

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA

GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

FILIPPO SARTORI

Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	430
LUIGI ROVELLI	
<i>Un primo inquadramento sistematico sul tema della responsabilità civile dei magistrati.</i>	433
GIOVANNI AMOROSO	
<i>Sul bilanciamento tra responsabilità civile dei giudici e garanzie costituzionali della giurisdizione: dubbi di legittimità costituzionale dell'eliminazione del filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria</i>	455
GIOVANNI DORIA	
<i>Il contratto tra post-modernità e tradizione</i>	485
ANGELO FEDERICO	
<i>L'interesse alla trascrizione e la pubblicità dell'atto di destinazione</i>	515
STEFANIA PACCHI	
<i>La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015</i>	537
FILIPPO SARTORI	
<i>Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito</i>	569
PAOLOEFISIO CORRIAS	
<i>Le aree di interferenza delle attività bancaria e assicurativa tra tutela dell'utente e esigenze di armonizzazione del mercato finanziario</i>	617
RICCARDO CAMPIONE	
<i>Il diritto di mantenere rapporti significativi con i nipoti tra (preminente) interesse del minore e principio di intangibilità delle competenze «forti»</i>	641

Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito

Il presente contributo muove dall’analisi dei formanti del diritto bancario che ci consegnano un quadro normativo frammentato, segnato da un elevato tasso di instabilità normativa. I diversi programmi di politica del diritto alimentano una contrapposizione tra creditore e debitore che, nell’oggi, non trovano soluzione. Nel ripercorrere il modo di elaborazione dei dati giuridici propri del settore ci si sofferma, in chiave critica, sul tema centrale del “diritto soggettivo al credito”. Il tentativo di tracciare una nuova dimensione nella prospettiva di *reductio ad unitatem* del sistema si sviluppa intorno al criterio del merito creditizio. Che a ben considerare assume valore di vertice orientativo dei fattori normativi e categoria ordinante del bancario.

569

The article analyses the legal formants of banking law. It starts with the observation that the regulatory framework for banking is highly fragmented. Several competing programs of legal policy create a regime characterized by profound divergence of interests between creditor and debtor, without a comprehensive solution. The article focuses on one aspect that is a major source of concern for scholars and policy-makers alike: the right to credit. It argues that credit worthiness could be the key to achieve convergence in law, due to the nature of the criterion, which is designed to merge different policies.

Sommario: 1. Premessa: formanti del bancario e bilanciamento di interessi. – 2. A proposito di usura e anatocismo: una storia di contraddizioni. 2.1. Contratto usurario e usura sopravvenuta. 2.2. Anatocismo bancario. – 3. Delimitazione dell’indagine. – 4. Sana e prudente gestione quale criterio di determinazione della condotta del *bonus argentarius*. – 5. Diritto soggettivo al credito: l’alibi della sana e prudente gestione. – 6. (*Segue*): adeguatezza dei finanziamenti e valutazione del merito di credito. – 7. (*Segue*): concessione abusiva del credito. – 8. Erogazione difensiva *vs* credito facile: alla ricerca di un equilibrio efficientistico. – 9. La portata politica della riforma del 18 maggio 2012. – 10. Il diritto al credito esiste. – 11. Esecuzione in forma specifica e responsabilità per inadempimento dell’obbligazione: il danno risarcibile e i nuovi incentivi. – 12. (*Segue*): mancato incremento del credito e mancata rinegoziazione. – 13. (*Segue*): rottura brutale del credito. – 14. (*Segue*): il servizio di centralizzazione dei rischi e segnalazione a “sofferenza”. – 15. Conclusioni.

1 - Premessa: formanti del bancario e bilanciamento di interessi.

Nel sistema attuale, le regole che governano le operazioni di finanziamento – dalla fase dell’erogazione a quella dell’interruzione – presentano un elevato tasso di instabilità normativa. Il diritto bancario più in generale – «nella sua odierna realtà e con segnato riferimento alla sua dimensione contrattuale – vive una realtà di strappi e tensioni. Di forze tra loro opposte, cioè»¹.

La grave fase recessiva e l’improvviso arresto dell’offerta di credito (così detto *credit crunch*) hanno accentuato la contrapposizione tra creditore e debitore, stimolando una dialettica serrata, e senza precedenti, nell’arena giuridica². Il tentativo di composizione di interessi contrapposti non ha offerto soluzioni uniformi. Il quadro che ci viene consegnato è disomogeneo e i modelli di soluzione del conflitto sono sovente incompatibili tra loro.

La prospettiva di *reductio ad unitatem* del sistema è ostacolata dalla presenza di numerosi fattori vivi, tributari di programmi di politica del diritto alternativi che contribuiscono ad alimentare una dinamica del conflitto.

Il formante legislativo ha disorientato la prassi. Il mutamento positivo si è sviluppato al di fuori della logica del cambiamento e dell’innovazione

¹ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 353.

² Il fenomeno sembra aver superato le dimensioni del contenzioso in tema di servizi di investimento. Sulla crisi del credito e dell’ordine giuridico dei mercati si veda D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 727 ss.

quale caratteristica intrinseca di ogni sistema ad elevata complessità. Né la transizione verso la postmodernità, i nuovi rapporti tra diritto ed economia, la mobilità dettata dai processi di globalizzazione spiegano la fenomenologia della mutazione del bancario. Si tratta di cambiamenti cervelotici, che solo la mera contingenza potrebbe giustificare. A ben guardare però, come è stato acutamente osservato, «il fenomeno sembra ormai assestarsi tra gli aspetti di ordine strutturale»³, e razionale appare allora la desistenza alla ricerca di risultati validi sotto il profilo metodologico. Nondimeno, e in via di prima approssimazione, possiamo rinvenire nella sana e prudente gestione il cardine del sistema legislativo⁴. L'attenzione è stata dedicata negli anni ai presidi quantitativi, patrimoniali e di rischio (: di stabilità), a quelli organizzativi legati alla *governance* della banca⁵. Da altra prospettiva, quella cioè dell'attività, dell'agire in concreto, il principio della prudenza si pone al centro di una costellazione di regole, molte delle quali di recente emanazione, suscettibile di applicazioni ampie. Regole che sembrano indirizzare l'attività del credito e creare un equilibrio (alieno al rapporto) «efficientistico» finalizzato a realizzare l'obiettivo della stabilità e competitività del «sistema» conformemente al programma delineato dall'art. 5 del Testo Unico Bancario.

Parte fondamentale della normativa dei rapporti di finanziamento è data dalla Banca d'Italia nell'esercizio delle funzioni di vigilanza regolamentare. È il Testo unico bancario ad attribuire all'Autorità il potere di regolare numerosi aspetti del rapporto obbligatorio. Muovendosi sull'architrave legislativo la normativa di secondo livello declina l'agire delle parti prima, durante e dopo il contratto. Nell'intreccio delle diverse finalità che si intravedono dall'analisi del tessuto regolamentare quella pubblicistica appare nitida e informa compiutamente la materia. Le regole di compor-

³ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 351.

⁴ Si vedano le vivaci riflessioni di P. TULLIO, *La legislazione bancaria in tempo di crisi*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2, 2014, 218 ss., in particolare 230 ss.

⁵ Si tratta del fiore all'occhiello del nostro sistema bancario. Il vero punto di forza che avrebbe «consentito di fronteggiare questo prolungato periodo di difficoltà economica e dei mercati finanziari. Minore leverage rispetto ad altri Paesi; qualità elevata delle poste patrimoniali; sistemi di governo e controllo (...) che hanno contribuito a contenere l'esposizione ai rischi e mantenere l'attività di intermediazione incentrata sulle forme più vicine ai bisogni effettivi di famiglie e imprese». Testualmente, I. Visco, *Il governo societario e la sana e prudente gestione delle banche*, Indirizzi di saluto, Roma, 25 settembre 2012.

tamento sono così plasmate dal criterio richiamato della sana e prudente gestione che governa la relazione tra le parti e indirizza l'esercizio dell'attività.

La giurisprudenza, sotto l'efficace spinta della dottrina più acuta, si è affermata come formante di rottura. Pur seguendo schemi concettuali collaudati dall'esperienza e utilizzando criteri generali che ci vengono consegnati da una lunga tradizione essa offre soluzioni di avanguardia che scardinano il paradigma culturale-protezionistico del sistema bancario. Il *need of protection* del cliente, l'informazione chiara e comprensibile, la trasparenza in tutte le sue declinazioni, i limiti all'esercizio abusivo del diritto, lo stereotipo dell'accordo banchiere, ecc. riecheggiano nella latitudine applicativa della buona fede quale criterio integrativo e della diligenza quale criterio di responsabilità. La ricerca dell'equilibrio rimane confinata all'interno del rapporto obbligatorio, che non subisce il fascino e la contaminazione di quegli interessi superiori, pubblicistici, di "sistema" declamati dal legislatore e dall'Autorità di vigilanza, nonché strumentalizzati dalla prassi autoregolamentare. Le soluzioni non sono certo miti e le massime costanti non sono semplici precedenti da considerare alla luce del caso concreto, ma diventano norme generali e astratte, costituendo il diritto vivente del bancario. Un diritto sempre più giurisprudenziale che soppianta definitivamente quell'idea di legalità nel settore che attribuiva la palma della supremazia al legislatore, alla vigilanza e all'autoregolamentazione.

Infine, non certo per importanza, un ruolo strategico spetta all'Arbitro Bancario Finanziario (anche noto con l'acronimo "ABF"), definito dal suo stesso autorevole Presidente milanese come «organo di mediazione aggiudicativa specializzato che pone decisioni di tipo casistico che orientano le prassi»⁶. L'attività di questo organo costituisce oggi vera e propria fonte del diritto che stratifica incessantemente norme giuridiche vincolanti (cer-

⁶ La definizione di Antonio Gambaro l'ho appuntata sul mio taccuino in occasione di un seminario sul tema dei "contratti bancari e finanziari" tenutosi a Milano il 17 e 18 aprile 2013. Si veda l'ordinanza della Corte Costituzionale 21 luglio 2011, n. 218, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 3, 2011, 117 ss., con nota di ANTONUCCI.

tamente per le banche), non solo in termini di *moral suasion*⁷. Lo statuto del credito è infatti plasmato dalla feconda attività dell'ABF. Si tratta di un cantiere in continuo movimento, nel quale affluiscono materiali innovativi lavorati con finezza dalla maestria dei giuristi che compongono i collegi. Viene così a stratificarsi un sapere specialistico, spesso accademico, capace di innovare e conservare allo stesso tempo. La soluzione al conflitto, l'equilibrio tra forze contrapposte vengono assicurati talvolta evocando i principi di stabilità sistemica, che garantiscono all'agire delle banche una zona franca, una patente di immunità, talaltra utilizzando la prospettiva privatistica della “giustizia contrattuale”, più sensibile alle esigenze della clientela e intransigente a comportamenti sperequativi e a pratiche distorte. La mediazione è encomiabile anche se un sottofondo di cerchiobottismo impedisce all'osservatore di tirare le fila e tracciare con precisione il perimetro di azione normativo.

2. - A proposito di usura e anatocismo: una storia di contraddizioni.

Le premesse poste servono a spiegare le contraddizioni cui ho fatto riferimento sopra, ovverosia l'esistenza di regole di diritto, non mere declamazioni, apparentemente inconciliabili che amministrano fatti-specie simili, o financo identiche, nei presupposti costitutivi. Il bancario diventa per tale via laboratorio di sperimentazione della teorica della dissociazione dei formanti⁸, mettendo a disposizione del ricercatore un campionario davvero consistente. Prima ancora di cercare di orientarsi, di mettere ordine e delimitare quindi il campo di indagine può essere utile fare cenno

573

⁷ Si vedano, in particolare, Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 – 13° Aggiornamento del 10 aprile 2007 “Istruzioni di Vigilanza per le banche”, consultabile sul sito della Banca d’Italia, www.bancaditalia.it, nonché Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 – 15° Aggiornamento del 2 luglio 2013 “Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche”, *ivi*. Ma cfr. anche “Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari”, *ivi*, e Delibera CICR n. 275 del 29 luglio 2008 recante “Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell’articolo 128-bis del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni”, *ivi*, circa l’obbligo per le banche di adeguarsi alle decisioni dell’Arbitro Bancario Finanziario.

⁸ A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974; R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, 39 *Am. J. Comp. L.* 1, (1991). Si veda anche G. AJANI, *Legal Transplants and Economic Performance*, in G. PORRO (a cura di), *New Trends of International Trade Law*, Torino, 2000, 5 ss.

ad alcuni casi clinici eclatanti, che hanno suscitato l'attenzione degli interpreti e l'interesse dell'opinione pubblica.

2.1. - Contratto usurario e usura sopravvenuta.

Emblematico il caso del contratto usurario. La legge n. 108 del 1996, come noto, ha introdotto un limite ai tassi effettivi sulle operazioni di finanziamento – calcolati con un criterio obiettivo fondato sull'impiego di una formula matematica⁹ – utilizzando come riferimento i tassi medi di mercato rilevati trimestralmente dalla Banca d'Italia e pubblicati dal Ministero dell'economia e delle finanze. L'Autorità di Vigilanza e la giurisprudenza non hanno tuttavia tardato a dare indicazioni contraddittorie circa i costi da considerare in concreto ai fini della valutazione del superamento del tasso soglia. La Banca d'Italia ha escluso dalle voci di cui bisogna tener conto la maggiorazione stabilita contrattualmente per i casi di ritardato pagamento: si tratta infatti di costi non dovuti al momento dell'erogazione del credito ma solo in caso di un eventuale inadempimento del cliente¹⁰.

⁹ L'art. 2, comma 3 della legge n. 108 del 1996 stabilisce che il tasso soglia «(...) è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione (...) relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà». Con il d.l. n. 70 del 2011, a partire dal 14 maggio 2011, il limite oltre il quale gli interessi sono ritenuti usurari è calcolato aumentando il Tasso effettivo globale medio (TEGM) di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite e il tasso medio non può essere superiore a otto punti percentuali.

