditus infra* § “Massimizzazione del valore conseguibile con la vendita del bene dato in garanzia e tasso d’interesse praticato al debitore”).

In ogni caso tuttavia, poiché il legislatore comunitario esclusivamente impone agli stati membri di riconoscere la facoltà per i privati di inserire simili patti in contratto, si può presumere che i creditori non inseriranno nei propri accordi standard clausole vantaggiose per il solo debitore, dovendosi quindi dubitare dell’effettività e futura diffusione di questa previsione, a differenza di quella relativa al patto marciano.

Massimizzazione del valore conseguibile con la vendita del bene dato in garanzia e tasso d’interesse praticato al debitore

Con il quinto comma dell’art. 28 il legislatore europeo apertamente prende atto della natura di *Giano bifronte* dei rimedi previsti per la fase patologica del rapporto, mettendo in relazione il tasso d’interesse praticato al consumatore con il prezzo realizzato attraverso la vendita del bene in garanzia. Poiché, infatti, all’aumentare del secondo necessariamente diminuisce il primo⁶⁵, si richiede agli stati membri di predisporre misure idonee a massimizzare tale valore⁶⁶, cosicché - si può aggiungere - l’accesso al credito sia consentito ad una parte più ampia della popolazione ed a condizioni più vantaggiose (*supra* §§ “La *ratio*: la soluzione di un problema che non c’è” e “Tolleranza nell’escussione della garanzia e tasso di interesse praticato al consumatore”).

La disposizione, assai generica, si limita ad individuare un obiettivo di politica economica e del diritto e rimette ai singoli stati il compito di asseverare l’efficienza dei propri meccanismi normativi esistenti e di renderli più efficienti, là dove necessario.

Come evidente, la prima disciplina da prendere in considerazione è quella dell’esecuzione forzata immobiliare, la cui attenta ricostruzione e critica esula tuttavia dallo scopo del presente commento. La circostanza che il valore di realizzo ottenuto attraverso questa procedura sia sostanzialmente più basso del valore di mercato (fino al limite di assumere l’entità di un prezzo vile) è tuttavia un dato ricorrente nelle valutazioni economiche e statistiche sul mercato immobiliare italiano ed europeo⁶⁷ e ciò dimostra

⁶⁴ F. MACARIO, *Le limitazioni della responsabilità patrimoniale*, in *Diritto civile*, a cura di N. Lipari - P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, tomo II, *L’attuazione dei diritti*, Milano, 2009, p. 181.

⁶⁵ Sul punto in estrema sintesi, cfr. A. SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 1807 e ss.

⁶⁶ In realtà obiettivo della liquidazione non deve essere solo quello di massimizzare il valore ma anche minimizzare il tempo necessario a conseguirlo, in quanto la dilazione nel tempo del momento in cui la pretesa creditoria viene

soddisfatta ha un immediato effetto sul tasso d’interesse praticato, cfr. le considerazioni della European Mortgage Association, disponibili all’indirizzo <http://www.hypo.org/Content/Default.asp?PageID=433>.

⁶⁷ In Spagna al picco della crisi il valore delle case soggette a esecuzione forzata è sceso del 72% rispetto all’originario prezzo di mercato, cfr. <http://www.worldpropertyjournal.com/europe-residential-news/spanish-residential-repossessed-properties-spanish-housing-market-house-prices-fitch-ratings-blackstone-carlos-masip-madrid->

la sostanziale inefficienza della procedura stessa⁶⁸, incapace di soddisfare l'interesse del creditore e conseguentemente di abbassare il tasso d'interesse praticato *ex ante* al debitore.

A questa si aggiunge poi anche la disciplina della cessione dei beni ai creditori (artt. 1977 e ss. c.c.), che potrebbe garantire maggiore speditezza ed altresì scongiurare il ricorso all'autorità giudiziaria, stante la natura contrattuale dell'istituto⁶⁹. La conclusione dell'accordo consente ai cessionari di amministrare ed agire per la liquidazione dei beni ceduti (art. 1979 c.c.) - entro un termine eventualmente fissato dalle parti⁷⁰ -, ma non produce di per sé alcun effetto liberatorio⁷¹, salvo espressa pattuizione contraria (art. 1984 c.c.), come nel caso della cessione *pro soluto*⁷².

