

Concessione «abusiva» di credito ai consumatori

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. L'art. 124 *bis* T.U.B. come norma «interna». – 3. La impropria assimilazione del merito creditizio al paradigma della inadeguatezza dell'operazione. – 4. La verifica del merito creditizio (ed i suoi limitati effetti) nel sistema degli obblighi di informazione: dalla verifica alla valutazione. – 5. Il modello della concessione abusiva di credito all'impresa. – 6. Il parametro del *bonus argentarius* nella relazione finanziatore/consumatore. – 7. Il prestito responsabile nella sua dimensione concreta. – 8. Finanziamento senza rischi e finanziamento doloso. – 9. Finanziamento «obliquo» e tutela dei terzi creditori. – 10. Finanziamento incauto e lesione del diritto di credito. – 11. Responsabilità contrattuale dell'ultimo prestatore per complicità nell'inadempimento. – 12. Breve notazione conclusiva.

1. – L'art. 124 *bis* T.U.B. – prima della conclusione del contratto «*il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore*» – sembra fatto apposta per sollecitare le più diverse letture: dal massimalismo di chi vuole scorgerci il fondamento di un rinnovato rapporto tra professionisti e clienti all'insegna di una non meglio identificata funzione sociale del credito; al minimalismo di chi lo annega nel precetto di sana e prudente gestione del tutto sconfessandone la valenza protettiva.

Le oscillazioni interpretative sono consentite e finanche incoraggiate da un dato positivo in tutto ambiguo, ormai lontano dall'originario disegno che ravvisava un «interesse generale» nella lotta al sovraindebitamento e riteneva la valutazione di solvibilità operazione niente affatto «neutra», essendo in gioco la *responsabilità contrattuale* del creditore ⁽¹⁾. Il testo della direttiva di cui la recente disciplina è attuazione conserva una traccia assai sbiadita di simili intendimenti e, programmaticamente, non disciplina gli aspetti «relativi alla validità dei contratti di credito» ⁽²⁾; mentre il legislatore interno si è guardato da una messa a punto chiarificatrice che facesse lu-

⁽¹⁾ Art. 9 della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito ai consumatori COM/2002/0443 def., in *G.U. Ce* del 31 dicembre 2002, n. 200.

⁽²⁾ Cfr. Considerando n. 30 della dir. Ce 48/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la dir. Cee 87/102, in *G.U. l.* 133 del 22 maggio 2008, n. 66.

ce sul nesso – se c'è – tra conclusione del contratto e preventiva verifica del merito creditizio⁽³⁾.

Il tema si innesta sul delicatissimo crinale che vede fronteggiarsi la spinta ad assegnare un contenuto anche normativo al principio del « prestito responsabile » ed alle istanze che vi sono implicate, e l'esigenza di non compromettere il carattere squisitamente imprenditoriale che connota l'attività professionale di erogazione del credito⁽⁴⁾: qualsiasi tentativo volto a scorgere nell'art. 124 *bis* T.U.B. qualcosa in più di quello che vi è scritto dovrà pertanto farsi carico di questo difficile equilibrio.

È bene però precisare fin da subito, anticipando conclusioni che meglio argomenteremo, come la norma in parola, a dispetto degli slogan che ne hanno accompagnato l'adozione, non fa altro che riproporre, sotto spoglie solo in parte inedite, il dibattito tutt'altro che inedito ed ancora vivissimo intorno alla cosiddetta « concessione abusiva di credito » all'impresa: varrà la pena allora interrogarsi anche sui margini di esportabilità che simile fattispecie può spiegare nell'ambito del credito *retail*, avuto riguardo sia al rapporto finanziatori/cliente sia a quello, altrettanto rilevante, finanziatori/terzi creditori (di quel cliente).

2. – Se intendiamo per « merito creditizio » (del consumatore) la oggettiva ed attuale capacità di rimborso, misurata sul reddito, sul patrimonio aggredivibile e sulle trascorse vicende restitutorie⁽⁵⁾, in assenza di indicazioni testuali circa il rapporto tra valutazione *ex ante* e giudizio *ex post* sulla modalità di erogazione, è forte la tentazione di mantenere l'art. 124 *bis* al di qua del consueto accertamento che qualsiasi finanziatore preliminarmente compie sulla solidità del soggetto affidato – in sede di istruttoria e di continuo monitoraggio dei prestiti concessi – e di assegnarvi la sola funzione di garantire al prestatore il sicuro rimborso delle somme erogate.