¹⁰ L'operare dei "moratori" è effetto dell'inadempimento. Si tratta di una sanzione la cui funzione è assimilata a quella della clausola penale dacché siffatti interessi realizzano una liquidazione preventiva e forfettaria del danno, come chiarito dalla sentenza della Cassazione del 13 dicembre 2002, n. 17813, in *Notariato*, 2003, 238 ss. ove si legge «quando l'art. 1224, comma 2, c.c. prevede e disciplina gli effetti del patto con cui le parti predeterminano la misura degli interessi dovuti per il ritardo nell'adempimento di una obbligazione pecunaria, altro non fa che configurare una clausola penale». D'altronde, agli interessi moratori si applica la disciplina dell'art. 1384 c.c. (diminuzione ad equità della penale manifestamente eccessiva). In questi termini si vedano Trib. Napoli, 5 maggio 2000, in *Giur. it.*, 1665 ss.; e Trib. Roma, 1 febbraio 2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1082 ss. In dottrina, F. REALMONTE, *Stato di bisogno e condizioni ambientali: nuove disposizioni in tema di usura e tutela civilistica della vittima del reato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 780; G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, 534; G. TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 2001, 680. Più recentemente A.A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca borsa tit. cred.*, 5, 2013, 501 ss.; M. SEMERARO, *Interessi moratori e usura. A proposito di Abf Napoli*, n. 125/2014, in *Riv. dir. banc.*, sez. spunti dall'ABF, febbraio 2014. Seguendo questa prospettiva, i moratori – assimilati strutturalmente ad oneri risarcitorii (clausole penali) – non dovrebbero essere considerati rilevanti ai fini del superamento del tasso soglia, secondo un orientamento condiviso dalla Suprema Corte di Cassazione: «L'ob-

Con la conseguenza che non vengono considerati nel calcolo del TEG, evitando per tale via un eccessivo innalzamento delle soglie in danno del “sistema”. La giurisprudenza, per contro, è costante nel considerare tutti i costi direttamente connessi al finanziamento, senza i quali cioè il credito non sarebbe stato concesso: con la conseguenza che gli interessi moratori convenzionalmente stabiliti vengono, al pari delle commissioni di massimo scoperto, computati al fine del riscontro dell’eventuale usurarietà dei tassi¹¹. Il che, secondo l’indirizzo consolidato, sarebbe funzionale alla tutela del cliente e confermato dalla lettera di interpretazione autentica della legge richiamata là dove fa riferimento agli interessi promessi o comunque convenuti «a qualunque titolo»¹². La diversità prospettica ha un impatto devastante alle luce delle vibranti conseguenze civilistiche – la clausola è nulla e non sono dovuti interessi – e penalistiche – il reato è punito con la reclusione da uno a sei anni. Le contraddizioni alimentate da scelte metodologiche diverse non hanno ancora trovato una soluzione definitiva. Il Supremo Collegio con la sentenza 9 gennaio 2013, n. 350 ha confermato l’indirizzo risalente, non lasciando spazio di operatività al formante della Vigilanza¹³. Posta di fronte all’irremovibilità del giudizio la Banca d’Italia, con la comunicazione del 3 luglio 2013 (“Chiarimenti in materia di applicazione della legge antiusura”) riconosce, con atteggiamento solo apparentemente arrendevole, che «la verifica dell’usurarietà

575

bligazione di pagamento nascente dalla clausola penale non si pone in diretta connessione con le obbligazioni principali reciprocamente assunte dalle parti, la somma conseguibile a detto titolo non è idonea a integrare i profili illegittimi richiesti per la configurazione del delitto di usura, a meno che le parti non abbiano dissimulato il pagamento di un corrispettivo, attraverso un simulato e preordinato inadempimento». In questi termini Cass. 25 ottobre 2012, n. 5683, in *Foro it.*, 2013, 9, cc. 484 ss. Limpido il ragionamento nella decisione ABF Collegio di Napoli, 5 dicembre 2013, n. 125/14.

¹¹ Né il tentativo di invocare il principio della così detta ignoranza inevitabile, e scusabile della legge penale, a fronte dell’algoritmo di calcolo suggerito dalla Banca d’Italia nella circolare 2 dicembre 2005 ha trovato riscontro in giurisprudenza. La Cassazione penale con sentenza 23 novembre 2011, n. 46669, in www.iusexplorer.it/DeJure, ha rilevato che la legge in questione determina con sufficiente specificazione il fatto cui è riferita la sanzione penale.

¹² Mi riferisco all’art. 1 del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, convertito con legge 28 febbraio 2001, n. 24, in G.U. 28 febbraio 2001, n. 49.

¹³ Si veda Cass. 9 gennaio 2013, n. 350, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 5, 2, 498 ss. nonché precedentemente Cass. 22 aprile 2000, n. 5286, in *Corr. giur.*, 2000, 878 ss.; Trib. Napoli, 19 maggio 2000, in *Giur. it.*, 2000, 1665 ss.; Trib. Campobasso, 3 ottobre 2000, in *Foro it.* 2001, I, c. 333 ss.; Cass. 17 novembre 2000, n. 14899, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, 331 ss.; Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in *Gius.*, 2003, 16-17, 1863 ss. Si veda anche Corte cost., 25 febbraio 2002, n. 29, in *Guida dir.*, 2002, 5, 70 ss.

dei tassi (...) e le conseguenti valutazioni, sotto l'aspetto civile e penale, sono rimesse all'Autorità giudiziaria»¹⁴. A parte la chiosa, in realtà, la Banca d'Italia definisce una diversa metodologia di calcolo attribuendo natura “costitutiva” alla media pari a 2,1 punti percentuali di maggiorazione stabilita contrattualmente nel caso di mora, secondo le rilevazioni, invero statistiche, individuate a partire dal 25 marzo 2003 dai Decreti trimestrali del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Lo schema di ragionamento è chiaro: «Gli interessi di mora sono esclusi dal calcolo del TEG (...), ma giacché «anche gli interessi di mora sono soggetti alla normativa anti-usura», «[p]er evitare il confronto tra tassi disomogenei (TEG applicato al singolo cliente, comprensivo della mora effettivamente pagata, e tasso soglia che esclude la mora)» si deve considerare (non è chiaro come) la separata rilevazione¹⁵. All'inizio dello scorso anno l'ABF ha intorbidito ulteriormente lo scenario. Con il “responso” n. 125 il Collegio di Napoli disattende sia la Banca d'Italia sia il Supremo Collegio. Da una parte afferma infatti che la maggiorazione del 2,1% non appare utilizzabile in vista del giudizio di usurarietà. E ciò per almeno tre condivisibili ordini di ragione: *i*) si tratta di una indagine statistica effettuata a meri fini conoscitivi; *ii*) tale rilevazione non è sufficiente a declinare la norma penale in bianco contenuta nell'art. 644, comma 3, c.p.; *iii*) il dato è “storicizzato” e negli anni non è stato aggiornato. Dall'altra, però, in rotta di collisione con il Supremo Collegio, ritorna sullo snodo essenziale e afferma che «non si può porre in relazione la misura degli interessi moratori con il c.d. tasso soglia (...)» dacché «non sono raffrontabili due elementi disomogenei»¹⁶. Orientamento confermato dopo tre mesi dal Collegio di Coordinamento dell'ABF con la decisione 28 marzo 2014, n. 1875

¹⁴ Si veda A.A. DOLMETTA, *A commento della comunicazione della Banca d'Italia 3.7.2013: usura e interessi moratori*, in www.ilcaso.it, II, 2013.

¹⁵ Si tratta a ben guardare di una metodologia «per la valutazione dei casi concreti condotta dalla magistratura ma non ne vincola le decisioni». L'imprescindibile esigenza di omogeneità di confronto è argomento persuasivo ma non determinante. A contrario, si dovrebbe escludere dal calcolo del TEG per la verifica dell'usura ogni nuovo onere, non contenuto nello stesso TEG, impiegato per la determinazione del TEGM. Agevolando, per tale via, comportamenti sperequativi, come la ridefinizione o la sostituzione di alcuni oneri al solo fine di escluderli dal calcolo del tasso.

¹⁶ Gli argomenti utilizzati appaiono solidi e muovono essenzialmente dalla diversa funzione degli interessi corrispettivi e moratori. Si veda M. SEMERARO, *Interessi moratori e usura. A proposito di Abf Napoli*, n. 125/2014, in *Riv. dir. banc.*, cit.

che, senza mezzi termini, valuta »la tesi della equivalenza tra interessi moratori ed interessi corrispettivi come insostenibile«¹⁷.

A complessificare lo scenario la più recente giurisprudenza di merito che, sulle orme delle decisioni del Giudice di legittimità, include gli interessi di mora nelle voci economiche rilevanti ai fini del calcolo dell’usura ma addolcisce la gravità delle conseguenze sanzionando con la nullità *ex art. 1815 c.c.* solo la previsione pattizia relativa al tasso da inadempimento¹⁸. Questo lo stato dell’arte¹⁹.

In materia va però segnalato almeno un altro punto. Mi riferisco in particolare all’usura sopravvenuta, nell’accezione più recente, ovvero la verifica dell’usurarietà delle condizioni contrattuali rispetto al tasso soglia con riguardo a un momento successivo rispetto a quello della conclusione del contratto²⁰. Che il momento rilevante per la verifica dell’usura fosse

¹⁷ La tesi della natura omogenea degli interessi (corrispettivi e moratori) in funzione reintegrativa è stata invero sostenuta da giuristi illustri. Si vedano M. LIBERTINI, voce *Interessi*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1972, 98 ss.; B. INZITARI, *La moneta*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, Padova, 1983, VI, 206 ss., E. QUADRI, *Le obbligazioni pecuniarie*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, IX, Torino, 1984, 534 ss. Sul tema della qualificazione degli interessi si veda M. SEMERARO, *Interessi monetari e frutti civili: osservazioni a margine di alcune fattispecie*, in *Giust. civ.*, 2012, 411 ss.

¹⁸ Si vedano, fra tante, Trib. Milano, 28 gennaio 2014, Trib. Napoli, 28 gennaio 2014, Trib. Trani, 10 marzo 2014, Trib. Napoli, 15 settembre 2014, Trib. Venezia, 15 ottobre 2014 e Trib. Taranto, 17 ottobre 2014, Trib. Napoli, 14 maggio 2015, Trib. Trento, 7 maggio 2015, tutte in *Riv. dir. banc.*, sez. giur. È curioso osservare che a fronte di un’impostazione comune in punto di validità, gli esiti sul piano restitutorio sono variabili. Ad esempio, le pronunce citate ritengono che siano dovuti solo gli interessi corrispettivi, purché pattuiti nel rispetto del tasso soglia. Altra giurisprudenza, per contro, accertata la nullità della clausola, dispone la restituzione di tutti gli interessi, siano essi moratori o corrispettivi; così App. Venezia, 18 febbraio 2013 e Trib. Padova, 13 maggio 2014, entrambe in *Riv. dir. banc.*, sez. giur., cit.

¹⁹ Senza peraltro considerare la tesi suggestiva, ma decisamente non convincente, della sommatoria del tasso moratorio finito (non dello *spread*) con il tasso corrispettivo. Questo aspetto è stato invero evidenziato dai Collegi dell’ABF che in più occasioni hanno considerato erronea la somma tra interessi corrispettivi e moratori ai fini della verifica di pattuizioni usurarie; cfr. ABF Collegio di Roma, 17 gennaio 2014, n. 260; ABF Collegio di Coordinamento, 28 marzo 2014, n. 1875; ABF Collegio di Milano, 3 giugno 2014, n. 3577. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Trib. Napoli, 18 aprile 2014; Trib. Verona, 28 maggio 2014; Trib. Torino, 10 giugno 2014; Trib. Sciacca, 13 agosto 2014; Trib. Pistoia, 2 luglio 2015; Trib. Reggio Emilia, 24 febbraio 2015, tutte in www.expartecreditoris.it. Ma cfr. Trib. Parma, 25 luglio 2014, in *Riv. dir. banc.*, sez. giur., secondo cui gli interessi moratori si sommano a quelli corrispettivi se il contratto non prevede che siano sostitutivi. Più radicale ancora M. RONDINELLI, *Appunti e spunti in tema di usura contrattualizzata nei contratti di mutuo (e non solo) a margine dell’Ordinanza del Tribunale di Milano del 28/01/2014*, in *Riv. dir. banc.*, 3, 2014, per il quale gli interessi di mora si sommano ai corrispettivi, sempre e comunque.

²⁰ Di usura sopravvenuta si è parlato in diversa accezione con riferimento ai contratti in corso al momento dell’entrata in vigore della legge n. 108 del 1996, ma perfezionati antecedente-

quello della conclusione del contratto non sembrava in discussione alla luce del tenore letterale dell'art. 1 della legge 28 febbraio 2001, n. 24 là dove stabilisce che «ai fini dell'applicazione dell'art. 644 codice penale e dell'art. 1815, secondo comma, del codice civile, si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, *indipendentemente dal momento del loro pagamento*». Di fronte alla chiarezza del dettato normativo, il Collegio di Milano dell'ABF chiamato a pronunciarsi su un'ipotesi di usura sopravvenuta rigettava nel merito la domanda: «(...) gli interessi, che al momento della stipula del contratto che li contempla non sono usurari, non possono in alcun modo divenirlo in un momento successivo. Ciò si evince chiaramente [oltre che dalla legge richiamata] anche dal disposto dell'art. 1815, comma 2, c.c., che commina la nullità, originaria, della clausola con cui sono convenuti interessi usurari»²¹. Ma anche su questo profilo manca unitarietà di vedute. Sulle orme della sentenza della Cassazione dell'11 gennaio 2013, n. 892, chiamata a pronunciarsi sulla diversa questione di *ius superveniens* con riguardo a un rapporto di conto corrente sorto prima dell'emanazione della legge anti-usura ma non ancora esaurito nella vigenza della nuova normativa, il Collegio di Napoli dà cittadinanza all'istituto stabilendo «l'inopponibilità al cliente di tassi eccedentari rispetto alla norma imperativa, non potendo l'ordinamento ammettere il pagamento di interessi in misura superiore al tasso soglia trimestralmente rilevato»²². Decisione che enfatizza, fra l'altro, alcuni passaggi di una Comunicazione della Banca d'Italia del 20 aprile 2010 che, nell'ambito di approfondimenti sul comparto del credito *revolving* concesso attraverso l'emissione di carte di credito, riscontra talune anomalie con riguardo all'inosservanza della normativa in tema di usura nelle ipotesi «di addebito alla clientela di interessi e altri oneri complessivamente superiori

mente. Sul tema si veda A. GENTILI, *Usurarietà sopravvenuta e interpretazione autentica del diritto giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2002, cc. 933 ss.; A. QUARANTA, *Usura sopravvenuta e principio di proporzionalità*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, II, 491 ss. Recentemente F. GAMBINO, *L'usura «sopravvenuta» e l'indigenza del dato positivo*, in *Giust. civ.*, 2014, 885 ss. In giurisprudenza si vedano Trib. Taranto, 25 giugno 2013, Trib. Napoli, 18 ottobre 2013, Trib. Napoli, 8 luglio 2013, in *Riv. dir. banc.*, sez. giur.

²¹ ABF Collegio di Milano, 18 ottobre 2011, n. 2184.

²² ABF Collegio di Napoli, 3 aprile 2013, n. 1796.

alla soglia di usura (...) senza che sia intervenuto un blocco automatico delle procedure informatiche»; sollecitando così gli intermediari ad assicurare «tramite le competenti funzioni aziendali, che le procedure operative e i sistemi di controllo garantiscano il pieno rispetto della normativa civilistica e di quella in materia di usura». Anche il Collegio dell'ABF non ha tardato a intervenire sul tema con la decisione 10 gennaio 2014, n. 77 individuando nel criterio generale della buona fede oggettiva la risposta all'usura sopravvenuta determinata dalla diminuzione dei tassi di mercato. Si tratta, in sintesi, di rinegoziare il contratto e ricondurre il tasso regolato entro il tasso soglia anti-usura.

2.2. - Anatocismo bancario.

Un posto di primo piano nella storia delle opposizioni spetta alla pratica della capitalizzazione degli interessi. La storia dell'anatocismo è la Storia delle contraddizioni del bancario. Solo allo spirare del millennio la giurisprudenza, invertendo rotta, statuiva la natura di uso negoziale, invece che normativo, delle clausole anatocistiche previste dalle Norme Bancarie Uniformi, dichiarandone conseguentemente la nullità per violazione dell'art. 1283 c.c.²³. Dietro la retorica della natura dell'uso si celava invero la reazione a una pratica sperequativa che consentiva alla banche di capitalizzare trimestralmente gli interessi passivi e solo annualmente quelli attivi. Non a caso il legislatore delegato ha modificato il Testo Unico Bancario legittimando la capitalizzazione composta, a condizione di reciprocità²⁴. A malgrado di tale intervento lo scontro si è accentuato con riguardo alla gestione del pregresso. Il maldestro tentativo di sanatoria sostenuto dal legislatore per non compromettere la “stabilità del sistema” ha avuto esito infastidito e non ha passato indenne il vaglio di costituzionalità.

²³ Cfr. Cass. 16 marzo 1999 n. 2374, nonché 30 marzo 1999, n. 3096, in *Giust. civ.*, 1999, I, 301. Cfr. anche Cass. 11 novembre 1999, n. 12507, in *Foro it.*, 2000, I, c. 451; Cass. 17 novembre 2000, n. 14899, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3099.