Proprio quest'ultima fattispecie potrebbe conseguire un risultato analogo a quello della clausola considerata in precedenza (*supra* § "Limitazione del debito entro il valore conseguito attraverso la liquidazione"), liberando il debitore a prescindere dalla somma ottenuta con la liquidazione, ed altresì assicurando la restituzione dell'eventuale eccedenza. Del resto la clausola contrattuale di cui al comma 4, nel prevedere che il ricavato dell'alienazione venga considerato sufficiente ad estinguere il debito residuo, potrebbe contestualmente attribuire al mutuante la facoltà - sottoposta a condizione sospensiva d'inadempimento⁷³ - di amministrare e disporre il bene per ottenere il soddisfacimento delle proprie pretese.

Ancor più, la volontà del legislatore europeo di evitare il ricorso a complessi meccanismi processuali, che chiaramente emerge dall'esegesi dei precedenti commi (in particolare 1 e 4)⁷⁴ potrebbe financo

498

homes-goldman-sachs-7628.php. Studi sistematici sono stati svolti in Olanda da economisti - cfr. D. BROUNEN, «The boom and gloom of real estate markets», in *Inaugural address series research in management*, 2008, disponibile all'indirizzo <http://www.econpapers.repec.org/paper/emsuriar/14001.htm> - ma più recentemente anche da giuristi - v. la tesi dottorale di I. VISSER, «De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder», *Univ. Groningen*, 2013, disponibile all'indirizzo <http://dissertations.ub.rug.nl/faculties/jur/2013/i.visser/> -. Il tema è poi oggetto di attenti studi negli Stati Uniti, cfr. C. GHENDT - M. KUDLYAK, «Recourse and residential mortgage default: evidence from the US states», in *Review of financial studies*, 2011, 24, p. 3139 e ss.; J.Y. CAMPBELL - S. GIGLIO - P. PATHAK, «Forced sales and house prices», in *American economic review*, 2011, 101, p. 2108; T.M. CLAURETIE - N. DANESHVARY, «Estimating the house foreclosure discount correlated for spatial price interdependence and endogeneity of marketing time», in *Real estate economics*, 2009, 37, p. 43 e ss.

⁶⁸ In particolare, per quanto attiene alla fase di pignoramento incentrata su esigenze di certezza e pubblicità, cfr. B. RAVENNA, *Del pignoramento*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L.P. Comoglio - C. Consolo - B. Sassani - R. Vaccarella, VI, Torino, 2013, p. 926, e alla vendita del bene - ed in particolare rispetto alla valutazione, nonché della conoscibilità della vendita necessaria per garantire una maggiore partecipazione di soggetti interessati e quindi la realizzazione di un miglior prezzo - su cui, cfr. M. CARNEVALE, *Della vendita e dell'assegnazione*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., rispettivamente p. 1001 e ss., p. 1022 e ss., p. 1045 e ss. e questo nonostante l'introduzione della disciplina delle delega delle operazioni di vendita di cui all'art. 591-

bis c.p.c., su cui cfr. S. BARDARO, *Delega delle operazioni di vendita*, in *Commentario del codice di procedura civile*, cit., p. 1164 e ss.

⁶⁹ Cfr. F. SALVI, *Della cessione dei beni ai creditori*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1974, p. 289 e ss.; MUSIO, *Sub artt. 1977-1986*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da Gabrielli, a cura di D. Valentino, *Dei singoli contratti*, artt. 1861-1986, Torino, 2011, p. 808.

⁷⁰ Cfr. Cass., 24 ottobre 2003, n. 16013, con nota di R. DE MEO, «Cessione dei beni ai creditori e termine di efficacia», in *Contratti*, 2004, p. 232 e ss.

⁷¹ Che si avrà soltanto in occasione del riparto del ricavato e soltanto nella misura in cui lo stesso sia sufficiente a far fronte alle obbligazioni assunte, cfr. MUSIO, *op. cit.*, p. 914.