⁽³⁾ Sia consentito rinviare, per la storia della norma, a L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 785 ss.

⁽⁴⁾ Sulle ambiguità sottese al principio del prestito responsabile cfr. CARRIERO, *Dal credito al consumo al credito ai consumatori*, in *Società*, 2007, p. 457.

⁽⁵⁾ A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, p. 183 ss. Sulla nozione di « merito creditizio » cfr. inoltre E. CATERINI, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento «finalizzato»*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, a cura di V. Rizzo, E. Caterini, L. di Nella, L. Mezzasoma, Napoli, 2010, p. 49 ss.; E. MINERVINI, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, *ivi*, p. 65 ss.; S. LARocca, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*, *ivi*, p. 233 ss. V. anche M. MAZZEO, *La verifica del merito creditizio*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 860; S. PELLEGRINO, *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori (d. lg. 13.8.2010, n. 141)*, *ivi*, 2011, p. 133.

Una simile configurazione – che, a monte, assegna al precetto di sana e prudente gestione l'obiettivo di stabilità del sistema bancario e non anche di selezione della domanda di credito al fine di tutelare lo stesso finanziato (6), a dispetto di una collocazione topografica solo ingannevole della norma in parola (7) – attrarrebbe allora l'« obbligo » di cui all'art. 124 *bis* entro un'orbita che poco o nulla ha a che fare con la pur proclamata istanza di protezione del consumatore, collocandolo a pieno titolo nell'ambito delle « procedure interne » all'attività del finanziatore, relative ai « requisiti organizzativi » regolati dalle Istruzioni di Vigilanza di Banca d'Italia (8).

Sarebbe così stroncato sul nascere ogni tentativo di attribuire alla verifica del merito creditizio un ruolo nella vicenda contrattuale che oppone creditore a debitore (9), rimanendo il prestito concesso a fronte di indicazioni

(6) Trib. Monza, 14.2.2002, in *Giur. merito*, 2003, p. 56.

(7) In generale, sul ruolo che la disciplina del credito al consumo ha spiegato nella edificazione di un diritto europeo vocato alla protezione dei consumatori, cfr. F. MACARIO, *Il credito al consumo*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli e Minervini, cit., p. 543 ss.; G. CHINÉ, *Contratti di finanziamento e tutela del consumatore*, in V. Cuffaro (diretto da) *Il mutuo e altre operazioni di finanziamento*, Bologna, 2005, p. 439 ss.; G. L. CARRIERO, *Autonomia privata e disciplina del mercato. il credito al consumo*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, XXXI, 2007; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 357 ss.

(8) A. MIRONE, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca borsa*, 2010, p. 592. Analogamente M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, p. 757 ss. Sul punto v. pure F. ANNUNZIATA, *Credito al consumo e regole di deontologia professionale dell'intermediario (alcune riflessioni in margine ad una recente legge francese)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1991, p. 665. Nel senso che la nuova disciplina ha in parte tradito le aspettative di tutela dei soggetti finanziati, introducendo invece – con la norma sul merito creditizio – una specifica tutela per i finanziatori, « per porli in grado di disporre di strutturati canali di gestione del rischio di credito », A. ANTONUCCI, *Credito al consumo e zone limitrofe una scheda di lettura del d. legis. n. 141 del 2010*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, p. 301. Per i finanziatori non bancari, v. quanto previsto all'art. 4.3 della sezione VII delle Istruzioni della Banca di Italia del 9 febbraio 2011, su cui, nell'ambito di una più ampia riflessione, CAPOBIANCO e LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *questa rivista*, 2011, p. 1142 ss.