²⁴ L'art. 120 TUB ha demandato al CICR, che vi ha provveduto con delibera 9 febbraio 2000, il compito di definire modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi scaduti nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria e finanziaria.

lità²⁵. Il travagliato percorso iniziato nel 1999 viene portato a termine nel 2010 quando le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno definitivamente stabilito che il termine della prescrizione dell'azione di ripetizione decorre da quando le somme indebitamente corrisposte diven-
gono concretamente esigibili, ovvero: *i)* nel caso di versamento avente natura solutoria; *ii)* alla chiusura del rapporto di conto corrente – trattan-
dosi di un contratto unitario che dà luogo a un unico rapporto giuridico – in presenza di versamenti con funzione ripristinatoria. Ancora una volta il legislatore interviene con una norma di protezione del *sistema* stabilendo che «in ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente, l'art. 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto corrente inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa. In ogni caso non si fa luogo alla restitu-
zione di importi già versati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». Ancora una volta la Corte Costituzio-
nale boccia, senza riserva, il legislatore: «l'efficacia retroattiva della deroga rende asimmetrico il rapporto contrattuale (...) e finisce per ridurre irra-
gionevolmente l'arco temporale disponibile per l'esercizio dei diritti na-
scenti dal rapporto»²⁶.

La storia dell'anatocismo non si esaurisce negli episodi richiamati. La Corte Costituzionale è stata sollecitata più volte, senza successo, a giudi-
care la legittimità dell'art. 120, comma 2, TUB. Numerosi profili tecnici non hanno inoltre trovato una chiara soluzione, e vivono nell'ambiguità di orientamenti giurisprudenziali variabili. Penso alle tecniche di adeguamento dei contratti stipulati in epoca anteriore al 30 giugno 2000, alle condizioni operative del criterio della reciprocità, alle modalità di capita-
lizzazione degli interessi a seguito della dichiarata nullità della clausola anatocistica, agli effetti della novazione (del finanziamento) quale evento estintivo per determinare il *dies a quo* della prescrizione dell'azione di ripetizione, ecc.

²⁵ Il d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342, con una norma transitoria, faceva salve le clausole di capitalizzazione trimestrale contenute nei contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina. La norma è stata dichiarata incostituzionale per eccesso di delega con la sentenza 9-17 ottobre 2000, n. 425, in G.U. 25 ottobre 2000, n. 44, Serie speciale.

²⁶ Corte cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *Contratti*, 2012, 6, 445 ss.

Come è stato osservato recentemente, «l'effetto pratico dell'intera vicenda è (...) un contenzioso straripante per il passato (...)» anche se «nell'angolatura del riscontro, la materia sembra – per l'oggi, come anche per il domani – stanca»²⁷. A ben guardare però il recente intervento della legge di stabilità 2014 – là dove esclude che gli interessi periodicamente capitalizzati possano produrre altri interessi e stabilisce che, nelle operazioni contabili successive, gli interessi siano calcolati esclusivamente sulla sorte capitale – sembra rinvigorire il dibattito. Le ambiguità della novella sollecitano nuovi interrogativi ed assicurano, per il futuro come per il passato, un contenzioso senza soluzione di continuità²⁸.

Si può proseguire senza sosta con la casistica delle contraddizioni. La disomogeneità della base e delle modalità di applicazione delle commissioni di affidamento; lo studio sulla natura delle commissioni di massimo scoperto e la giustificazione per la loro applicazione; l'evoluzione del potere di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali e, più in generale, lo spazio applicativo del *ius variandi*. E via di questo passo²⁹.

²⁷ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 339.

²⁸ Si veda il comma 629 della legge 27 dicembre 2013, n. 147, in G.U. 27 dicembre 2013. È interessante notare che per rimediare alle palmari ambiguità della disposizione richiamata, il c.d. Decreto competitività (d.l. 24 giugno 2014, n. 91, in G.U. 24 giugno 2014) aveva modificato nuovamente l'art. 120, comma 2, TUB stabilendo che il CICR prevede «modalità e criteri per la produzione, con periodicità non inferiore a un anno, di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni disciplinate ai sensi del presente Titolo. Nei contratti regolati in conto corrente o in conto di pagamento è assicurata, nei confronti della clientela, la stessa periodicità nell'addebito e nell'accrédito degli interessi, che sono conteggiati il 31 dicembre di ciascun anno e, comunque, al termine del rapporto per cui sono dovuti interessi; per i contratti conclusi nel corso dell'anno il conteggio degli interessi è comunque effettuato il 31 dicembre». Vieppiù la disposizione assicurava continuità applicativa alla delibera del CICR del 9 febbraio 2000 fino all'entrata in vigore della nuova normativa di secondo livello. Le Camere non hanno avuto la forza di convertire il decreto in legge. Non a caso i primi precedenti sul tema dimostrano divergenze di opinioni. Si vedano a titolo esemplificativo Trib. Milano, 8 agosto 2015, Trib. Milano, 1 luglio 2015, nonché Trib. Torino, 5 agosto 2015, Trib. Torino, 16 giugno 2015, in *Riv. dir. banc.*, sez. giur.

²⁹ Si pensi, ancora, alle incerte conseguenze della violazione del limite di finanziabilità, pari all'80% del valore dell'immobile ipotecato, nel credito fondiario *ex art. 38 TUB*. Come è noto, la questione sembrava risolta a seguito della intransigente posizione della Corte di Cassazione con sentenza 28 novembre 2013, n. 26672, in *Riv. dir. banc.*, sez. giur., secondo cui: «il limite di finanziamento dei mutui fondiari [...] è] norma volta ad impedire che le banche si espongano oltre un limite di ragionevolezza a finanziamenti a favore di terzi che, se non adeguatamente garantiti, potrebbero portare a possibili perdite di esercizio. Tale disposizione imperativa non incide però sul sinallagma contrattuale ma investe esclusivamente il comportamento della banca tenuta ad attendersi al limite prudenziale stabilito dall'art. 38, comma 2, del TUB e dalla circolare del Cier del 1995. Le disposizioni in questione non

Quanto detto a proposito dell’usura e dell’anatocismo è tuttavia sufficiente a chiarire a mo’ di esempio le caratteristiche del sistema giuridico bancario. Un sistema plastico in cui convivono diversi modelli e ove il veicolo del cambiamento giuridico è governato dalla strategia delle opposizioni. Ci viene consegnato un *puzzle* composto da elementi mobili, che può essere interpretato solo considerando il variare dei rapporti di forza tra (e nei) formanti.

Non vi è istituto o regola del bancario che può essere compresa senza considerare questa dinamica.

3. - Delimitazione dell’indagine.

Delineata la prospettiva di analisi è opportuno limitare il campo di indagine. L’idea è di soffermare l’attenzione sui due momenti essenziali del rapporto giuridico, ovvero la fase della concessione del finanziamento (: la fase costitutiva) e quella dell’interruzione (: la fase estintiva), ponendo in quest’ultimo caso l’accento sui conseguenti doveri di segnalazione in Centrale dei rischi.

582

Il tema è un ottimo banco di prova. Gli esiti dell’analisi dimostrano infatti l’agire dei formanti e il modo di elaborazione dei dati giuridici propri del settore. Anche da un primo studio della materia si notano delle vere differenze operazionali, apparentemente inconciliabili, veicolate da una terminologia tipica della tecnica bancaria. È altresì interessante osservare che alcune regole sono il risultato di un fenomeno di circolazione di modelli tra diversi ordinamenti giuridici. Ma i trapianti sono sempre stati all’ordine del giorno nel bancario e non si intende, in questa sede, comprenderne la dimensione.

appaiono quindi volte ad inficiare norme inderogabili sulla validità del contratto ma appaiono norme di buona condotta la cui violazione potrà comportare l’irrogazione delle sanzioni previste dall’ordinamento bancario, qualora ne venga accertata la violazione a seguito dei controlli che competono alla Banca d’Italia, nonché eventuale responsabilità, senza ingenerare una causa di nullità, parziale o meno, del contratto di mutuo». Senonché l’orientamento del Supremo Collegio è stato recentemente smentito da Trib. Firenze, 30 ottobre 2014, in *Riv. dir. banc.*, sez. giur., per il quale la disposizione che determina il limite di finanzierabilità è norma imperativa, la cui violazione determina nullità del contratto. Sul tema si veda M. FARINA, *Superamento del limite di finanzierabilità e (nullità del) credito fondiario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, I, 534 ss.

Prima di affrontare l'argomento può essere utile svolgere alcune riflessioni introduttive.

Il finanziamento bancario assicura adeguato capitale all'attività e costituisce dunque momento essenziale dell'organizzazione dell'impresa³⁰. È facile constatare che esso diventa decisivo per le imprese in difficoltà, che hanno cioè subito il calo della produzione industriale. Nella prospettiva di un rafforzamento in questa direzione a sostegno all'economia si muovono tutte le Istituzioni del Paese. Non vi è occasione in cui Presidente della Repubblica, Parlamento, Governo, Banca d'Italia, Associazioni di categoria rilevino la necessità di un'espansione del credito. Al di là della retorica, tuttavia, se si sfoglia letteratura e giurisprudenza sul tema, non si tarda a constare un regime giuridico di netto sfavore nei confronti delle banche che concedono credito alle imprese in crisi: che le mantengono insomma artificiosamente in vita. Con inconsueto successo, viene importato dalla Francia e veicolato nel nostro ordinamento dal formante giurisprudenziale un'originale fattispecie di responsabilità civile nota come "concessione abusiva di credito"³¹. In veloce sintesi, la banca che concede (o non revoca) un finanziamento a un'impresa in difficoltà è responsabile nei confronti dei terzi incolpevoli che hanno fatto affidamento sulla futura solvibilità del debitore (cfr. *infra*). Erogare (o non revocare) un finanziamento è allora condotta rischiosa, da evitare. Tuttavia, anche la mancata concessione di un finanziamento può presentare, almeno apparentemente, numerose insidie. L'applicazione dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione dei contratti si traduce in un obbligo a carico delle banche di integrare un finanziamento rivelatosi insufficiente alle esigenze del debitore. Non solo. È altresì configurabile un obbligo di fare credito a carico della banca nel momento dell'instaurazione del rapporto, almeno se il debitore sia "meritevole". In questa prospettiva si muove la

583

³⁰ Sul ruolo del credito come elemento determinativo dello sviluppo si veda F. VELLA, *L'esercizio del credito*, Milano, 1990 che ripercorre le teorie storiografiche ed economiche sull'intimità del rapporto tra attività produttiva e creditizia.

³¹ Si veda Cass. comm. 7 gennaio 1976, in *Rev. soc.*, 1976, 126 ss. Cfr. A. BRUNET, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit*, in *Dir. banc.*, 1998, 318 ss., nonché W. ABOU NADER, *Responsabilité du Banquier dispensateur de crédit: l'obligation de mise en garde*, Sarrebruck, 2011.

legge 18 maggio 2012, n. 62 allo scopo precipuo di migliorare l'accesso al credito delle imprese e delle famiglie (cfr. *infra*).

La fase di interruzione del rapporto e quella successiva vivono le stesse ambiguità. Recedere da un finanziamento espone la banca – pur titolare *ex lege* del diritto di impugnazione *ad libitum* – all'obbligo di risarcire il danno patito dal cliente là dove il recesso sia “brutale”, per usare un'espressione diffusa nel lessico giurisprudenziale sulle orme dei giudici d’oltralpe (: *rupture inopinée et brusque de crédit*). Non recedere da un finanziamento, o continuare a contrarre con un debitore in difficoltà, può integrare tuttavia gli estremi di una condotta omissiva fonte di obbligazioni risarcitorie extracontrattuali nei confronti degli altri operatori del mercato che hanno, per l'appunto, confidato nella solidità finanziaria del debitore. In ordine poi alla messa a “sofferenza” di una posizione in Centrale Rischi l’Autorità di Vigilanza dà indicazioni affinché il debitore moroso venga tempestivamente segnalato, senza riserve se «in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili». D'altronde è il Testo Unico Bancario che prevede l’irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie per violazione degli obblighi di comunicazione al servizio di centralizzazione. Servizio, è bene ricordare, che contribuisce a realizzare la sana e prudente gestione da parte degli intermediari partecipanti e quindi l’obiettivo della stabilità, efficienza e competitività del sistema finanziario. Per converso, la giurisprudenza richiama gli operatori alla cautela, riconoscendo al cliente leso il diritto a ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali per aver visto limitato il proprio diritto a svolgere l’attività di impresa, o compromesso la propria immagine e reputazione economica e personale o, ancora, per essersi visto precluso l’accesso all’ulteriore credito ovvero compromesso i rapporti di finanziamento in essere. La stella polare è quella della buona fede e gli interessi pubblicistici passano in secondo piano di fronte a un vero e proprio diritto soggettivo del cliente a non essere pregiudicato da una illegittima segnalazione ³².

Il quadro è tracciato.

³² Così Cass., sez. un., 28 marzo 2006, n. 7037 in *Danno e resp.*, 2006, 677.

4. - Sana e prudente gestione quale criterio di determinazione della condotta del *bonus argentarius*.

Come si è avuto modo di ricordare, legislatore delegato e Banca d’Italia hanno fatto della sana e prudente gestione il principio cardine della normativa³³. L’attenzione al rischio, in particolare, rappresenta il criterio essenziale che informa il «governo del credito» in tutte le fasi che lo caratterizzano³⁴. È infatti il rischio che il cliente risulti «inadempiente prima del regolamento definitivo dei flussi finanziari di un’operazione» il baricentro dell’organizzazione e dell’attività bancaria. È sufficiente sfogliare le Disposizioni di vigilanza per cogliere questo aspetto. L’intero processo di gestione del rischio di credito deve essere definito da un regolamento interno, periodicamente aggiornato, conformemente alle linee operative dettate dall’Autorità di Vigilanza. E così per la fase istruttoria, di erogazione, di monitoraggio, di gestione delle esposizioni deteriorate, ecc. Anche l’utilizzo di rating rilasciati da soggetti esterni riconosciuti dalla Banca d’Italia (*External Credit Assessment Institution*, noti con l’acronimo ECAI) non esaurisce il processo di valutazione di merito di credito che le banche devono effettuare nei confronti dei clienti (*rating interno*)³⁵. Nella fase istruttoria, quella cioè che determina un istituto a erogare o meno un finanziamento, deve essere svolta una accurata e completa «valutazione del merito di credito del predebitore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto. La documentazione deve consentire di valutare la coerenza tra importo, forma tecnica e progetto finanziato; essa deve inoltre permettere l’individuazione delle caratteristiche e della qualità del predebitore, anche alla luce del complesso delle relazioni intrattenute»³⁶.

585

³³ S. AMOROSINO, *La vigilanza sulle banche nel t.u. ed il ruolo della Banca d’Italia*, in *Bancaria*, 1994; S. DE ANGELI-M. ORIANI, *La sana e prudente gestione delle banche*, in *Bancaria*, 1995; C. LAMANDA, *Le finalità della vigilanza*, in P. FERRO-LUZZI-C. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria. Il t.u. delle leggi sull’intermediazione bancaria e creditizia e le disposizioni di attuazione*, Milano, 1996, 157 ss.; R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, Bologna, 2012.

³⁴ Si vedano le Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche, Circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 – 15° aggiornamento del 2 luglio 2013.

³⁵ Cfr. Comunicazione del 30 dicembre 2008. Valutazione del merito di credito, in *Bollettino di Vigilanza*, n. 12, dicembre 2008.