⁷² È questo il caso della cessione pro soluto attraverso la quale si produce l'integrale estinzione delle obbligazioni del cedente che rimane definitivamente liberato, cfr. Cass., 18 gennaio 1960, n. 30, in *Giur. it.*, 1960, I, 957; su cui però si vedano le diverse posizioni di F. SALVI, *op. cit.*, p. 381; M. SPINELLI, *Le cessioni liquidative*, Napoli, 1962, p. 152; F. VASSALLI, *La cessione dei beni ai creditori*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, 13, tomo V, Torino, 1985, p. 427 secondo cui il patto modificherebbe il tipo contrattuale; secondo MUSIO, *op. cit.*, p. 915, il debitore manterrebbe il rilevante interesse ad una oculata gestione, così da ottenere l'eccedenza.

⁷³ Ovvero formulata alla luce delle vicende che il legislatore potrebbe porre come condizioni per fare ricorso a questo meccanismo liberatorio alternativo al fine di scongiurare una logica di inadempimento efficiente, *supra* § "Limitazione del debito entro il valore conseguito attraverso la liquidazione".

⁷⁴ La stessa disciplina del patto commissorio costituisce

suggerire l'adozione di ulteriori meccanismi di liquidazione del bene offerto in garanzia, giustificabile anche alla luce della disposizione in commento.

Così, sfruttando il meccanismo liberatorio previsto dalla precedente norma (*supra* § “Limitazione del debito entro il valore conseguito attraverso la liquidazione”), si può giungere ad ipotizzare come, in assenza di ulteriori garanzie reali sul bene, al debitore stesso⁷⁵, o preferibilmente ad un terzo professionista - quale un notaio assistito da un agente immobiliare⁷⁶ -, potrebbe essere consentito procedere ad alienare il bene sul mercato trasferendo la somma così ottenuta al creditore. L'acquirente otterrebbe la proprietà libera da ipoteca, in quanto il debito garantito - in virtù dell'operare di questa stessa clausola - verrebbe ad estinguersi con la consegna al creditore del prezzo ottenuto⁷⁷. In questo modo il valore del bene non verrebbe inficiato dall'esistenza della garanzia e la sua collocazione sul mercato potrebbe risultare più agevole, aumentando la probabilità che la procedura risulti effettivamente soddisfattiva dell'interesse del creditore. Anche in questo caso una attenta regolazione del meccanismo, la fissazione di criteri quanto più oggettivi per la valutazione del reale valore di mercato al momento dell'inadempimento, nonché l'attenta ponderazione delle responsabilità dei professionisti coinvolti (*supra* § “Trasferimento del bene oggetto di garanzia” e nt. 47) appare essenziale per garantire l'effettività ed utilizzabilità nella prassi di una eventuale disposizione con questo contenuto.

Rimborso del debito residuo

Dopo avere disciplinato meccanismi alternativi di liberazione del debitore inadempiente (comma 4) e dilatori dell'esecuzione (comma 1), ed aver previsto limitazioni del debito (commi 2 e 3), il legislatore europeo individua un secondo obiettivo di politica economica e del diritto cui i singoli stati membri devono dare attuazione, segnatamente l'adozione di «misure intese a facilitare il rimborso [dell'eventuale debito residuo in seguito alla liquidazione della garanzia] al fine di proteggere i consumatori» (comma 5, ultimo inciso).

499

Là dove le parti contraenti non abbiano fatto ricorso ai meccanismi tesi a limitare al bene ed al suo valore l'esposizione del debitore per il contratto di mutuo stipulato e dalla liquidazione non sia stato altresì possibile ottenere una somma sufficiente a soddisfare il creditore completamente, si richiede di adottare meccanismi che consentano al consumatore di far fronte alle proprie obbligazioni residue in modo non eccessivamente traumatico, così da evitare situazioni di profondo impoverimento e potenziale emarginazione sociale.

Ci si può dunque interrogare su quale sia la prospettiva del legislatore europeo, se quella del mercato, intesa ad incoraggiare il consumo, ovvero quella solidarista-personalista⁷⁸ propria di un *welfare state*, che aspiri a tutelare il debitore contro rischi sociali quali malattia, disoccupazione o repentini cambiamenti della propria condizione economica⁷⁹. La risposta, oltre ad assumere importanza

un efficace strumento per aggirare l'obbligo di ricorrere all'esecuzione forzata, sul punto cfr. M. CABRILLAC - C. MOULY - S. CABRILLAC - P. PÉTEL, *op. cit.*, p. 388.