(9) Per l'opzione interpretativa in forza della quale « l'eventuale esito negativo della verifica preliminare del merito creditizio del consumatore dovrebbe a rigore indurre il creditore ad astenersi dal concludere con il consumatore medesimo il contratto di credito », argomentando dal considerando n. 26 della direttiva, cfr. G. DE CRITOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/Ce e l'armonizzazione « completa » delle disposizioni nazionali concernenti « taluni aspetti » dei « contratti di credito ai consumatori »*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 274.

che avrebbero sconsigliato di erogarlo (avuto riguardo al rischio di *default* del cliente) inattaccabile sul piano civilistico⁽¹⁰⁾.

In effetti l'art. 124 *bis* T.U.B. configura una doverosità limitata al mero compimento della verifica e non anche spinta fino alla determinazione, in un senso o nell'altro, degli esiti di simile verifica⁽¹¹⁾: il creditore sarà pure obbligato a reperire le informazioni utili alla valutazione, ma non anche a necessariamente orientare la stessa di conseguenza, tanto meno tenendo conto delle ripercussioni che ne deriveranno sul patrimonio del debitore.

Potrebbe aggiungersi poi, a sostegno della prospettata qualificazione, che, a differenza degli « obblighi precontrattuali » posti dall'art. 124 a carico sia dei « finanziatori » sia degli « intermediari del credito » (agenti in attività finanziaria, mediatori creditizi e gli altri soggetti individuati dalla lett. *h* dell'art. 121 T.U. Bancario)⁽¹²⁾, l'obbligo di verifica del merito creditizio è posto soltanto a carico dei primi e non anche dei secondi; dunque solo su chi dalla mancata verifica potrebbe subire un pregiudizio in termini di mancato rimborso con conseguente ricaduta sulla gestione interna e non anche in capo a chi si limiti a svolgere una attività *lato sensu* promozionale senza sopportare i rischi dell'eventuale inadempimento del cliente e che, non a caso, è sottoposto ad una vigilanza da parte delle autorità creditizie più blanda di quella prevista per i finanziatori.

Al di là della controversa questione se le norme cosiddette interne possano spiegare effetti anche esterni nei rapporti fra ente erogatore e privati⁽¹³⁾, è però la stessa qualificazione in siffatti termini a suscitare qualche perplessità.

⁽¹⁰⁾ Sulla possibilità che l'erogazione disinvolta di credito possa dar corpo ad una pratica commerciale sleale, ed in particolare omissiva, in grado di falsare in modo rilevante la scelta del consumatore v. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contratti*, 2010, p. 1052. Sul tema, per un ampio inquadramento, V. MELI, *L'applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette nel « macrosettore credito e assicurazioni »*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, p. 334.

⁽¹¹⁾ A norma dell'art. 124 *bis* « prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente. 2). Se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore aggiorna le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuta il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito ».

⁽¹²⁾ Su cui M. R. LA TORRE, *Intermediari finanziari e soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Tratt. dir. econ.*, diretto da Picozza, Gabrielli, Padova, 2010, p. 370 ss. Cfr. altresì, sebbene con riferimento ad un quadro normativo in gran parte superato, U. MORERA, *Varietà sulla figura del « mediatore creditizio »*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, p. 344 ss.

⁽¹³⁾ Senza alcuna pretesa di completezza, M. S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina*

Non può tacersi invero che la disposizione di cui all'art. 124 *bis* non è più assistita dalla sanzione pubblicistica che la accompagnava in seno alla direttiva Ce 4872008 ⁽¹⁴⁾, né che la stessa sia collocata in un capo espressamente dedicato alla disciplina del rapporto contrattuale. Il che potrebbe appunto significare un deperimento del legame tra verifica precontrattuale e sana e prudente gestione a tutto vantaggio di una refluenza di quella verifica sul piano squisitamente civilistico della relazione creditore/debitore.

Del resto, l'assenza di rimedi espliciti non può considerarsi decisiva ai fini di una totale svalutazione delle ricadute contrattuali, posto che il legislatore domestico ci ha ormai abituati ad un recepimento *telle quelle* delle direttive, disattendendo pressoché costantemente l'opera di autentico completamento che l'attuazione impone.