³⁶ Così le *Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*, cit.

Se controparte è un'impresa l'analisi si estende ai dati di bilancio e a ogni informazione relativa alla situazione aziendale anche prospettica, come l'analisi del così detto *business plan*, la valutazione dei mercati di settore, di sbocco e fornitura, ecc. Se invece è consumatore alle informazioni fornite dallo stesso cliente, ovvero ottenute consultando una banca dati pertinente (art. 124-bis TUB).

Si tratta di valutazioni, come è agevole comprendere, che lasciano margini di discrezionalità tecnica all'intermediario e che sono funzionali a preservare la stabilità della banca e la competitività del mercato bancario nel suo complesso. La declinazione delle regole di secondo livello è infatti orientata a misurare e quindi contenere il rischio nelle sue diverse configurazioni [art. 53, comma 1, lett. b), TUB]. Vero è che «le banche mantengono costantemente, quale requisito patrimoniale in relazione ai rischi di perdita per inadempimento dei debitori (rischio di credito), un ammontare del patrimonio di vigilanza pari ad almeno l'8 per cento delle esposizioni ponderate per il rischio» (Titolo II, cap. 1, sez. II).

586

Di qui la necessità di operare “scelte di erogazione” avendo quale unico obiettivo la tutela della stabilità e dell’efficienza allocativa. Obiettivo tutelato efficacemente in sede di vigilanza ispettiva da un rigorosissimo sistema sanzionatorio a maglie strette che, in prospettiva di deterrenza, costituisce un robusto incentivo alla prudenza o meglio (certamente è il caso delle imprese in difficoltà) all’astensione.

Nonostante il (rispetto del) coefficiente richiamato e, più in generale, la regola della sana e prudente gestione non incidano, secondo qualificata dottrina, sulla validità dei contratti stipulati³⁷, è pacifco che il sistema di vigilanza delimiti la libertà operativa degli intermediari bancari e, nella prospettiva dell’attività, determini lo standard comportamentale del banchiere avveduto. Un banchiere cauto, un banchiere ingessato, che nell’agire individuale deve sempre anteporre le esigenze primarie di stabilità della banca e di protezione del sistema. Non vi è però chi non intraveda il limite di questo modello che pone l’accento esclusivamente sulle tecniche

³⁷ R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, cit. Contra A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 47-48 e 133 ss., il quale attribuisce valore (anche) negoziale alla clausola generale di impresa della sana e prudente gestione.

di misurazione, contenimento e gestione del rischio connaturato all'attività creditizia. Non si considerano invece i bisogni da soddisfare, i diritti da tutelare, trascurando la funzione sociale ultima cui è orientata l'erogazione del credito, che è funzione costituzionale³⁸.

5. - Diritto soggettivo al credito: l'alibi della sana e prudente gestione.

È in questo contesto che prende forma e si consolida tra gli interpreti, nell'oggi come nel passato, quella radicata direttiva politica che nega l'esistenza nel nostro ordinamento di un "diritto soggettivo al credito"³⁹. L'erogazione di un finanziamento dipende dalla benevolenza del finanziatore, dalla sua saggia e prudente valutazione, che resta affidata alle *determinazioni unilaterali* della banca⁴⁰.

Negare l'accesso al credito – anche in presenza di un ottimo merito creditizio del richiedente – sarebbe quindi un atto di libertà non sindacabile in quanto tale, con la conseguenza che «errori di valutazione che conducano a rifiutare affari oggettivamente profittevoli trovano la loro sanzione nella perdita di quote di mercato (...). D'altronde, «un obbligo generale di far credito è certamente estraneo allo statuto delle imprese bancarie, la cui attività deve ispirarsi ai principi di una “sana e prudente gestione” e deve essere esercitata avendo riguardo “alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario” (arg. *ex art. 5 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385*)»⁴¹.

Il percorso argomentativo si sviluppa su due strade principali: una attiene all'interesse alla solidità del sistema bancario che prevale sull'interesse dei privati; l'altra, attiene al giudizio che la banca è chiamata a svolgere e che

³⁸ Cfr. F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione. Rapporti economici*, III, *Artt. 45-47*, Bologna-Roma, 1980, 153 ss.

³⁹ Si veda P. ABBADESSA, voce *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 529 ss., secondo il quale «l'obbligo di far credito è estraneo allo statuto dell'impresa bancaria» (p. 531), giacché siffatto obbligo «per quanto corretto in modo da escludere le operazioni manifestamente rischiose, sarebbe, infatti, in radicale contrasto con il ruolo tipico (selettivo) che in un'economia di mercato la banca è chiamata a svolgere rispetto al processo di allocazione ottimale delle risorse» (p. 531). Si veda anche N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, Torino, 1983.

⁴⁰ ABF Collegio di Roma, 30 novembre 2012, n. 4044.

⁴¹ ABF Collegio di Milano, 21 febbraio 2013, n. 995. Si veda anche ABF Collegio di Milano, 8 febbraio 2013, n. 756.

si articola in una valutazione selettiva del merito creditizio dei potenziali prenditori.

Fin qui il ragionamento appare condivisibile. Maggiori perplessità destano gli esiti che se ne traggono sul piano del diritto vivente. Ovvero: l'erogazione del credito risponde a criteri di economicità propri di ogni imprenditore con la conseguenza che la banca è autonoma nel decidere se (e con chi) contrattare. Tale autonomia è estranea alle valutazioni degli organi che decidono secondo diritto, è insomma insindacabile. Giudici e collegi dell'Abf non hanno «alcun potere di entrare nel merito delle decisioni che sono riservate all'autonomia delle *parti*»⁴² (*sic*).

A ben vedere, però, un conto è considerare il criterio della stabilità del sistema, filtrato dall'analisi di merito creditizio del cliente, come prevalente nel giudizio di bilanciamento di interessi nell'ambito del rapporto (sociale e non necessariamente qualificato: aspettativa al credito vs solidità del sistema). Un conto ben diverso, è utilizzare lo stesso criterio come alibi di insindacabilità del processo di prevalenza. Una volta che sia stata ancorata a parametri oggettivi, la valutazione del merito non può comunque essere estromessa dal controllo finalizzato a valutarne la legittimità.

Su un piano diverso, direi complementare, va invece collocato il giudizio di correttezza che attiene alla fase (qualificata) precontrattuale e si sviluppa prevalentemente sull'architrave dell'informazione. La *culpa in contrahendo* non scioglie, all'evidenza, il nodo interpretativo richiamato che, come si avrà modo di dimostrare, si presenta con diverse ripiegature nell'analisi dello statuto del credito.

6. - (Segue): adeguatezza dei finanziamenti e valutazione del merito di credito.

Da diversa angolazione, il dovere di valutazione del merito di credito è stato considerato in letteratura strumento di protezione del cliente in punto di “adeguatezza” del finanziamento⁴³. Qualora cioè il merito di credito del cliente non sia “adeguato” al finanziamento richiesto l'inter-

⁴² Testualmente, ABF Collegio di Roma, 30 novembre 2012, n. 4044, nostro il corsivo.

⁴³ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 133 ss.

mediario non potrà dare seguito all'operazione, esponendosi diversamente a responsabilità (pre)contrattuale. Così delineata si tratterebbe di una regola di condotta (o di astensione?) che consegna al cliente un rimedio di tipo risarcitorio (o reale?)⁴⁴.

I termini della questione non cambiano e la diligenza qualificata, di sana e prudente gestione, si traduce pur sempre in un «obbligo, di rilevanza anche pubblicistica, che impone all'intermediario di adottare *tutte le cautele* suggerite dalle circostanze del caso concreto»⁴⁵. Questo rilievo, in prospettiva funzionale, conferma la lettura data (quella cioè degli incentivi all'immobilismo) alla luce di un nuovo fattore di dissuasione connesso alla valenza deterrente della sanzione attesa (c.d. “*expected liability costs*”).

Il punto essenziale nello sviluppo del ragionamento non attiene però alla natura e agli effetti del rimedio. In specie, si tratta di capire come si articola un eventuale giudizio di censura di inadeguatezza del finanziamento. Nel soleco di una ricca esperienza casistica che è venuta a maturare nel settore contiguo dei servizi di investimento sembra potersi affermare che siffatta valutazione vada condotta *ex post* dal magistrato sulla scorta di tutti i criteri (normativi) utilizzati *ex ante* dalla banca. E si tratta, all'evidenza, di una valutazione che attiene al merito delle determinazioni unilaterali dell'intermediario.

A mio parere allora sia la mancata erogazione di un finanziamento, sia l'erogazione di un finanziamento inadeguato sono condotte censurabili in punto di valutazione del merito di credito, che non dovrebbero dunque essere prerogativa insindacabile del finanziatore. La linea di confine tra discrezionalità e arbitrarietà è sottile e l'apparato motivazionale è semplicemente un utilissimo indice nella valutazione della condotta⁴⁶.

⁴⁴ Una conferma in tal senso deriva, con specifico riguardo ai consumatori, dalla collocazione sistematica dell'art. 124-bis TUB nella sezione dedicata agli obblighi (pre)contrattuali.

⁴⁵ ABF Collegio di Napoli, 11 maggio 2012, n. 1499, enfasi aggiunta.

⁴⁶ Come è stato acutamente osservato da ABF Collegio di Roma, 14 gennaio 2013, n. 289: «La rilevanza dell'aspetto motivazionale nei rapporti con la clientela trova infatti esplicito riscontro nel disposto dell'art. 127, comma 1, TUB, come introdotto dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che dispone: “Le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'art. 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela. A questi fini possono essere dettate anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni”, così sancendo il *punto di congiunzione e mediazione tra le esigenze di efficienza e stabilità del sistema, di cui al richiamato art. 5 TUB, con quelle di tutela della clientela*» (nostro il corsivo).

7. - (Segue): concessione abusiva del credito.

Le conclusioni rassegnate nei paragrafi precedenti trovano conferma nell’istituto della concessione abusiva del credito.

Si tratta di un modello sofisticato di illecito aquiliano per false informazioni al mercato. La condotta censurata si identifica nella violazione delle regole a presidio delle corretta erogazione dei finanziamenti, nella «omissione della gamma di cautele imposte alle aziende che esercitano il credito»⁴⁷. La banca che eroga un finanziamento dà una precisa informazione al mercato circa la solvibilità del debitore, e ciò in ragione di una corretta analisi del merito creditizio. I terzi incolpevoli possono dunque fare legittimo affidamento sulla solvibilità del debitore e determinarsi, per tale via, a instaurare con esso nuove relazioni d'affari o a proseguire quelle in essere. L'accertata violazione delle specifiche regole bancarie poste a presidio della corretta erogazione del finanziamento può essere invero fonte di danno nella misura in cui il protrarsi nel tempo del debito conduce a un impoverimento del patrimonio sociale e dunque a una minor soddisfazione del creditore. La rilevanza extracontrattuale dell'illecito ha indotto gli interpreti ad investigare, sotto diverse angolature, le questioni tipiche del “modello atipico”: condotta colposa, nesso di causalità, danno ingiusto.

Coerentemente a una lettura tradizionale del sistema dell'imputazione, la colpa del banchiere costituisce il generale criterio ordinante della responsabilità di cui si discute⁴⁸. È la diligenza a definire il comportamento dell'agente e delimitare, a contrario, l'antigiuridicità in caso di inosservanza delle norme bancarie e delle Istruzioni dell'Autorità di Vigilanza⁴⁹. La valutazione del rispetto delle regole richiamate consente di valutare il comportamento che nella specie doveva essere tenuto dalla banca alla luce

⁴⁷ Testualmente, Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994, II, 412, con nota di B. INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*.

⁴⁸ Nonostante le sollecitazioni della dottrina, la giurisprudenza è rimasta ancorata al modello della *culpa in omitendo*, preferendolo alla responsabilità (contrattuale) da posizione. Si veda C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi scendenti dal proprio "status"*, in *Giur. it.*, 1995, II, 284; M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 39 ss.

⁴⁹ S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 1, 2009, 65 ss.

della conoscenza o della conoscibilità dello stato di insolvenza dell'impresa finanziata. L'ipotesi di responsabilità si colloca insomma nell'ambito della colpa specifica ed è «facilmente individuabile nella violazione delle norme (...) create proprio al fine di agevolare lo *scoring* delle domande creditizie ed il *monitoring* delle posizioni»⁵⁰.

Beninteso, la violazione della normativa non vale di per sé come colpa fondante la responsabilità per concessione abusiva di credito dacché è necessario il nesso causale tra l'inosservanza della legge e l'evento dannoso. È facile tuttavia intravedere la correlazione tra la condotta determinata dalla norma, che nella specie deve essere tenuta dalla banca, rispetto al danno eventualmente cagionato. E in ogni caso anche la deviazione da un modello generico di diligenza del *bonus argentarius* condurrebbe ad esiti analoghi in punto di giudizio di difformità. La colpa generica consiste in un comportamento cosciente del finanziatore che, senza voler arrecare – almeno non necessariamente – pregiudizio a terzi, sia causa di un evento lesivo per negligenza, imprudenza o imperizia. I doveri di diligenza riconoscibili dallo standard attengono propriamente alla corretta erogazione del credito che deve conformarsi alle esigenze del sistema bancario, della clientela, nonché dei terzi operatori.

Il tema è complesso, e richiederebbe tutt'altro approfondimento. C'è il problema del nesso di causalità alla luce del vantaggio apparente del finanziamento, che comporta l'acquisto di risorse da parte del cliente ed esclude dunque che possa costituire fonte di danno al patrimonio del debitore: esclusione che non si rinviene invece con riguardo alla posizione dei terzi. C'è poi la questione del danno ingiusto, che ha affaticato gli interpreti intorno alla qualificazione del bene giuridico leso. A questo proposito già da qualche tempo la tesi, indubbiamente suggestiva, che identifica l'illecito nella lesione dell'integrità patrimoniale del debitore *ex art. 2740 c.c.* è stata soppiantata da quella che attribuisce rilevanza alla lesione del diritto di credito (se i creditori sono antecedenti al finanziamento) e alla libertà di autodeterminazione negoziale (se i creditori diventano tali successivamente

⁵⁰ Così Trib. Monza, 14 febbraio 2002, in *Giur. comm.*, 2004, II, 344 ss., con nota di R. Vigo, *Osservazioni in tema di erogazione “abusiva del credito”*.

all'erogazione)⁵¹. Invero, dietro la retorica dell'identificazione dell'ingiustizia non sfugge il vero problema sul piano applicativo, quello cioè legato alla natura dell'azione e alla legittimazione del curatore fallimentare ad esperire solo azioni di massa destinate a ripristinare l'integrità del patrimonio del debitore e non invece quelle funzionali ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del singolo creditore.

Ai nostri fini è sufficiente porre l'accento, da una parte, sul tema della colpa e in particolare sul giudizio di diffidabilità tra l'operato della banca e la mancata adozione delle cautele che avrebbero dovuto governare l'erogazione del credito. Il giudice cioè verifica le insufficienze nell'attività di erogazione, entra nel merito delle scelte, verifica i fatti e le circostanze di causa e procede a qualificare la condotta alla luce degli standard tecnici imposti dalla normativa. Dall'altra sulla funzione preventiva e deterrente di un istituto che, pur non avendo vibrante riscontro applicativo, costituisce un ulteriore fattore di rischio che accentua l'eccesso di prevenzione (cosiddetti *overdeterrence*) e stimola comportamenti c.d. difensivi a discapito della clientela e, più in generale, del mercato del credito.

592

8. - Erogazione difensiva vs credito facile: alla ricerca di un equilibrio efficientistico.