⁷⁵ In questo caso ovviamente dovrebbero essere previsti alcuni meccanismi minimi di garanzia del creditore, che prevengano conflitti d'interessi (ad esempio limitando o escludendo la facoltà di alienare a parenti o affini) ovvero stabiliscano quale valore di realizzo minimo possa garantire effettivamente il prodursi dell'effetto liberatorio (ad esempio fissandolo in percentuale del debito residuo al momento dell'inadempimento).

⁷⁶ Questa soluzione sarebbe del resto conforme a quella introdotta con il già citato art. 591-*bis* c.p.c., su cui S.

BARDARO, *op. cit.*, p. 1166 e ss.

⁷⁷ Di questa somma, il debitore sarebbe responsabile nei confronti del debitore con tutto il proprio patrimonio presente e futuro, secondo quanto previsto dall'art. 2740 c.c. e proprio per questo non si potrebbe parlare propriamente di deroga al principio codicistico, cfr. F. MACARIO, *Le limitazioni ...*, *cit.*, p. 181.

⁷⁸ Cfr. F.D. BUSNELLI, «Procreazione artificiale e filiazione adottiva», in *Famiglia*, I, 2003, p. 1 e ss.; F.D. BUSNELLI, «La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali», in *Riv. dir. civ.*, I, 2009, p. 287 e ss.

⁷⁹ Cfr. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza ...*, *cit.*, p. 227

teorico-ricostruttiva, è particolarmente utile ad orientare l'opera dell'interprete chiamato ad attuare anche questa disposizione. Indici esistono in entrambe le direzioni, ma la finalità di protezione del consumatore, più volte reiterata nei *considerando* (supra § "La ratio: la soluzione di un problema che non c'è"), potrebbe far propendere per la seconda linea interpretativa⁸⁰.

All'interno di un quadro così sinteticamente tratteggiato, il riferimento diretto per l'ordinamento italiano è chiaramente costituito dalla L. 27 gennaio 2012, n. 3, in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento, come novellata dall'art 18 del D.l. 18 ottobre 2012, n. 179, con l'introduzione di una disciplina specifica per il consumatore (art. 6, comma 2, lett. b)⁸¹. La disciplina prevede due alternative, un piano soggetto ad omologa (art. 12-*bis*) da parte del tribunale ed una procedura di esdebitazione attraverso liquidazione del patrimonio (art. 14-*terdecies*), la prima volta a consentire una rinegoziazione del debito, la seconda la liberazione del soggetto - *rectius* la sospensione dell'esigibilità del credito - in tutti i casi in cui sia evidente la sua strutturale e definitiva incapacità a far fronte alle proprie obbligazioni.

Per i fini che qui interessano è opportuno porre in evidenza come il legislatore, nell'introdurre una procedura particolarmente favorevole per il consumatore - limitatamente ai debiti contratti per scopi estranei all'esercizio della propria attività professionale⁸² - richieda che il sovraindebitamento sia passivo e quindi incolpevole⁸³. Nel valutare se concedere rispettivamente l'omologa del piano (art. 12-*bis*, comma 3), ovvero l'esdebitazione (art. 14-*terdecies*, comma 2)⁸⁴, impone infatti di accertare che il consumatore non abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere, colposamente determinando il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito sproporzionato rispetto alle proprie capacità patrimoniali.

Non solo quindi si può riscontrare identità sotto il profilo soggettivo tra i due provvedimenti - la direttiva in commento e la disciplina interna - ma anche sul piano funzionale la prospettiva appare coincidente. Il tentativo è cioè quello di porre rimedio a condizioni di difficoltà cagionate principalmente da un repentino ed inatteso mutamento delle condizioni patrimoniali del soggetto, quale ben potrebbe essere la perdita del posto di lavoro o l'insorgere di una malattia.

500

che in proposito parla di un sovraindebitamento passivo, *funditus* EAD., «La composizione ...», *cit.*, p. 1248-49 e 1267 rispetto alla modifica introdotta dall'art. 18, D.l. 179/2012.