Poiché il principio dell'«effetto utile» – che impone di interpretare le disposizioni della normativa interna in modo da non pregiudicare il raggiungimento delle finalità del diritto comunitario ⁽¹⁵⁾ – delega all'interprete l'opera di riconduzione a coerenza anche della disciplina in commento, non potrà prescindere da una considerazione che tenga in debito conto la possibilità di individuare una interferenza fra meritevolezza del credito e dinamica contrattuale, assecondando le (almeno originarie) sollecitazioni europee.

3. – Proprio nell'intento di restituire completezza alla regola fissata nell'art. 124 *bis* se ne è talvolta prospettata l'assimilazione al modello adottato per la prestazione dei servizi di investimento a proposito di «adeguatezza» dell'operazione: il principio del prestito responsabile ⁽¹⁶⁾ sembrerebbe delineare in quest'ottica «un assetto contrattuale in cui il finanziatore non può (più) limitarsi a fornire un prodotto al consumatore, ma deve fornire un prodotto che sia adeguato al consumatore» ⁽¹⁷⁾.

della funzione creditizia, in *Scritti in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, p. 712 ss.; G. FERRI, *La validità attuale della legge bancaria*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, p. 129; in senso critico M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1969, p. 110 ss.

⁽¹⁴⁾ Circostanza valorizzata da G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, cit., p. 1052.

⁽¹⁵⁾ Adidas, causa C-223/98, sentenza 14 ottobre 1999, Racc. I-7081, punto 24.

⁽¹⁶⁾ Su cui C. BOITI, *Il principio del prestito responsabile del creditore ed il dovere di informazione del consumatore*, in *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, cit., p. 427 ss.

⁽¹⁷⁾ L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, in *Società*, 2007, p. 402. Pone un parallelo fra le due discipline, sebbene solo sul piano delle direttive di sistema, anche E. QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 97.

La norma di riferimento è contenuta all'art. 29, reg. Consob, n. 11522, del 1998 (ora abrogato, ma largamente invocato dai giudici chiamati a valutare il rispetto degli obblighi di informazione imposti agli intermediari nella negoziazione degli strumenti finanziari fino al novembre 2007), il quale disponeva che gli intermediari autorizzati *si astengono* « dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione »; ed aggiungeva, al comma 3, che gli stessi, « quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione ». Qualora l'investitore intendesse comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati avrebbero potuto eseguirla solo sulla base di « un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente », in cui fosse fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

Rispetto alle conseguenze sanzionatorie, sarà sufficiente ricordare che la Corte di Cassazione⁽¹⁸⁾ collocava il divieto nella fase esecutiva del contratto (quadro), liquidandolo come specificazione del primario dovere di diligenza, correttezza e professionalità nella cura degli interessi del cliente; e ne faceva discendere un obbligo risarcitorio a carico dell'intermediario infedele⁽¹⁹⁾. A simile conclusione taluno opponeva, a nostro av-

⁽¹⁸⁾ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, pubblicata, fra l'altro, in *Corr. giur.*, 2008, p. 25 ss., con commento di MARICONDA, *L'insegnamento delle sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2785 ss., con nota di FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 536 ss., con note di ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, e BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 445 ss., con nota di SALANITRO, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*; in *Foro it.*, 2008, I, c. 785 ss., con nota di SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*. Cfr. altresì le osservazioni critiche di F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *questa rivista*, 2008, p. 936 ss. Prende l'avvio dalla decisione citata per sondare le innervature sistematiche del tema C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 599 ss. In tema v. pure L. GAFFURI, *La valutazione dell'adeguatezza e dell'appropriatezza di strumenti finanziari e servizi di investimento, ne ilcaso.it*, doc. n. 128/2008; P. FIORIO, *La non adeguatezza delle operazioni di investimento*, *ivi*, doc. n. 71/2007.

⁽¹⁹⁾ Alle stesse conclusioni perviene, per il credito al consumo, L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile»*, cit., p. 402, per il quale sarebbe fondata « una pretesa mirante non ad invalidare il contratto (che comunque lascerebbe intatto l'obbligo di restituire il capitale a tito-

viso più condivisibilmente, la soluzione della nullità dell'operazione inadeguata ⁽²⁰⁾.