L'articolato complesso di incentivi introdotto dai formanti considerati induce gli istituti di credito ad adottare una condotta perversa di "erogazione difensiva" o, financo, a disertare dall'attività bancaria tipica. Si aggiunga che nel corso del recente passato si è assistito all'emersione di ipotesi di responsabilità – rilevanti sul piano fallimentare e su quello penale – che hanno determinato una vera e propria paralisi nello sviluppo dell'industria creditizia, con ovvie ripercussioni sul sistema produttivo. Si tratta di un fenomeno, come è intuitivo, che presenta importanti rica-

⁵¹ Cfr. Cass., sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031, in *Dir. fall.*, II, 2006, 615 ss. Con le tre sentenze "gemelle" le Sezioni Unite hanno messo fine al contrasto sulla legittimazione attiva del curatore fallimentare. La responsabilità per concessione abusiva può essere fatta valere solo dai singoli creditori *ex art.* 2395 c.c. anche in costanza di procedura fallimentare. Il curatore può sperire per contro solo azioni di massa e non quelle «dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore».

dute economiche e alti costi sociali ponendosi in netto contrasto con la “vocazione pubblicistica del credito”⁵².

Apparentemente la soluzione all’*impasse* va ricercata nell’eliminazione o, quantomeno, nell’alleggerimento del carico sanzionatorio. La rimozione alla radice dei meccanismi dissuasivi richiamati renderebbe l’attività di erogazione meno costosa dando immediate risposte all’attesa sociale.

Un simile procedere, in verità, non può convincere.

L’eliminazione delle dovute precauzioni in capo ai soggetti la cui attività economica è potenzialmente fonte di effetti dannosi renderebbe la stessa attività di erogazione meno sicura, più pericolosa. Ma i pericoli che si annidano dietro fenomeni di *underdeterrance* sono parimenti insidiosi, da evitare. D’altra parte, non va dimenticato che l’attuale crisi del sistema creditizio va ricercata proprio nel c.d. “credito facile”⁵³. Abbandonare gli incentivi giuridici a porre in essere le opportune misure per evitare l’erogazione di credito anomalo non solo non risolverebbe il problema ma andrebbe a rinfocolare la crisi finanziaria innescando un circolo vizioso ed evocando fantasmi del passato. I processi sempre attuali e massivi di traslazione del (rischio di) credito impediscono difatti di identificare nel “semplice” insuccesso dell’operazione un adeguato meccanismo di responsabilità (*i.e.* disincentivo) del banchiere.

Risolvere nel *milieu* l’equazione di pigouviana memoria costi privati = costi sociali non è operazione semplice. La tentazione è allora quella di prospettare un’anomala attività funzionale, legittimando forme di “democratizzazione del credito”⁵⁴ capaci di dare effimere risposte alle istanze politiche. Ma a ben considerare la spinta a distribuire i rischi del credito anomalo all’interno dell’organizzazione bancaria non può essere rimossa, agendo essa sul piano ineludibile della deterrenza e stimolando, per tale via, l’adozione di misure necessarie per diminuire la percentuale di rischio.

Più corretto sembra allora controbilanciare la spinta in tale direzione con forze opposte, idonee a internalizzare i costi sociali sopportati dalla collettività per l’ingiustificata mancata erogazione di credito, al di là cioè di una

⁵² L’espressione è di G.M. FLICK, *Funzione e servizio pubblico del credito:...a volte ritornano*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Milano, 2013, 241.

⁵³ G.M. FLICK, *Funzione e servizio pubblico del credito:...a volte ritornano*, cit., 247.

⁵⁴ G.M. FLICK, *Funzione e servizio pubblico del credito:...a volte ritornano*, cit., 247.

valutazione in punto di merito. Si tratta di una prospettiva che scongiura striscianti derive dirigistiche, ma allo stesso modo si fa carico di stabilizzare il settore (di vocazione pubblicistica) dell'erogazione dando una prima e concreta risposta alle istanze economiche e sociali. Sembra evidente, peraltro, che queste due prospettive finiscono per rivelarsi complementari tra loro.

9. - La portata politica della riforma del 18 maggio 2012.

Nel quadro delineato va colta la portata “politica” della novella del 18 maggio 2012 che introduce una corsia preferenziale d’accesso all’Arbitro bancario e finanziario per segnalare “specifiche problematiche” connesse a valutazioni di merito creditizio del cliente⁵⁵. Non a caso la riforma – che segue l’esperienza degli speciali osservatori sull’andamento dell’erogazione del credito operanti nel seno delle Prefetture dei capoluoghi di regione – muove nel dichiarato obiettivo di migliorare l’accesso al credito delle imprese e delle famiglie. A tal fine nel caso di “mancata erogazione” o “mancato incremento” del finanziamento “conseguenti alla valutazione del merito di credito del cliente”, il Prefetto interessato richiede alla banca osservazioni argomentate ché venga fatta chiarezza sulla meritevolezza creditizia dell’istante reietto. Il prefetto non persuaso presenta dunque una relazione motivata all’ABF che sarà chiamato a pronunciarsi seguendo un iter procedurale di “urgenza”⁵⁶.

Il rilievo della riforma non va colto, almeno non soltanto, dall’angolo visuale della procedura. Si tratterebbe di una prospettiva miope, volta a depotenziarne l’impatto precettivo sostanziale.

⁵⁵ L’articolo 27-*bis*, comma 1-*quinquies*, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, come modificato dal d.l. 24 marzo 2012, n. 29, convertito con modificazioni dalla legge 18 maggio 2012, n. 62, prevede che: «Ove lo ritenga necessario e motivato, il prefetto segnala all’Arbitro bancario e finanziario, istituito ai sensi dell’art. 128-*bis* del testo unico di cui al decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, specifiche problematiche relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari. La segnalazione avviene a seguito di istanza del cliente in forma riservata e dopo che il prefetto ha invitato la banca in questione, previa informativa sul merito dell’istanza, a fornire una risposta argomentata sulla meritevolezza del credito. L’Arbitro si pronuncia non oltre trenta giorni dalla segnalazione».

⁵⁶ I tempi sono dimezzati, non è necessario notificare un reclamo all’intermediario che non presenterà controdeduzioni, l’attività preparatoria della segreteria tecnica viene sostituita dalla relazione prefettizia, non è previsto il versamento del contributo, ecc.

Per coglierne la portata è sufficiente individuare la *ratio* della norma che, ripetendo con una acuta dottrina, «è rivolta ad istituire una sorta di *controllo* (si usa il termine in senso atecnico) sulle modalità con cui ciascuna banca eroga, oppure no, il credito, accrescendo la trasparenza dell'attività bancaria, aumentando la fiducia del pubblico nei confronti delle banche virtuose, sviluppando la competitività tra le banche, e prevenendo i rischi legati alla convinzione dell'incapacità del sistema bancario di erogare correttamente il credito»⁵⁷. In questo senso è stato correttamente evidenziato che la cifra della novità legislativa sta proprio nell'attribuzione di una funzione di monitoraggio a un ufficio di indirizzo politico, istituzionalizzando per tale via «la specifica e immediata rilevanza pubblica dell'atto (e non più della sola attività) di concessione del credito»⁵⁸. D'altronde la prospettiva del controllo dell'attività bancaria non può certo stupire, trovando la propria fonte nell'art. 47 della Costituzione e puntuale declinazione nella specialità dello statuto dell'impresa bancaria. Invero, è proprio questo tratto della riforma che ha suscitato tra i primi autorevoli commentatori vibranti perplessità mercé un ritorno a forme obsolete di socializzazione del credito non compatibili con il paradigma dell'autonomia delle scelte imprenditoriali⁵⁹.

Lo sviluppo della critica muove da un sillogismo categorico tra funzionalizzazione dell'attività creditizia e diritto al credito (al di là, si badi, del merito creditizio). Se il credito viene qualificato come impresa sociale, legato cioè a logiche funzionali e non imprenditoriali, esso diventa un diritto che prescinde dal merito. Se si riconosce un “diritto al credito” si nega l'autonomia imprenditoriale della banca e la discrezionalità dell'atto di concessione.

Le conseguenze del ragionamento portano ad escludere che l'interprete possa svolgere un giudizio sulla meritevolezza di credito del cliente istante. Leggere la norma diversamente «significherebbe traslare su questi il giu-

⁵⁷ E. MINERVINI, *L'arbitro bancario finanziario ed il prefetto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 4, 736, nostro corsivo.

⁵⁸ Così V. VITALI, *Le segnalazioni dei prefetti all'ABF e l'obbligo di far credito*, in *Riv. dir. banc.*, sez. spunti dall'ABF, 1, 2014, cit.

⁵⁹ G.M. FLICK, *Funzione e servizio pubblico del credito:...a volte ritornano*, cit., nonché G. CARIERI, *Giustizia senza giurisdizione: l'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2014, 161 ss.

dizio imprenditoriale, avallando uno strabismo legislativo incompatibile con la natura dell'attività bancaria (...»⁶⁰.

Sul piano applicativo, le decisioni dell'Arbitro bancario e finanziario hanno fatto proprie, *ratione materiae*, le conclusioni del ragionamento dimostrativo, negando ad un organo che decide secondo diritto di interferire con la decisione imprenditoriale della banca relativamente all'assunzione di un rischio⁶¹.

La disciplina positiva, nell'interpretazione richiamata, non incide sull'assetto normativo sostanziale ed ha l'unico effetto di sollecitare l'attenzione degli interpreti alle regole generali che governano la fase pre-contrattuale⁶². Cioè quelle regole che impongono: (i) di fornire con sollecitudine al cliente informazioni sulle valutazioni che hanno indotto l'intermediario a non accogliere la richiesta di credito⁶³, nonché di (ii) non fornire informazioni che possano ledere l'affidamento alla mera aspettativa al credito⁶⁴.

La prospettiva è quella classica che si è consolidata in materia di responsabilità pre-contrattuale e si muove all'interno del perimetro dell'interesse negativo⁶⁵. In mancanza di un diritto al credito – a prescindere – difetta in

⁶⁰ G. CARRIERO, *Giustizia senza giurisdizione: l'Arbitro Bancario Finanziario*, cit.

⁶¹ Si veda ABF Collegio di Coordinamento, 29 novembre 2013, n. 6182 là dove stabilisce che «in coerenza con quanto costantemente affermato da questo Arbitro, non può considerarsi esistente, alla luce dell'attuale disciplina generale della materia, un diritto del cliente alla concessione del credito, data l'indubbia autonomia decisionale da riconoscersi all'intermediario in ordine alla relativa erogazione sulla base di proprie valutazioni. Non può, quindi, l'Arbitro sostituirsi all'intermediario nella valutazione della convenienza di un'operazione creditizia, in quanto demandata alla discrezionalità di quest'ultimo».

⁶² ABF Collegio di Roma, 30 luglio 2012, n. 2625: «[L]a discrezionalità tecnica di cui indiscutibilmente gli intermediari dispongono (...) non può che svolgersi all'interno del perimetro segnato dai limiti di correttezza, buona fede e specifico grado di professionalità che l'ordinamento loro richiede, il che rende certamente sindacabile, limitatamente a tali profili, la condotta degli stessi nello svolgimento di tale attività».

⁶³ In questo senso si muove anche la comunicazione del 22 ottobre 2007 della Banca d'Italia: «Laddove si decida di non accettare una richiesta di finanziamento è necessario che l'intermediario fornisca riscontro con sollecitudine al cliente; nell'occasione, anche al fine di salvaguardare la relazione con il cliente, andrà verificata la possibilità di fornire indicazioni generali sulle valutazioni che hanno indotto a non accogliere la richiesta di credito»; cfr. Bollettino di Vigilanza, ottobre 2007, n. 10, 6.

⁶⁴ Si tratta di un principio consolidato in giurisprudenza. Cfr. *infra* nt. 87.

⁶⁵ Chiarissimo in tale senso ABF Collegio di Roma, 1 giugno 2012, n. 1841 che ricorda come le banche sono tenute a «improntare le proprie relazioni d'affari "a criteri di buona fede e correttezza" secondo le "Disposizioni" emanate dalla Banca d'Italia (...) il 29 luglio 2009 (...) che costituiscono specificazione dei principi enunciati, in via più generale dal codice civile».

capo al cliente l'interesse positivo, cioè l'interesse all'adempimento. Da ciò ne discende, in punto rimediale, che non è ipotizzabile la richiesta di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, come del resto è stato chiarito dal Collegio di coordinamento là dove esclude «che possa essere, in questa sede, non solo ordinato agli intermediari convenuti il pure richiesto "rilascio immediato ... con il massimo credito associato" dello strumento in discussione, trattandosi di misura di tipo costitutivo sicuramente esulante dai poteri di questo Collegio, ma anche accolta la domanda stessa, pur interpretata (ed esaminata) come volta al mero accertamento del corrispondente diritto nei confronti dell'intermediario»⁶⁶.

10. - Il diritto al credito esiste.

La struttura di entrambe le così dette premesse non convince e, gioco-forza, le conclusioni che se ne traggono.

Quanto alla prima va ricordato che l'esercizio del credito è "attività di impresa" caratterizzata però da vincoli funzionali, alla luce dell'interesse perseguito a mezzo l'esercizio della funzione⁶⁷. L'attività di erogazione è "servizio pubblico essenziale"⁶⁸, costituendo uno dei fattori principali dell'equilibrio economico⁶⁹. Né, è stato puntualmente osservato, «il mutamento della struttura organizzativa e proprietaria conseguente alla privatizzazione [ha] potuto incidere sui caratteri funzionali dell'attività»⁷⁰. Il vincolo funzionale va dunque declinato alla luce dell'interesse perseguito, cioè l'interesse della collettività ad un ordinato accesso al credito. Che non è interesse al "credito facile", al di là cioè del merito creditizio. Anzi. È

597

Per l'effetto la mancata erogazione del credito, se priva di plausibile motivo, espone l'intermediario a responsabilità precontrattuale specie quando l'affidamento ingenerato dal cliente è provato dalla conclusione di una serie di atti propedeutici all'erogazione del finanziamento.

⁶⁶ ABF Collegio di Coordinamento, 29 novembre 2013, n. 6182.

⁶⁷ Il tema è affrontato da P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, I, Parte generale, Torino, 2004.

⁶⁸ F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit.

⁶⁹ L'attività bancaria è attività di impresa segnata da interessi pubblici. In questo senso, l'esercizio del credito è attività caratterizzata da vincoli funzionali. Per una ricostruzione storica del dibattito si veda C. BRESCIA MORRA-U. MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2006, 94 ss.

⁷⁰ R. DI RAIMO, *Fisiologie e patologie della finanza derivata. Qualificazione giuridica e profili di sistema*, in F. CORTESE-F. SARTORI (a cura di), *Finanza derivata, mercati e investitori*, Pisa, 2010.

esattamente un interesse contrapposto a un esercizio a ciò contro-funzionale: il vincolo che segna la legittimità o la patologia dell'omissione (o dell'atto) è precisamente la meritevolezza del credito. Non esiste, dall'angolo visuale della funzione, un diritto di accesso al credito indiscriminato. Non è questo il carattere dell'utilità sociale, l'interesse della collettività e del mercato.

Ciò che si intende avvalorare è allora il convincimento dell'esistenza del diritto al credito (non una mera aspettativa) in presenza di adeguato merito creditizio. In questo senso trova accoglimento l'istanza sociale evocata e si assicura convergenza con l'imprescindibile logica imprenditoriale.

Così delineata la prima premessa, è più agevole comprendere lo sviluppo del ragionamento. La formazione patologica dell'*atto* e dell'*omissione* dipende dal grado di disponibilità dell'interesse perseguito a mezzo la funzione. Patologica si appalesa insomma la mancata erogazione – al pari dell'erogazione – in presenza del presupposto richiamato; a prescindere dalle modalità di gestione del rapporto che operano sul piano complementare della correttezza informativa.