⁸⁰ E questo in contrasto con quanto invece si potrebbe desumere da una lettura della stessa disciplina del sovraindebitamento, anche rispetto alle regole dettate per il consumatore introdotta con lo scopo di fornire «incentivo allo sviluppo quale supporto alla domanda di consumo» (D.l. 179/2012).

⁸¹ Modificando la scelta preventivamente operata di una disciplina unitaria per il debitore civile (art. 6), Cfr. F. MACARIO, «La nuova disciplina del sovraindebitamento e dell'accordo di ristrutturazione per i debitori non fallibili», in *Contratti*, 2012, p. 231; ID., *Finalità*, in *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, a cura di F. Di Marzio - F. Macario - G., Milano, 2012, p. 18, salutava come una buona scelta la mancata introduzione di una disciplina *ad hoc* per il consumatore, che evitasse di perpetrare una logica di particolarismo giuridico. La scelta al tempo stesso veniva però - giustamente - criticata nella misura in cui la disciplina appariva invece pensata per le piccole insolvenze commerciali, cfr. F. DI MARZIO, *Una procedura per gli accordi in rimedio del sovraindebitamento*,

in *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, *cit.*, 13. Sul pericolo di una frantumazione delle procedure, cfr. E. PELLECCCHIA, *Dall'insolvenza ...*, *cit.*, p. 221 e ss.; mentre sui problemi di coordinamento posti dalla novella, cfr. EAD., «La composizione ...», *cit.*, p. 1266.

⁸² Per i debiti contratti per ragioni promiscue non è possibile fare ricorso alle procedure speciali previste dagli artt. 12-*bis* e 14-*bis* per conseguire gli effetti di cui al 14-*terdecies* (esdebitazione).

⁸³ Sulla nozione cfr. E. PELLECCCHIA, «La composizione ...», *cit.*, p. 1269; con un diverso giudizio N. RONDINONE, «Note critiche sul declino della *lex concursus* commerciale e sull'avvento del *novus concursus* civile», in *Dir. fall.*, 2014, §7, nt. 117.

⁸⁴ È altresì necessario asseverare nel primo caso la fattibilità del piano e l'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento dei crediti impignorabili (12-*bis*, comma 3) e, nel secondo, un comportamento corretto durante la fase di liquidazione, tale per cui il consumatore - tra gli altri requisiti - deve avere cooperato e non ritardato in alcun modo la procedura e deve avere esercitato un'attività lavorativa adeguata rispetto alle proprie competenze e alla situazione di mercato, eventualmente ricercando occupazione e senza rifiutare in assenza di giustificato

Per quanto invece riguarda il profilo oggettivo il coordinamento delle due disposizioni può apparire meno immediato. Mentre infatti la direttiva si occupa esclusivamente dei crediti ipotecari - ed anche la previsione in commento contempla quindi la circostanza che il patrimonio del debitore non sia sufficiente a far fronte a quell'obbligazione -, la disciplina sulle crisi da sovraindebitamento attende alla gestione complessiva di una condizione di «perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte» (art. 6, comma 2, lett. a)⁸⁵ e quindi di una pluralità di crediti, anche non garantiti, di varia natura e contratti a scopi differenti.

La differenza sta poi in ciò che il consumatore, in seguito alla liquidazione della garanzia, potrebbe non trovarsi ancora in una condizione di sovraindebitamento così come definito, la difficoltà economica non essendo tale da giustificare il ricorso alla disciplina interna.

Il problema è tuttavia superabile nella misura in cui l'accesso alle procedure richiamate avviene, in prima istanza, su richiesta del debitore stesso⁸⁶, il quale dovrà presentare un piano (secondo i requisiti posti dagli artt. 7 e 8) accompagnato da una relazione particolareggiata dell'organismo di composizione della crisi (art. 9, comma 3-bis) che attesti oltre alle ragioni dell'incapacità anche la convenienza dello stesso rispetto all'alternativa della completa liquidazione della sua proprietà.

Piuttosto, la liquidazione integrale del patrimonio potrebbe apparire, ad una prima lettura, contrastare con il dettato sia del primo comma, teso a procrastinare l'effetto della liquidazione della garanzia e quindi tanto più dell'ulteriore patrimonio del debitore, sia del comma 5, qui in commento, nella misura in cui potrebbe essere anch'esso inteso richiedere meccanismi dilatori ed al più di ristrutturazione. Una simile conclusione non sarebbe però condivisibile, in ciò che proprio lo strumento di cui all'art. 14-terdecies consente il superamento di una fase patologica altrimenti irrisolvibile.