Ora, per verificare se l'accostamento fra i due modelli di disciplina sia ed in che misura appagante va preliminarmente chiarito un ricorrente equivoco, che vorrebbe consacrato nel reg. Consob un obbligo di fornire un prodotto adeguato (e, specularmente, un divieto di fornire un prodotto inadeguato).

A ben vedere, infatti, nella trama delle regole poste dal citato regolamento, vietata non era l'operazione inadeguata in sé, ma l'operazione la cui inadeguatezza non venisse sufficientemente « spiegata » al cliente: a delinarsi era insomma una inedita procedimentalizzazione, alla cui stregua il congegno adeguatezza/informazione/consenso si atteggiava a « modalità imperativa attraverso cui si struttura la manifestazione della volontà del cliente » ⁽²¹⁾ e nel quale l'informazione rappresenta il momento centrale in grado, ad un tempo, di esonerare l'intermediario dal dovere di astensione e di consentire al cliente di perseguire comunque il divisato interesse negoziale.

Schema, dunque, del tutto differente da quello adottato dalla disciplina del credito ai consumatori, per funzioni e per struttura.

Quanto alle informazioni « in entrata », diversa è la natura dei dati su cui operare la verifica del merito creditizio: l'intermediario doveva chiedere all'investitore notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, la sua propensione al rischio (art. 28 reg.); per chi eroghi credito è previsto un più vago obbligo di utilizzare informazioni adeguate, *se del caso*

lo di ripetizione di indebito), ma a far valere il danno derivante dalla conclusione di un contratto, che è in sé lecito e rimane valido, sulla base di presupposti o a seguito di comportamenti scorretti». Per un diverso approccio, con riferimento alla annullabilità per errore essenziale sulla caratteristica del bene, A. GENTILI, *Invalidità e regole dello scambio*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 138.

⁽²⁰⁾ D. MAFFEIS, *Contro l'interpretazione abrogante della disciplina preventiva del conflitto di interessi (e di altri pericoli) nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 87. Nel senso della invalidità anche F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 48 ss.; Id., *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione, (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725*, in *ilcaso.it*, doc. n. 92/2008, 11; V. SANGIOVANNI, *Informazione sull'adeguatezza dell'operazione finanziaria e dovere di astenersi*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1263. Nella giurisprudenza di merito, in questo senso, v. Trib. Venezia, 27/03/2008, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 1276 con nota di R. MARAGNO, *L'orientamento del Tribunale di Venezia in tema di sanzioni degli inadempimenti ai doveri informativi a carico degli intermediari finanziari*.

⁽²¹⁾ D. MAFFEIS, *Contro l'interpretazione abrogante della disciplina preventiva del conflitto di interessi*, cit., p. 85.

fornite dal consumatore, e *ove necessario*, attinte dalle banche dati (art. 124 *bis*).

Quanto alle informazioni «in uscita» (successive alla verifica), gli intermediari autorizzati, se ricevute da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, avrebbero dovuto informare il cliente di tale circostanza e *delle ragioni* per cui non era opportuno procedere alla sua esecuzione; mentre il dispensatore di credito informa il consumatore immediatamente e gratuitamente del solo risultato della consultazione ed esclusivamente nell'ipotesi in cui il rifiuto della domanda di credito si basi sulle informazioni presenti in una banca dati, di cui indicherà gli estremi (22).

Quanto ai possibili sviluppi successivi all'esito negativo della verifica, nel caso dei prodotti finanziari all'avviso seguiva comunque la possibilità di compiere l'operazione poiché la decisione finale rimaneva rimessa integralmente alla (scelta informata) del cliente; laddove, per il prodotto creditizio l'interlocuzione si arresta, essendo escluso che l'aspirante debitore possa pretendere comunque, ancorché avvisato, l'erogazione del credito (23).

Conseguentemente, quanto alla valenza «strutturale» dell'attività precontrattuale, non sembra riproporsi per il credito al consumo la sequenza propria dell'art. 29, reg. Consob, per la quale l'informazione/avviso entrava nell'atto negoziale dovendo l'ordine impartito per iscritto far esplicito riferimento alle avvertenze ricevute.