598

Anche la seconda premessa va rivisitata alla luce della declinazione del rapporto tra credito e funzione. D'altro canto si nega l'autonomia imprenditoriale solo se si riconosce un accesso al credito indiscriminato e non invece se si ancora il diritto al credito ai profili di merito testé richiamati⁷¹. La discrezionalità tecnica di cui indiscutibilmente le banche dispongono è basata sulla verifica della sussistenza di determinati pre-requisiti di natura tecnica, per l'appunto, richiesti dalla legge. Ancora: la discrezionalità è data dall'ambito di valutazione da realizzarsi secondo le nozioni e la tecnica della scienza bancaria. Determinata la sussistenza dei pre-requisiti richiesti dal legislatore, l'atto di erogazione è atto dovuto non sussistendo sull' "an" un ulteriore ambito di discrezionalità. Quanto al "quomodo" invece le parti sono autonome nel definire i dettagli negoziali: tassi di interesse, prezzi e altre condizioni nel rispetto della normativa di settore. Collegando i suddetti termini, la conclusione porta ad affermare che l'Arbitro e, più in generale, le Corti debbano svolgere un giudizio sulla meritevolezza di credito del cliente istante. La valutazione nella quale si

⁷¹ Cfr. *supra*, § 4.

estrinseca la discrezionalità tecnica e la scelta che ne origina (erogazione, mancata erogazione, interruzione, segnalazione) costituiscono infatti diretta concretizzazione di regole tecniche che possono essere verificate da un giudice, anche mediante il supporto di consulenza tecnica. È proprio siffatto processo che differenzia la discrezionalità tecnica da un giudizio di valore fondato sul bilanciamento degli interessi in gioco.

È questo, a mio avviso, il significato precettivo sostanziale dell'introdotto meccanismo di controllo sulle determinazioni degli intermediari in ordine all'erogazione del credito.

Si tratta, a ben considerare, di un giudizio inherente le anomalie che connotano il processo creditizio che viene sistematicamente svolto dagli interpreti. A partire dalla Banca d'Italia nell'esercizio della funzione ispettiva (e quindi sanzionatoria *ex art. 144 TUB*), chiamata ad accertare, fra l'altro, eventuali irregolarità per carenze nell'istruttoria, erogazione, gestione e controllo del credito conformemente alle disposizioni del Testo Unico Bancario e delle Istruzioni di Vigilanza. Valutazioni che sono puntualmente oggetto di sindacato giurisdizionale in ordine alla loro fondatezza: i tribunali amministrativi chiamati a giudicare sui gravami dei ricorrenti contro le deliberazioni del Direttorio dell'Autorità di Vigilanza entrano sempre nel merito delle scelte di erogazione, ne valutano i presupposti in fatto e in diritto⁷².

Ma anche i giudici civili, si è ampiamente dimostrato, valutano il merito creditizio del cliente per accettare il diligente agire dell'intermediario. È il caso, ad esempio, della concessione abusiva di credito che si fonda propriamente sull'accertamento della “non meritevolezza” del credito del cliente finanziato. Lo stesso si è visto, pur in prospettiva *de iure condendo*, vale nel caso di un finanziamento “inadeguato” ove l'interprete è chiamato

⁷² Il sindacato giurisdizionale sui profili tecnici connessi alla valutazione del merito creditizio non si esaurisce nel mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa. Esso si estende alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. Il giudice amministrativo può quindi «sindacare con piena cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'Autorità applica al caso concreto la regola individuata». Si veda a titolo esemplificativo TAR Lazio 9 aprile 2010, in www.ilcaso.it, 2381: «costituiscono irregolarità nell'amministrazione o comunque violazioni delle disposizioni che regolano l'attività della banca la concessione di affidamenti non fondata su una effettiva capacità di rimborso da parte della clientela (...»).

a svolgere una valutazione che attiene al merito della scelta. Ancora, come si avrà modo di precisare, la stessa valutazione viene svolta dai giudici civili in sede di accertamento di “rottura brutale del credito”, ovvero illegittima segnalazione in centrale dei rischi.

Da un punto di vista tecnico, il giudizio sulla meritevolezza del credito consiste nella valutazione dello scarto tra comportamento concreto tenuto dalla banca e modello ideale di banchiere avveduto col quale lo si confronta. Si tratta precisamente del “giudizio di diffidenza” di cui si è ampiamente discusso, con l'unica variante nell'ipotesi considerata che l'accertamento della colpa opera sul piano della condotta omissiva.

Questo aspetto non può essere trascurato giacché nessuna condotta omissiva può essere ascritta a colpa della banca, se non si riconosce in capo ad essa un obbligo di agire, dalla cui violazione discende il danno subito dal cliente. Un tale dovere però deriva direttamente dalla novella richiamata e, in ogni caso, da una specifica situazione ricavabile da una lettura funzionale del quadro normativo, in forza della quale la banca è tenuta a erogare credito ai soggetti meritevoli proprio a protezione dell'interesse del cliente, che è anche interesse generale. In altri termini, la nozione di colpa va intesa come contravvenzione al dovere che grava la banca di erogare credito in presenza di adeguato merito del cliente, delineato secondo le indicazioni tecniche fornite dal legislatore e dall'Autorità di Vigilanza.

600

11. - Esecuzione in forma specifica e responsabilità per inadempimento dell'obbligazione: il danno risarcibile e i nuovi incentivi.

Dato per assunto, in presenza dei requisiti richiamati, l'esistenza di un obbligo a contrarre di fonte legale in capo alle banche ne consegue, come logico corollario, il potere del “creditore del fare” di chiedere ed ottenere l'esecuzione specifica realizzando per tale via «il diritto nella sua essenza originaria»⁷³. D'altra parte il danaro, oggetto del contratto di finanziamento, è bene fungibile. Non sussistono quindi, almeno apparentemente, impedimenti logici ad assicurare al cliente leso «proprio quello e tutto

⁷³ L'espressione è di C. CONSOLI, voce *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 2008, 549.

quello che avrebbe diritto di conseguire»⁷⁴. Salvo, ma non è questo il punto, i limiti in capo all'Arbitro bancario e finanziario di disporre misure di tipo costitutivo.

La possibilità di utilizzare l'esecuzione specifica ricorre ogni volta sussista la possibilità giuridica e materiale di conseguire la prestazione in maniera immediata e diretta. Si aggiunga che la sentenza di esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* può essere pronunciata anche contro l'inadempimento di un obbligo a contrarre di fonte legale⁷⁵.

Va però precisato che il rimedio è invocabile solo se si tratta di un obbligo di stipulare un determinato contratto specifico, e non invece un contratto il cui contenuto sia rimesso alla negoziazione delle parti. Proprio la natura costitutiva dell'azione – secondo la tesi di Chiovenda accolta all'unisono in giurisprudenza – presuppone il requisito dell'identità tra obbligazione inadempita e sentenza con la conseguenza che il rimedio è invocabile solo se risultano predeterminati gli elementi del contratto, anche nei dettagli, ché sia possibile iniziare l'esecuzione senza che le parti debbano esprimere ulteriori dichiarazioni, precisarne l'oggetto, il contenuto. Insomma è necessario che l'assetto di interessi sia cristallizzato non potendo il giudice modificarne il contenuto.

Come si è avuto modo di chiarire, la fonte dell'obbligo di contrarre un finanziamento con i clienti meritevoli non consente di determinare tutti gli elementi del contratto quali tasso di interesse, prezzi e altre condizioni allorché se l'obbligo della banca rimane inadempito il cliente non può esprimere il rimedio dell'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'*art. 2932 c.c.* Ma ha però il diritto all'integrale risarcimento dei danni secondo le regole generali della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione *ex art. 1218 c.c.*

Queste conclusioni spiegano effetti applicativi non trascurabili spostando il baricentro del “danno risarcibile” dall'interesse negativo a quello positivo, cioè all'interesse all'adempimento.

601

⁷⁴ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, 41.

⁷⁵ La regola è antica e costante. Si vedano almeno S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XX, Torino, 1985, 313 ss.; F. ROSELLI, *Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in N. LIPARI-P. RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, tomo II, *L'attuazione dei diritti*, Milano, 2009. In giurisprudenza Cass. 9 luglio 1997, n. 6206, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 482.

Non è questa la sede per affrontare i problemi propriamente sistematici che concernono l'inquadramento dommatico dei due istituti, chi scrive non può che limitarsi a richiamare la trattazione svolta altrove⁷⁶. Da un punto di vista pratico e concreto tuttavia è facile constatare che dalla mancata conclusione del contratto di finanziamento consegue in capo al cliente un potenziale danno decisamente superiore rispetto a quello derivante dalla lesione dell'interesse a che le trattative contrattuali infruttuose non fossero cominciate o non fossero proseguiti. La qualifica del rimedio come contrattuale e il conseguente risarcimento dell'interesse positivo non hanno cioè solo valore dommatico: l'area del danno risarcibile si espande fino a ricoprire il lucro che si sarebbe ottenuto se il contratto fosse stato concluso.

Le conseguenze sono intuitive nella prospettiva del funzionamento del meccanismo istituzionale di traslazione dei costi. L'incremento della sanzione dell'illecito conferisce maggior gravità alla condotta della banca, coerentemente alla dannosità sociale dell'omissione. L'intensità del danno allocato ha un diverso effetto preventivo stimolando gli operatori a prestare maggiore attenzione nella fase istruttoria di valutazione del merito creditizio del potenziale prenditore.

Seguendo questo modello, la scelta dell'astensione non garantisce più un *safe harbor* ma integra una condotta parimenti rischiosa rispetto all'erogazione. Dall'angolo visuale dell'organizzazione tramite il diritto privato, che è poi quello dei rimedi, si crea un corretto equilibrio tra forze opposte incentivando gli operatori ad erogare credito in presenza di adeguato merito creditizio, senza però eliminare gli incentivi finalizzati ad evitare l'erogazione di credito anomalo. In questo senso l'effetto redistributivo del costo dell'attività di cui si discute crea una regolazione spontanea strumentale al raggiungimento di adeguati standard di efficienza del mercato del credito. L'introduzione di una robusta sanzione attesa nell'ipotesi di omissione colpevole dà inoltre una chiara risposta sociale alla legittima richiesta di credito senza per questo compromettere «il ruolo tipico (selet-

⁷⁶ P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1998, 662 ss.

tivo) che in un'economia di mercato la banca è chiamata a svolgere rispetto al processo di allocazione ottimale delle risorse»⁷⁷.

12. - (Segue): mancato incremento del credito e mancata rinegoziazione.

L'ipotesi testé considerata non si discosta concettualmente da quelle del *mancato incremento* del credito o della *mancata rinegoziazione* delle condizioni inizialmente pattuite.

Pur mantenendo fermo il paradigma dell'assenza di un obbligo di fare credito a carico della banca, gli interpreti si sono dimostrati (apparentemente) più severi con gli operatori nell'ipotesi di mancata integrazione di un finanziamento già in essere per sopravvenute necessità del correntista. A ben considerare, però, la casistica rilevante sul terreno applicativo è quella della mancata ulteriore tolleranza agli sconfinamenti. Fattispecie, all'evidenza, connessa al valore (o meno) di uso negoziale del comportamento reiterato da parte della banca e, in ogni caso, all'affidamento riposto dal cliente di poter disporre in maniera stabile della provvista creditizia⁷⁸. Né si può negare che le due ipotesi considerate siano profondamente diverse.

Vieppiù la lettura della fattispecie del “*mancato*” sembra subire l'influenza e le suggestioni della teorica della rinegoziazione contrattuale, quale rimedio di gestione delle sopravvenienze⁷⁹. La clausola della buona fede in funzione di adattamento del contratto risponde ad esigenze di conserva-

603

⁷⁷ P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, cit., 531.

⁷⁸ Cfr. Trib. Padova, 19 maggio 2009, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, 2, II, 165 ss.; Trib. Milano, 8 settembre 2006, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 1, I, 85 ss.; Trib. Bari, 16 settembre 2005, in *Rep. giur. on line*; ABF Collegio di Napoli, 29 maggio 2013, n. 2954; ABF Collegio Roma, 1 novembre 2010, n. 1312; ABF Collegio di Roma, 17 settembre 2010, n. 951.

⁷⁹ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, 1037 ss., nonché F. MACARIO, *Adeguamento negoziale nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996. In particolare, sulla rinegoziazione G. SICCHIERO, voce *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez., civ., agg., II, Torino, 2003, 1020 ss.; F. GAMBINO, *Problemi di rinegoziazione*, Milano, 2004; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eu. e dir. priv.*, 2003, 487 ss.

zione dell'equilibrio economico negoziale e trova conferma nel dato comparativo⁸⁰.

Invero, la dottrina civilistica italiana si è sempre dimostrata prudente alla prospettiva della revisione contrattuale, facendo leva sul solo grimaldello della buona fede oggettiva in funzione integrativa⁸¹. L'idea dell'obbligo di rinegoziare accompagnata da un rimedio "contrattuale" in assenza di una prescrizione legislativa o di una chiara volontà in tal senso dei contraenti incontra soverchie difficoltà sistematiche⁸². La soluzione della rinegoziazione non è però messa in dubbio né in presenza di una clausola di *hardship* né di una previsione legislativa esplicita in questo senso.

⁸⁰ Mi riferisco alla figura del *Neuverhandlungspflicht* disciplinato al § 313 del BGB dopo la riforma del 2002. Come noto, la soluzione tedesca ammette il rimedio manutentivo qualora sopravvengano circostanze tali da non potersi pretendere da una delle parti il mantenimento del contratto. La rinegoziazione, funzionale alla conservazione del negozio, viene eletta a rimedio generale là dove la caducazione viene confinata a mero rimedio sussidiario. Per una prima analisi di veda P. RESCINO, *La codificazione tedesca della Störung der Geschäftsgrundlage*, in G. CIAN (a cura di), *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, Padova, 2005. Anche la giurisprudenza francese si è dimostrata sensibile al rimedio della rinegoziazione proprio con specifico riferimento alla rottura brutale del credito (cfr. *infra*). Negli Stati Uniti il tema della rinegoziazione, affrontato specificamente nell'ambito delle così dette *long-run relationships*, è istituto frequentato in letteratura e giurisprudenza. Per un primo riscontro si veda P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, 312 ss. Anche i PECL (Principi Lando) e il *Draft of Common frame of Reference* accolgono il rimedio manutentivo. L'art. 6:111 dei PECL, rubricato "Mutamento delle circostanze" stabilisce che: «(1) Ciascuna parte è tenuta ad adempiere le sue obbligazioni anche quando la prestazione sia divenuta più onerosa o perché il costo ne sia aumentato o perché sia diminuito il valore della prestazione alla quale ha diritto. (2) Se però la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il mutamento delle circostanze, le parti sono tenute a intavolare trattative per modificare o sciogliere il contratto (...). (3) Se le parti non riescono a raggiungere un accordo in un tempo ragionevole, il giudice può (a) sciogliere il contratto a far data da un termine e alle condizioni che il giudice stesso stabilirà o (b) modificare il contratto in modo da distribuire tra le parti in maniera giusta ed equa le perdite e i vantaggi derivanti dal mutamento di circostanze». Fermo in entrambi i casi il potere del giudice di condannare al risarcimento chi si rifiuta di rinegoziare. Lo schema è quello già proposto dai Principi Unidroit.