Al di là dunque delle possibili considerazioni circa l'effetto di incentivo all'azzardo morale⁸⁷ da un lato e di innalzamento del costo del credito al consumo dall'altro lato⁸⁸, che invero necessiterebbero di essere più attentamente - e possibilmente attraverso un'analisi empirica e statistica - ponderate, la disciplina dell'esdebitazione appare conforme alle previsioni ed ai desiderata del legislatore comunitario. Senza entrare nel merito delle singole procedure e delle critiche ad esse mosse dai commentatori⁸⁹, si può poi osservare come da questa disciplina emerga un complessivo interesse alla ristrutturazione del debito⁹⁰, specificazione di quello più generale all'adempimento⁹¹, che se pure certamente non configurabile come diritto soggettivo⁹², merita di essere valorizzato. Secondo quanto esposto (*supra*

501

motivo proposte di impiego (art. 14-terdecies, comma 1).

⁸⁵ F. MACARIO, *Finalità*, cit., p. 19-20; L. DURELLO, «Profili processuali del procedimento per la composizione delle crisi da sovraindebitamento», in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, p. 655; R. BATTAGLIA, «I nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento dopo il *maquillage* della L. n. 3/2012», in *Il Fallimento*, 2013, p. 1434.

⁸⁶ Cfr. E. PELLECCIA, «La composizione ...», cit., p. 1257; R. BATTAGLIA, *op. cit.*, p. 1444.

⁸⁷ Sul punto cfr. N. RONDINONE, *op. cit.*, p. 201.

⁸⁸ Cfr. N. RONDINONE, *op. cit.*, p. 203.

⁸⁹ Sul rischio di un uso a fini meramente dilatori, che come più volte si è avuto modo di precisare porterebbe a risultati negativi in termini di lievitazione dei costi e conseguente innalzamento *ex ante* dei tassi d'interesse praticati, si vedano le considerazioni di G. TERRANOVA, *La composizione delle crisi da sovraindebitamento: uno sguardo d'insieme*, in *Composizione delle crisi da sovraindebitamento*, cit., p. 9. Una critica incisiva al provvedimento è stata recentemente condotta anche da N. RONDINONE, *op. cit.*, p. 149 e ss. in particolare

200. Per una considerazione delle problematiche connesse alle ipotesi di inattuazione della composizione della crisi così come programmata, cfr. M. PERRINO, «La "crisi" delle procedure di rimedio al sovraindebitamento (e degli accordi di ristrutturazione dei debiti)», in *Giust. civ.*, 2014, p. 435 e ss.; sull'insufficiente considerazione della specificità dell'indebitamento delle famiglie, cfr. L. MODICA, *op. cit.*, p. 349; e E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza ...*, cit., p. 158-159; D. GALLETTI, «Insolvenza civile e "fresh start": il problema dei coobbligati», in *An. giur. ec.*, 2004, p. 397.

⁹⁰ Cfr. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza ...*, cit., p. 177 e ss.

⁹¹ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, voce *Interesse legittimo: diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 544 e ss.

⁹² Tanto più che non sembra possibile pretendere una rinegoziazione in quanto risultato difficilmente coercibile al pari di ogni obbligo di rinegoziazione che al più potrà esigere un comportamento corretto nella trattativa ma non di addivenire ad una positiva conclusione della stessa, sul punto cfr. E. PELLECCIA, *Dall'insolvenza ...*, cit., p. 187 e ss.

§ “Tolleranza nell’escussione della garanzia e tasso di interesse praticato al consumatore”), infatti, se meccanismi meramente dilatori sono sicuramente pregiudizievoli per le parti oltre che per tutti i soggetti che in futuro vorrebbero accedere al mercato del credito, la ristrutturazione può - se correttamente declinata e realizzata - garantire risultati efficienti. Un creditore, infatti, può ottenere un vantaggio da una più rapida definizione del rapporto che gli consenta di ottenere anche solo una parte del proprio diritto, mentre la liberazione del debitore consente a questi di tornare ad essere un soggetto attivo nel mercato e - assai più importante - nella società civile. L’attenzione del legislatore deve quindi essere volta al bilanciamento di queste esigenze ed all’individuazione dello strumento più adatto a garantire il corretto incentivo alle parti, al tempo stesso consentendo di discernere l’una dall’altra condizione in modo sufficientemente certo e rapido.