Se un parallelo si vuole istituire, allora, questo è limitato alla sola circostanza che né per i prodotti finanziari (nel quadro regolamentare ora ricordato) né per il credito ai consumatori può ragionevolmente affermarsi un dovere di astensione.

Dovere di astensione delineato invece adesso dalla disciplina *post Mifid* (24).

Limitandosi a disporre che «quando gli intermediari che forniscono il

(22) Art. 125, commi 2° e 3°: Se il rifiuto della domanda di credito si basa sulle informazioni presenti in una banca dati, il finanziatore informa il consumatore immediatamente e gratuitamente del risultato della consultazione e degli estremi della banca dati. I finanziatori informano preventivamente il consumatore la prima volta che segnalano a una banca dati le informazioni negative previste dalla relativa disciplina. L'informativa è resa unitamente all'invio di solleciti, altre comunicazioni, o in via autonoma.

(23) Ritiene configurabile una «probabile fattispecie di responsabilità precontrattuale per rottura ingiustificata dalle trattative quell(a) del rifiuto di concedere credito espressamente ed esclusivamente motivata da rilievi sul merito creditizio fondati su informazioni *inadeguate*» M. DE POLI, *Le regole di comportamento dei "creditori" nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2009, p. 49.

(24) V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 503 ss.

servizio di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafogli non ottengono le informazioni di cui al presente articolo si astengono dal prestare i menzionati servizi», il comma 6° dell'art. 39 del nuovo reg. Consob⁽²⁵⁾ non contempla più la possibilità, per il cliente, di procedere comunque all'operazione neutralizzando il dovere di astensione del professionista. La diversa formulazione (riferita testualmente all'ipotesi in cui l'intermediario non riceva le informazioni richieste), solo *prima facie* può far pensare ad una tutela diminuita, poiché « se deve astenersi quando non può valutare l'adeguatezza dell'operazione (e il pericolo di danno al cliente è solo eventuale)», l'intermediario dovrà astenersi a maggior ragione « quando abbia potuto effettuare tale valutazione ed essa abbia avuto un esito negativo (perché in questo caso il pericolo di danno per il cliente è addirittura certo)»⁽²⁶⁾.

A tracciarsi è un obbligo di astensione dal compimento di operazioni inadeguate che « manifesta la disapprovazione dell'ordinamento per le operazioni compiute in consimili situazioni di pericolo »⁽²⁷⁾ e per questo conduce alla invalidità dell'operazione compiuta in violazione del divieto, « in omaggio all'esigenza di ordine pubblico di garantire l'integrità dei mercati contro la diffusione di operazioni pericolose (e molto probabilmente dannose) »⁽²⁸⁾.

Tornando al problema dell'accostamento fra verifica del merito creditizio e valutazione di adeguatezza, non può non riconoscersi che lo schema adottato per il prodotto finanziario, ancora una volta, diverge sensibilmente, in punto di contenuti e funzioni, dalla disciplina dettata per l'operazione creditizia.

Rispetto alle regole adesso in vigore, si ripropongono tutte le considerazioni più sopra svolte ma arricchite dal presentarsi qui l'obbligo di astensione non più negoziabile da parte del cliente, e perciò sintomatico di una ancor più decisa disapprovazione dell'ordinamento, che espropria il cliente dalla scelta finale, per censurare l'operazione in sé, a prescindere dalla diversa volontà eventualmente manifestata.

In questa più avanzata fase di elaborazione del problema – e sulla scor-

(25) Regolamento recante norme di attuazione del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di intermediari (adottato dalla Consob con del. n. 16190 del 29 ottobre 2007 e successivamente modificato con del. n. 16736 del 18 dicembre 2008 e n. 17581 del 3 dicembre 2010).

(26) Così P. SIRENA, *Responsabilità precontrattuale e obblighi informativi*, in *L'attuazione della direttiva MiFID*, (Atti del Convegno Montepulciano, 17-19 aprile 2008), a cura di L. Frediani e V. Santoro, Milano, 2009, p. 108.