⁸¹ Cfr. F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, nonché F. GAMBINO, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

⁸² Cfr. F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, II, Milano, 2006, 720 e 721 ove testualmente: «Va detto subito che le difficoltà d'ordine sistematico, nell'impatto dell'idea stessa di un obbligo di rinegoziare (soprattutto, se non previsto esplicitamente dai contraenti e/o dal legislatore) e della ricostruzione di un adeguato ed efficace apparato rimediale (e sanzionatorio) per il caso di inadempimento, con le regole e i principi espressi da ordinamenti caratterizzati da una tradizione di studi civilistici molto ben sedimentata, sono emerse un po' dappertutto (...). Cfr. anche M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eu. e dir. priv.*, 2003, 487, nonché R. SACCO-G. DE NOVA, *Il Contratto*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, II, 2004, 686.

In specie, non sembra allora necessario scomodare il criterio della correttezza per rideterminare le nuove condizioni di esecuzione del contratto dacché vi è una specifica previsione normativa che, correttamente interpretata, dà rilevanza all'obbligo di rinegoziare (*cfr. supra*). Parimenti appare naturale che sopravvenuti squilibri di natura finanziaria impongano alla banca di rimodulare le condizioni del finanziamento.

In punto di tutela, i problemi riscontrati nella fase costitutiva si presentano con vibrazioni meno intense risultando teoricamente percorribile anche la strada coercitiva dell'integrazione in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare. Va da sé che la tutela giurisdizionale dell'inadempimento di siffatto obbligo si muove pur sempre sul terreno “dell'inadempimento delle obbligazioni” là dove la misura dell'integrazione o le modalità di rinegoziazione escludano, per le ragioni mentovate, una coercizione eteronomica della volontà dei contraenti ed impediscono all'interprete di intervenire nel merito del finanziamento. Insomma in assenza di un potere sostitutivo del giudice, si deve riconoscere al cliente danneggiato la risarcibilità dell'interesse positivo, cioè all'adempimento del contratto che il finanziatore avrebbe dovuto rinegoziare.

Quasi superfluo ricordare che la prospettiva delineata ha suscitato un netto dissenso tra gli interpreti: *(i)* al giudice è precluso entrare nel merito delle decisioni che sono riservate all'autonomia delle parti. Il potere di autonomia è intangibile non residuando margini di integrazione eteronomia; *(ii)* non esiste un diritto soggettivo al credito tale da legittimare l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, potendosi configurare al più una aspettativa al credito meritevole di tutela sul piano extracontrattuale in presenza di un rifiuto o una trattativa sleale⁸³. Le

605

⁸³ Cfr. Trib. Milano, 14 gennaio 1988, in *Ciur. it.*, 1988, I, 2, 400 ss. Si veda anche ABF Collegio Roma, 1 giugno 2012, n. 1841: «Questo Collegio ha più volte sottolineato che l'erogazione di capitale di credito (poi sotto le differenti forme tipiche della tecnica bancaria) importa una valutazione di così detto “merito creditizio”, che costituisce prerogativa dell'istituto erogante, al quale il Collegio non può sostituirsi. Una conclusione diversa finirebbe per violare la libertà negoziale dell'intermediario, ossia la scelta di addivenire o meno alla conclusione dell'accordo (tra le molte cfr.: decisione n. 576 del 22 marzo 2011; decisione n. 297 dell'11 febbraio 2011; vedasi anche: Collegio di Milano, decisione n. 969 del 23 settembre 2010, decisione n. 886 del 6 settembre 2010, decisione n. 547 del 17 giugno 2010; Collegio di Napoli n. 299 del 28 aprile 2010, decisione n. 948 del 17 settembre 2010). Gli è, infatti, che un obbligo generale di far credito è certamente estraneo allo statuto delle imprese bancarie, la cui attività deve ispirarsi ai principi di una “sana e prudente gestione” e deve essere esercitata

conseguenze sono evidenti: nel caso di mancato accordo tra le parti il risarcimento del danno subito dal cliente è limitato al mero interesse contrattuale negativo.

Non sembra però che simili conclusioni possano risultare condivisibili. Esse fra l'altro si pongono in netto contrasto con i risultati della letteratura gius-economica che, se pur divisa sulla coercibilità in forma specifica del rimedio manutentivo, converge sulla razionalità della rinegoziazione in presenza di sopravvenienze che rendono preferibile riallocare il rischio sul contraente che è nelle migliori condizioni per sopportarlo⁸⁴.

13. - (Segue): rottura brutale del credito.

Il tema del mancato incremento del credito o della mancata rinegoziazione delle condizioni inizialmente pattuite ci conduce a quello della “rottura brutale”, da intendersi ai nostri fini come recesso “imprevisto” e “arbitrario” del finanziatore⁸⁵.

Dopo iniziali resistenze del formante giurisprudenziale che considerava il recesso *ad nutum* espressione del “diritto di impugnazione”, e come tale libero e insindacabile⁸⁶ le suggestioni della dottrina più autorevole, suffragate dal dato comparativo, determinavano un netto cambio di rotta sul terreno applicativo⁸⁷. Rimarchevoli le numerose e recentissime decisioni

avendo riguardo “alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario” (arg. *ex art. 5, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385*).

⁸⁴ Cfr. R.A. POSNER-A.M. ROSENFIELD, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis*, in 6 *Journal of Legal Studies*, 83 (1977); V. GOLDBERG, *Relational contract*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, III, London-New York, 1988, 290 ss. Si vedano anche gli spunti di E. MARTINO, *Rinegoziazione efficiente. Analisi economica e comparistica*, in *accademia.edu*.

⁸⁵ L'espressione ricomprende infatti una eterogena categoria di fattispecie quali, fra l'altro, l'improvvisa rigorosa osservanza dei limiti dell'affidamento accordato al cliente, nonché il mancato adeguamento di un finanziamento a impiego vivo in relazione, per l'appunto, alle sopravvenute esigenze del correntista (cfr. *supra*).

⁸⁶ L'espressione è di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 2^a ed., Roma, 1949, 318. Anche conosciuti come “diritti di aggressione” (*Eingriffrechte*). Tale diritti si inseriscono nell'ambito della più ampia categoria dei diritti di formazione che, come noto, ricomprende i diritti di fondazione, diritti di mutamento e diritti di estinzione. Cfr. E. SECKEL, *Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*, in *Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin für Koch*, Berlin, 1903.

⁸⁷ Come si è avuto modo di ricordare, la fattispecie in esame è stata importata dall'ordinamento francese che aveva elaborato la figura della “*rupture inopinée et brusque de crédit*” già negli anni settanta del secolo scorso. La prima pronuncia edita è del Trib. Comm. Paris, 12 dicembre 1977, in *Recueil Dalloz*, 1978, 575 ss. In letteratura si vedano M. VASSEUR, *La*

dell'ABF che hanno reso quanto mai attuale lo studio della privazione ingiustificata delle disponibilità di credito bancario⁸⁸.

L'esercizio del diritto di recesso non subordinato all'esistenza di una giusta causa deve conformarsi al principio della buona fede oggettiva⁸⁹. In questo sta l'essenza della formula: se imprevisto e arbitrario il recesso cozza con il diritto del cliente di disporre della provvista accordata, di fare cioè affidamento su una certa stabilità del credito.

Nella latitudine applicativa della correttezza vengono a rilevare le modalità di esercizio del recesso e le motivazioni in concreto addotte e rappresen-

responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit, Parigi, 1978; Id., *La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France*, in S. MACCARONE-A. NIGRO (a cura di), *Funzione bancaria rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981, 61 ss.; J.L. RIVES LANGE-M. CONTAMINE RAYAULD, *Droit bancaire*, Parigi, 1986, 483 ss.; A. BRUNET, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, 775 ss. In Italia il tema è affrontato da G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione del diritto commerciale"*, in S. MACCARONE-A. NIGRO (a cura di), *Funzione bancaria rischio*, cit., 263; nonché N. SALINITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1983, 66 ss. Si vedano anche F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, 17 ss.; G. SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. e impr.*, 1996, 776 ss.; B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 277 ss. La prima sentenza che inaugura la nuova prospettiva è Trib. Roma, 28 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, cc. 1986 ss. In specie il Tribunale ha censurato "l'inatteso comportamento della banca" per aver esercitato inaspettatamente il recesso. Il tribunale capitolino inaugura una stagione seconda. Seguono infatti numerose pronunce dei giudici di merito. Si vedano Trib. Milano, 14 gennaio 1988, in *Giur. it.*, 1988, II, 400 ss.; Trib. Napoli, 8 luglio 1988 e Trib. Milano, 24 ottobre 1988, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, 496 ss., con nota di G. PALMIERI; Pret. Torino, 31 dicembre 1988-2 gennaio 1989, in *Banca borsa tit. cred.*, 1989, II, 805 ss., con nota di C.M. TARDIVO; Trib. Roma, 28 dicembre 1989, in *Banca borsa tit. cred.*, 1991, 672 ss. Si dovrà aspettare la primavera del '97 per la prima pronuncia sul tema del Supremo Collegio. Cfr. Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, cc. 2497 ss., nonché in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 811 ss. ove testualmente: «il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito sia da considerare illegittimo, ove in concreto assuma connotati del tutto imprevisti ed arbitrari; connotati tali, cioè, da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto». L'orientamento è stato confermato in più occasioni. Si vedano ad esempio Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, in *Foro it.*, 2000, cc. 3495 ss.; Cass. 22 novembre 2000, n. 15066, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 2407 ss.; Cass. 21 febbraio 2003, n. 2642, in *Arch. civ.*, 2003, 1342 ss.; Cass. 2 aprile 2005, n. 6923, in *Dir. e prat. società*, 2005, 54 ss.; Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ.*, 2009, 271 ss.

⁸⁸ ABF Collegio di Roma, 8 novembre 2013, n. 5680; ABF Collegio di Roma, 30 novembre 2012, n. 4044; ABF Collegio di Roma, 27 giugno 2012, n. 2238; ABF Collegio Roma, 23 marzo 2012, n. 877; ABF Collegio di Roma, 17 novembre 2011, n. 2489; ABF Collegio di Milano, 28 ottobre 2011, n. 2320; ABF Collegio di Roma, 23 aprile 2010, n. 284.

⁸⁹ Traccia con chiarezza la linea di confine tra buona fede e giustificato motivo A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 189.

tate al cliente. In questa prospettiva, che è quella del diritto vivente, è interessante notare che il recesso privo di un motivo giustificante, cioè arbitrario, è legittimo se non inatteso. Il recesso immediato, senza preavviso, è per contro legittimo se fondato su una giusta causa. In buona sostanza, l'esercizio del potere di scioglimento del rapporto è sindacabile solo là dove entrambi i requisiti (*inopinée et brusque*) si presentino contemporaneamente. Il panorama offerto dalle decisioni dell'ABF conferma questa conclusione.

Chiarito questo aspetto, dall'angolo visuale dell'indagine a venire in considerazione è il primo requisito che è intimamente connesso al merito di credito del debitore.

Il recesso della banca, anche se “a sorpresa”, è sempre legittimo se trova giustificazione nel mutato merito creditizio del cliente, tale cioè da indurre il finanziatore a valutare negativamente la capacità del debitore di adempiere alle proprie obbligazioni. Detto in altri termini: il perimetro applicativo dell'arbitrarietà del recesso (: assenza della giusta causa) corrisponde all'assenza di mutamenti del grado di solvibilità del debitore. Il grado di solvibilità del debitore orienta insomma le scelte della banca (anche) nella fase di interruzione del rapporto e governa il giudizio dell'interprete chiamato a valutare la legittimità delle determinazioni del finanziatore⁹⁰.

Il tema del recesso abusivo non si esaurisce nelle poche note fissate. Per i fini concreti che qui interessano i profili appena accennati confermano però il punto saliente da rimarcare. La legittimità della condotta è valutata dagli interpreti alla stregua del merito creditizio del cliente, che non costituisce dunque prerogativa insindacabile della banca. Questa è la cifra inconfutabile del diritto applicato.

Non meno limpida appare la “funzione” del giudizio di difformità che

⁹⁰ Come è stato chiarito in giurisprudenza «è il grado di solvibilità del cliente ad orientare legittimamente le scelte della banca circa il mantenimento o la revoca degli accreditamenti concessi, sicché è legittimo il recesso (*ad nutum*) della banca dal rapporto di apertura di credito di fronte a scarsa solvibilità sopravvenuta dell'accreditato». In questi termini Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Giur. it.*, 1998, 511 ss. Orientamento ripreso pedissequo dall'ABF: «il recesso di un banca da un affidamento precedentemente accordato costituisce l'effetto di una valutazione costante del merito del credito che gli intermediari debbono effettuare». Così ABF Collegio di Milano, 20 maggio 2010, n. 421; negli stessi termini cfr. ABF Collegio di Milano, 17 giugno 2011, n. 1247; ABF Collegio di Milano, 8 febbraio 2012, n. 372; ABF Collegio di Napoli, 15 ottobre 2012, n. 3303; ABF Collegio di Napoli, 17 gennaio 2013, n. 363.

ruota intorno alla condotta. Che è poi quella di incentivare il mantenimento ad “impiego vivo” dei finanziamenti, di perseguire la positiva funzione di liquidità del cliente meritevole. Nel disegno complessivo della struttura del bancario si controbilanciano le forze indotte dal rimedio della concessione abusiva del credito – che si presenta, come visto, anche sotto forma di mancata revoca di un finanziamento in assenza dei presupposti per la prosecuzione del rapporto –; o ancora le forze decisamente più vigorose tipiche del diritto fallimentare e connesse a un concorso del finanziatore nel ritardato fallimento del debitore.

Per dare corpo all’analisi del tema occorre soffermarsi sul problema dei rimedi, che nel contesto ripropone le tensioni sciolte nelle formule già esaminate a livello di inquadramento dommatico. In coerenza con la natura della posizione giuridica sbiadita riconosciuta al cliente, gli interpreti hanno negato la prospettiva del rimedio reale, cioè il rispristino delle linee di credito. Si è invece ammesso il diritto del cliente al risarcimento del danno causato dalla condotta illegittima della banca⁹¹. La giustificazione del rimedio risarcitorio oscilla tra gli effetti riconducibili alla violazione della buona fede in corso di esecuzione del contratto e la natura di *facere infungibile* della prestazione oggetto del rapporto obbligatorio tra le parti. Ora quelli indicati non sembrano per la verità argomenti determinanti. Che gli effetti della violazione delle regole di correttezza possano operare anche sul piano effettuale è dato pacifico in letteratura e giurisprudenza: ammesso e non concesso che sia la violazione delle regole di buona fede a rilevare e non già la lesione del diritto di credito di fonte legale. Parimenti non si vedono ostacoli nel ripristino coatto di una linea di credito: il danaro oggetto del contratto di finanziamento è bene fungibile con la conseguenza che un eventuale recesso abusivo consegna al

609

⁹¹ Si veda Cass. 22 novembre 2000, n. 15066, in *Mass. ced. Cass.*; nonché ABF Collegio di Roma, 23 aprile 2010, n. 284: «L’eventuale accertamento della condotta illegittima della banca, che la giurisprudenza qualifica come “rottura brutale del credito” non potrebbe mai comportare l’invalidità del recesso intimato dalla banca e l’obbligo, per quest’ultima di ripristinare le linee di credito nel loro originario ammontare (...); ma al più il diritto del correntista di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito». Si vedano negli stessi termini ABF Collegio di Roma, 13 settembre 2011, n. 1849; ABF Collegio di Roma, 27 giugno 2012, n. 2238; ABF Collegio di Roma, 17 novembre 2011, n. 2489; ABF Collegio di Roma, 30 novembre 2012, n. 4044.

credитore il potere di pretendere in maniera immediata e diretta la prestazione originaria. Non si tratta infatti di stipulare un contratto diverso. Nonostante gli argomenti richiamati, a me pare che il possibile equivoco legato alla scelta tra i diversi rimedi che l'ordinamento offre si riduca alla scelta del livello di protezione da accordare al cliente. Se si attribuisce a quest'ultimo un "diritto al credito", l'assetto distributivo dato non è modificabile, se non in presenza di sopravvenuti cambiamenti di merito. L'ordinamento giuridico scoraggia attività o iniziative in contrasto con quell'assetto. Il cliente finanziato gode quindi di una tutela piena, "proprietaria". Se si riconosce invece al cliente una mera aspettativa al credito l'assetto distributivo è liberamente modificabile dalla banca, a condizione che internalizzi i costi prodotti, cioè che risarcisca il danno sopportato dal cliente. Del resto che il problema sia "politico" e non tecnico sembra confermato dall'esperienza francese che ci ha consegnato il modello. L'art. 313-12 del *Code monétaire et financier* reagisce con la *nullité* del recesso inaspettato (: inferiore a sessanta giorni) se non giustificato dal fatto che il merito creditizio del cliente sia *irrémédiablement compromise*. Ma ancora prima che intervenisse il legislatore, la *Chambre commercial* si era orientata nella prospettiva del rimedio manutentivo⁹². Ferma la condanna al risarcimento del danno finalizzato alla *réparation de préjudice subi*. La scelta del rimedio reale è stata sostenuta anche da dottrina illuminata seguendo il percorso dell'inefficacia dell'esercizio del diritto potestativo *contram bonam fidem*⁹³. In giurisprudenza degna di nota una recente ordinanza del Tribunale di Verona che, accertata la frettolosa valutazione della banca in punto di merito creditizio del debitore, dichiara inefficace il recesso repentino, e ordina alla banca di «eseguire tutte le obbligazioni derivanti dal contratto di apertura di credito (...) per la durata di ulteriori 60 giorni»⁹⁴. L'eco dell'abuso del diritto riecheggia nell'apparato motivazionale del provvedimento e conduce elegantemente il giudice a considerare il recesso inefficace «per il periodo di tempo ragionevolmente neces-

⁹² Cass. Comm. 3 novembre 1992, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, 124 ss., con nota di MESTRE.