In questa prospettiva è necessario evidenziare come la nozione di sovraindebitamento passivo sottenda una logica premiale, tesa a tutelare il debitore il quale, pur essendosi comportato in modo oculato e diligente, sia incorso in particolari vicende della vita rispetto alle quali non aveva pieno controllo che ne hanno destabilizzato la posizione finanziaria⁹³. Se su di un piano teorico questa nozione potrebbe sembrare idonea a scongiurare condotte opportunistiche e fraudolente, più complessa appare la sua valorizzazione nel momento applicativo. La specificazione del criterio, che consenta cioè di discernere un indebitamento colposo e frutto di negligenza, è tutt’altro che ovvia e la ponderazione da parte del giudice delle considerazioni fornite dalla relazione degli organismi preposti può risultare meramente formale - e quindi ineffettiva - ovvero, se puntuale, può assumere la natura di vero e proprio sindacato delle scelte di vita del consumatore, oltre una certa misura del tutto illiberale e quindi inaccettabile⁹⁴. Ancor più, anche nelle ipotesi di sovraindebitamento attivo o colposo, l’impossibilità per il debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni rende necessario - nello stesso interesse dei creditori - la ristrutturazione del debito.

502 Secondo la disciplina dettata dalla L. 3/2012 è possibile, in simili ipotesi, fare ricorso al normale accordo di cui all’art. 7, comma 1⁹⁵ - dovendo tuttavia ottenere l’adesione di creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti complessivi (art. 11, comma 2) - ma non più all’esdebitazione. Se la *ratio* sanzionatoria è evidente - e forse in alcuni casi giustificata - potrebbe cionondimeno causare il perpetrarsi di una condizione comunque non superabile e suscettibile di generare emarginazione sociale, anche per i soggetti *a latere* coinvolti quali, in primo luogo, i più stretti familiari⁹⁶.

Rispetto a questo profilo dunque la direttiva europea potrebbe costituire occasione per un - almeno parziale - ripensamento ed affinamento degli strumenti predisposti, che altrimenti potrebbero essere considerati di per sé attuativi del dettato della norma comunitaria.

Volendo infine portare a compimento la riflessione iniziata con il commento al primo comma della disposizione, si può concludere che attraverso il coordinamento con quest’ultimo inciso del comma 5 la “ragionevole tolleranza” che si vorrebbe imporre al creditore potrebbe costituire il tempo necessario a valutare, nel momento di difficoltà, quale tra le diverse opzioni sia preferibile: una semplice dilazione, per i casi - invero residuali - in cui la difficoltà sia momentanea, così consentendo il riallineamento di eventuali flussi di cassa in squilibrio tra loro; una ristrutturazione del debito, con eventuale rinegoziazione del mutuo, per le ipotesi di difficoltà strutturale comunque risolvibile attraverso un piano del consumatore; una rapida liquidazione associata ad esdebitazione negli altri casi, così da consentire una soluzione della crisi e garantire un nuovo inizio alla persona ed alla sua famiglia.

⁹³ Lo definisce un debitore «onesto ma sfortunato», E. PELLECCIA, «La composizione ...», *cit.*, p. 1269, ed ancora sulla rilevanza di una condotta collaborativa e sostanzialmente incolpevole cfr. 1288 e 1296-7.

⁹⁴ Sulla valutazione necessaria a conseguire l’omologazione del piano, cfr. L. DURELLO, *op. cit.*, p. 675.

⁹⁵ Rispetto alla difficoltà per il debitore civile ad ottenere l’assenso dei creditori si vedano le considerazioni di G. TERRANOVA, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁶ Cfr. D. GALLETTI, *op. cit.*, p. 397; E. PELLECCIA, *Dall’insolvenza ...*, *cit.*, p. 159; E. WARREN, «Bankrupt children», in *Minnesota Law Review*, 86, 2002, p. 1003 e ss.