(27) D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 403 ss.

(28) D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento*, cit., p. 403 ss.

ta di una più avvertita potenzialità di pericolo del prodotto finanziario – l'adeguatezza si emancipa dall'area degli obblighi di informazione (contrattuali) entro cui la collocava la disciplina abrogata, per essere del tutto attratta nel più generale interesse dell'integrità del mercato, in virtù della quale si «priva l'investitore del *diritto alla prestazione del consenso* e alla disponibilità pregiudizievole del patrimonio» (29): con un passaggio, dunque, dalla «autonomia funzionale» alla «eterodeterminazione» (30).

Tale frizione tra autonomia privata e formazione eteronoma del regolamento contrattuale (31) – *leitmotiv* della cosiddetta legislazione nuova e caratteristica più evidente della commercializzazione di prodotti finanziari – si presenta con sembianze assai più sfumate nella trama degli obblighi precontrattuali intessuta dal T.U.B. e prende corpo semmai con riferimento ad altri segmenti di disciplina (nella specie, forma-contenuto e integrazione legale) (32).

4. – Fugata l'idea che l'obbligo di cui all'art. 124 *bis* vieti di fornire un prodotto inadeguato (*rectius* un credito insostenibile), non per questo dovrà rinunciarsi a meglio definirne in positivo il contenuto (e gli effetti) nell'ottica della relazione finanziatore/cliente, e avuto pur sempre riguardo ai canoni di informazione/trasparenza che connotano l'operazione. Occorrerà insomma verificarne – se rintracciabile – la relazione con le disposizioni di cui al n. 5 dell'art. 124 T.U.B. in materia di obblighi precontrattuali.

Accanto alle informazioni documentali riguardanti il contratto di credito (art. 124, nn. 1-4), il finanziatore fornisce *chiarimenti adeguati*, in modo che il consumatore possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua *situazione finanziaria*, eventualmente illustrando *gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento* (33).

Si tratta all'evidenza di comunicazione assai differente da quella consacrata nel documento contenente dati standard, connotati per neutralità e oggettività, e diretti alla conoscibilità di regole contrattuali (il tipo di credi-

(29) F. SARTORI, *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell'effettività delle regole di condotta*, in *ilcaso.it*, doc. n. 159/2009, p. 9.

(30) F. SARTORI, *Autodeterminazione e formazione eteronoma*, cit., p. 9.

(31) F. SARTORI, *Autodeterminazione e formazione eteronoma*, cit., p. 20.

(32) Sul punto sia consentito rinviare a L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 207 ss.

(33) A norma del comma 6° «I fornitori di merci o prestatori di servizi che agiscono come intermediari del credito a titolo accessorio non sono tenuti a osservare gli obblighi di informativa precontrattuale previsti dal presente articolo, fermo restando l'obbligo del finanziatore di assicurare che il consumatore riceva le informazioni precontrattuali».

to, l'importo totale e le condizioni di prelievo, la durata del contratto, il *taeg*) o diritti di fonte legale (l'esistenza o l'assenza del diritto di recesso; il diritto di ricevere le informazioni sulla banca dati da cui il creditore ha tratto le informazioni che lo hanno portato a rifiutare il credito, il diritto di ricevere copia della bozza di contratto) (34).

Qui l'informazione si personalizza, e per farlo non può prescindere da una conoscenza effettiva del cliente; il che, a sua volta, non può che passare per una corretta verifica del merito creditizio, poiché l'adempimento diligente degli obblighi precontrattuali di informazione presuppone che il prestatore abbia un'idea completa della situazione finanziaria del suo potenziale *partner* (35).

Per fornire informazioni su misura, la verifica del merito creditizio sembrerebbe dunque passaggio pressoché obbligato che consente di calibrare l'interlocuzione sul singolo cliente, di cui rilevano, in egual misura, dati anagrafici, livello di consapevolezza e, naturalmente, situazione finanziaria nella duplice direzione della storia debitoria e della attuale capacità patrimoniale; il parametro della meritevolezza del finanziato si colora dunque di contenuto, ed è in grado di proiettare i suoi effetti nel rapporto fra le parti, per il *medium* della trama di doveri informativi che gravano sull'operatore professionale.