⁹³ Cfr. G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e "ricommercializzazione del diritto commerciale"*, cit., 246 ss.

⁹⁴ Trib. Verona, 24 dicembre 2012, in *Riv. dir. banc.*, sez. giur., 2013.

sario per coprire il saldo passivo e reperire nuove disponibilità creditizie presso il ceto bancario (periodo di tempo, che tenuto conto dell'attuale crisi dei mercati, soprattutto nel settore immobiliare di interesse della ricorrente, può essere determinato attraverso una quadruplicazione del preavviso minimo previsto dall'art. 1845 c.c. e quindi in 60 gg.)»⁹⁵. A parte l'esito curioso – si tratta di una tutela reale a termine – lo schema di ragionamento è lineare e risulta intimo alle finalità proprie dell'istituto⁹⁶.

14. - (Segue): il servizio di centralizzazione dei rischi e segnalazione a “sofferenza”.

Ancora una breve notazione a margine sulla segnalazione in Centrale rischi che si pone, per un certo verso, come evoluzione del tema appena richiamato. Il servizio per la centralizzazione dei rischi bancari è strumento utilissimo: sia per misurare la “posizione globale di rischio” di un cliente e dei soggetti collegati verso il sistema, sia per svolgere una corretta valutazione della clientela in ordine alla concessione di un finanziamento,

611

⁹⁵ Trib. Verona, 24 dicembre 2012, cit.

⁹⁶ Trib. Verona, 24 dicembre 2012, cit.: il recesso del finanziatore è contrario a buona fede «in quanto improvviso, repentino e senza un'apprezzabile giustificazione, oggettivamente ricollegabile all'evoluzione del rapporto; d'altra parte, “alla stregua del principio secondo cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 c.c.), non può escludersi che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito, benché patizialmente consentito anche in difetto di giusta causa, sia da considerarsi illegittimo ove in concreto assuma connotati del tutto imprevisti ed arbitrari. Tali connotati devono, cioè, contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta” (v. Cass. n. 4538 del 1997); più precisamente, nel caso di recesso da apertura di credito a tempo indeterminato, tenuto conto dell'ampia possibilità di recesso *ad nutum* prevista dall'art. 1845 c.c., il carattere “abusivo” non può che essere ricollegato all'aspetto temporale: le regole di correttezza cui deve uniformarsi il comportamento della banca nell'esecuzione del contratto impongono che la privazione delle disponibilità creditizie su cui il cliente abbia fatto affidamento, pur attuata nell'esercizio del diritto previsto dall'art. 1845 c.c., debba avvenire con una tempistica idonea a consentire al cliente stesso il reperimento della provvista per coprire il saldo del conto e comunque le ulteriori disponibilità creditizie, necessarie per la sua attività, salvo che il recesso repentino ed immediato sia giustificato dalle suindicate circostanze oggettive; pertanto, il recesso della banca dall'apertura di credito a tempo indeterminato, qualora sia “abusivo” nei termini appena esposti, deve ritenersi inefficace, quanto meno per il periodo di tempo ragionevolmente necessario per consentire al correntista di reperire la provvista necessaria, anche tramite il ricorso a crediti alternativi presso il ceto bancario».

sia per elaborare informazioni statistiche sul mercato del credito. Il funzionamento è assicurato dal meccanismo dei “flussi multipli periodici bidirezionali”, che si intrecciano nella realizzazione di finalità pubblicistiche e interessi privati⁹⁷. Da un lato consente agli intermediari partecipanti di prevenire il compimento di operazioni pregiudizievoli per la loro stabilità, nonché più in generale di compromettere la stabilità del sistema creditizio esponendolo ai pericoli connaturati ai così detti rischi sistematici⁹⁸. Dall’altro fornisce ai singoli intermediari uno strumento essenziale per favorire un efficiente esercizio dell’attività di impresa⁹⁹. Senza procedere nell’illustrazione delle regole di funzionamento basti ricordare, in coerenza con la finalità dell’approccio, che il rischio di insolvenza nelle sue diverse configurazioni sta al centro del sistema. Il pericolo che il debitore non assolva ai suoi obblighi di rimborso del capitale o al pagamento degli oneri finanziari informa la disciplina e impone ai partecipanti di comunicare mensilmente tutti i crediti erogati per cassa, i crediti di firma, le posizioni di rischio, dirette ed indirette, riferibili a ciascun cliente per un importo superiore a 30.000 euro. Sono quindi oggetto di segnalazione sia le esposizioni attuali sia le esposizioni meramente potenziali. Costituiscono, ancora, oggetto di segnalazione le esposizioni classificabili “a sofferenza”. Si tratta di una “categoria di censimento” che indica i finanziamenti erogati per cassa a favore di un soggetto che, al momento della segnalazione, si trova «in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili (...»). La posizione del cliente non deve essere pari o inferiore all’importo irrisorio di 250 euro. Quasi a dire che non rileva il finanziamento in quanto tale bensì la “complessiva situazione finanziaria del cliente” che deve essere valutata

⁹⁷ F. CAPRIGLIONE, *Funzione ed “autonomia” nella centralizzazione dei rischi bancari*, in *Mondo bancario*, luglio-agosto, 1991, 50.

⁹⁸ Ciò spiega perché il servizio sia affidato alla Banca d’Italia. Si veda M. TOLA, *Aspetti problematici delle segnalazioni alla centrale rischi*, nota a Tribunale di Cagliari 25 ottobre 2000, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 442 ss.

⁹⁹ G. TARANTINO, *In tema di segnalazione alla Centrale Rischi: profili di responsabilità della banca segnalante (e delle banche “terze”)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 229. Del resto sono le Istruzioni di Vigilanza a chiarire che il servizio di centralizzazione «si propone di fornire ai soggetti tenuti ad effettuare le segnalazioni uno strumento informativo in grado di accrescere la loro capacità di valutazione e di controllo della clientela».

discrezionalmente da parte dell’intermediario¹⁰⁰. Questa prospettiva, decisamente maggioritaria¹⁰¹, ci consegna un modello di valutazione del merito creditizio che ricade sull’intera situazione economica e patrimoniale del cliente, sulla capacità generale di rimborso. La segnalazione è virale ed ha una funzione precisa: quella cioè di comunicare al sistema bancario lo stato di insolvenza di un determinato debitore. È questa la ragione che giustifica una valutazione “a prescindere”: dall’ammontare del credito, «dall’esistenza di eventuali garanzie (reali o personali)», «dalle eventuali previsioni di perdita»¹⁰².

Non è questa la sede per analizzare la nozione di insolvenza *levior*, cioè quella grave e non transitoria condizione di difficoltà economica che non presuppone, almeno non necessariamente, uno stato di insolvenza fallimentare. Ciò che mi interessa rimarcare è che il giudizio prognostico di valutazione dell’intermediario attiene propriamente al merito creditizio del cliente e l’eventuale difformità allo standard del banchiere avveduto costituisce duplice criterio di responsabilità sia per condotta omissiva sia per condotta attiva. La mancata segnalazione a sofferenza di un cliente in centrale rischi comporta l’irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all’art. 144 del TUB. La segnalazione non giustificata espone il finanziatore alle conseguenze civilistiche dei rimedi risarcitorii finalizzati a compensare i danni patrimoniali e non patrimoniali sofferti dal cliente a seguito della lesione del “diritto al credito”. Lesione che molto spesso si appalesa irrimediabile, considerate le conseguenze dirette ed immediate: preclusione a qualsiasi fonte di finanziamento ordinaria, nonché interru-

613

¹⁰⁰ Cfr. Paragrafo 1.5, sez. II, cap. II, Istruzioni di Vigilanza.

¹⁰¹ Cfr. U. MORERA, *La centralizzazione dei rischi di credito: profili giuridici*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1996, 464 ss.; A.A. DOLMETTA, *Il credito in sofferenza nelle istruzioni di vigilanza sulla centrale dei rischi*, in A. SCIARONE ALIBRANDI (a cura di), *Centrale dei rischi*, Milano, 2005, 34 ss.; G. GIUSTI, *Presupposti di legittimità della segnalazione presso la centrale dei rischi di posizioni a sofferenza e limiti della tutela cautelare risarcitoria a fronte dell’illegitima segnalazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 577 ss.; F. VELLA, *Segnalazione di crediti in “sofferenza” alla centrale rischi e responsabilità della banca*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, 496 ss.; A. GABRIELLI, *La legittimità della segnalazione di un credito a sofferenza: una analisi gius-economica*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, 651 ss.; A. FLORIS, *Sulla nozione di “sofferenza” ai fini della segnalazione alla Centrale dei Rischi di Banca d’Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 654 ss. Tra le voci contrarie si segnala G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla Segnalazione a sofferenza nella Centrale dei Rischi della Banca d’Italia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1999, 303 ss.

¹⁰² Cfr. Paragrafo 1.5, sez. II, cap. II, Istruzioni di Vigilanza.

zione di eventuali finanziamenti in essere con altri intermediari. Anche a tacere del pregiudizio all'immagine e al buon nome commerciale¹⁰³. Fermi questi rilievi, va rimarcato che entrambe le valutazioni ed entrambi i giudizi di difformità sono orientati a raggiungere il merito e si articolano nell'analisi della solvibilità del debitore che attiene propriamente alla diligenza e professionalità della banca. La forza centripeta rappresentata dal vettore della sana e prudente gestione e della stabilità del sistema finanziario viene controbilanciata da quella centrifuga, uguale e di verso opposto, indotta dal diritto soggettivo del cliente a non essere pregiudicato da una segnalazione illegittima.

15. - Conclusioni.

Al di là degli esercizi cinetici, la casistica richiamata nelle presenti note dimostra come le forze che governano il bancario siano spesso di segno opposto alimentando un conflitto che favorisce un moto irregolare e ci consegna un quadro normativo frammentato, tributario di interessi settoriali. La ricerca di un sistema di riferimento inerziale che si muova in modo rettilineo deve svilupparsi lungo la stessa traiettoria. Il tentativo di tracciare una nuova dimensione del bancario sembra imporre una *reductio ad unitatem* degli eterogeni interessi pubblici e privati. Questa prospettiva ci conduce al merito di credito, di solvibilità del cliente che assume valore di criterio sussidiario, vertice orientativo dei fattori normativi.

A ben considerare il rischio che il cliente sia inadempiente agli obblighi di rimborso nell'ambito di una operazione creditizia non può diventare strumento di protezione di interessi di parte, in nome della declamata stabilità e solidità del sistema bancario. La valutazione del merito di solvibilità della clientela è esercizio di discrezionalità tecnica, non si tratta di un giudizio di valore sul bilanciamento degli interessi in gioco. Da questo angolo visuale, l'interprete verifica i presupposti che hanno determinato le scelte e le

¹⁰³ Trib. Mantova, 1 ottobre 2014, Cass. 9 luglio 2014, n. 15609, Trib. Nola, 24 aprile 2013, Trib. Brindisi, 22 giugno 2011, tutte in *Riv. dir. banc.*, sez. giur.; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 22 marzo 2007, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 6, II, 783 ss.; ABF Collegio Napoli, 2 settembre 2014, n. 5428; ABF Collegio Napoli, 7 agosto 2014, n. 5152; ABF Collegio Roma, 24 giugno 2014, n. 3900; ABF Collegio Roma, 13 giugno 2014, n. 3743, ABF Collegio Milano, 21 marzo 2014, n. 1691; ABF Collegio Milano, 15 gennaio 2014, n. 218.

modalità di erogazione, di astensione, di interruzione, di segnalazione. Entra nel merito, verifica i fatti, le circostanze di causa e qualifica la condotta alla luce degli standard tecnici imposti dalla normativa. Il giudizio sulla meritevolezza del credito consiste nel “giudizio di difformità” della condotta, cioè nella valutazione dello scarto tra comportamento concreto tenuto dalla banca e modello ideale di banchiere avveduto col quale lo si confronta. È questione di colpa insomma, che opera sia sul piano attivo sia su quello omissivo.

La prospettiva non è priva di conseguenze. Attribuire rilevanza al giudizio di difformità introduce numerosi incentivi capaci di creare il giusto equilibrio di deterrenza. Da una parte si scongiurano fenomeni di “erogazione difensiva” che hanno recentemente indotto gli istituti di credito a disertare l’attività bancaria tipica. Dall’altra però non si eliminano i meccanismi dissuasivi all’erogazione di credito facile, che nel recente passato ha compromesso l’affidabilità del mercato.

Lungo questa traiettoria, e sempre con riferimento alla valutazione del merito, va ricordato che nella letteratura bancaria è netta la tendenza a negare l’esistenza di un diritto al credito. Questa direttiva “politica”, davvero radicata nella cultura giuridica, trova fondamento nella natura imprenditoriale dell’attività bancaria. L’atto di concessione è atto discrezionale e come tale non sindacabile dall’interprete. Un organo che decide secondo diritto non può valutare la meritevolezza di credito del cliente istante traslando diversamente su questi un giudizio imprenditoriale relativo all’assunzione di un rischio. Senonché si è dimostrato che il giudizio di difformità è un giudizio sulla meritevolezza di credito del cliente. Le scelte che originano dalla discrezionalità tecnica sono sindacabili dall’autorità giudiziaria. L’esercizio del credito è sì “attività di impresa” caratterizzata però da un vincolo funzionale declinato alla luce dell’interesse perseguito, cioè l’interesse della collettività ad un ordinato accesso al credito. Che non è interesse al “credito facile”. Il vincolo che segna la legittimità o la patologia della scelta è precisamente la solvibilità del cliente. Non esiste un diritto di accesso al credito indiscriminato. Esiste però un diritto al credito, non una mera aspettativa, in presenza di adeguato merito creditizio.