Occorre però intendersi circa l'ampiezza e la vincolatività di dette informazioni personalizzate.

Si direbbe che quello delineato dalla nuova disciplina assomigli ad un dovere di «avviso» o «messa in guardia» consistente nel fornire informazioni attirando l'attenzione sui rischi che una certa operazione presenta: a questi fini il finanziatore è tenuto non solamente a fornire una informazione standard, ma altresì a segnalare le conseguenze – oggettive anch'esse – che discendono da tali informazioni in una prospettiva che guardi ai pericoli da evitare fornendo al consumatore tutti i dati che gli consentano una scelta ponderata (36).

Non si configura di certo, nelle ipotesi appena enunciate, anche un vero e proprio dovere di consulenza o di assistenza (37), il quale presupporrebbe

(34) M. DE POLI, *Le regole di comportamento dei "creditori" nella direttiva 2008/48/Ce in materia di credito al consumo*, cit., p. 42 ss.

(35) H. CLARET, *Les obligations d'information du prêteur professionnel après la réforme du crédit à la consommation*, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2011, étude 14.

(36) M. FABRE - MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n. 10.

(37) Di «assistenza» si discorre invero testualmente in seno alle istruzioni della Banca d'Italia (Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti) del 9 febbraio 2011, all'art. 4.2.2. della sez. VII. Sull'idea di «as-

di delegare al finanziatore il passo in più di un bilancio costi benefici dell'operazione ed implicherebbe non solo l'avvertimento sui rischi, ma pure di trarne le conclusioni circa l'opportunità di concludere l'affare ⁽³⁸⁾.

Per un verso, i chiarimenti adeguati sono funzionali a che *il consumatore* assuma una scelta altrettanto adeguata (con riferimento alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria); per altro verso, l'illustrazione delle conseguenze del mancato pagamento è solo eventuale e riguarda gli effetti *specifici* dell'inadempimento, vale a dire quelli che dal contratto che si vuole concludere scaturiranno in ordine, per esempio, agli interessi di mora, alla revoca del fido, ecc. ⁽³⁹⁾

La legge non pone a carico del finanziatore il dovere di avvertire il consumatore circa le ripercussioni che la concessione del credito produrrà sull'intero suo patrimonio in chiave di sovraindebitamento, mentre sembra considerare la verifica del merito parte della diligenza richiesta per l'adempimento degli obblighi di informazione (personalizzata) a loro volta funzionali a che *il consumatore* confronti le diverse offerte di credito sul mercato e prenda «una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto di credito» (art. 124, comma 1°, T.U.B.), che sarà a questo punto responsabilmente offerto e responsabilmente assunto ⁽⁴⁰⁾.

sistenza» nella direttiva sul credito al consumo, v. M. DE POLI, *Gli obblighi gravanti sui «creditori» nella fase anteriore e posteriore alla stipulazione del contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit., p. 37. Fa esplicito riferimento ad un obbligo di consulenza gravante sul finanziatore G. FALCONE, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, in *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2011, p. 190; analogamente L. VIGNUDELLI, *La direttiva comunitaria in materia di credito ai consumatori*, in *Banche e mercati finanziari*, a cura di F. Vella, Torino, 2009, p. 244.

⁽³⁸⁾ A. GOURIO, *Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur?*, in *RD bancaire*, 2001, p. 51; J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Que reste-t-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier?*, *Banque et droit*, 2005, 11, n. 28.

⁽³⁹⁾ Art. 124, comma 5°: Il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi dei commi 1° e 2°, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento. In caso di offerta contestuale di più contratti non collegati ai sensi dell'art. 121, comma 1°, lettera d), è comunque specificato se la validità dell'offerta è condizionata alla conclusione congiunta di detti contratti.

⁽⁴⁰⁾ F. CRÉDOT e T. SAMIN, *L'obligation de mise en garde est-elle compatible avec le concept de crédit responsable ?*, in *RD bancaire et fin*, 2010, p. 203. Deve segnalarsi in proposito la deriva paternalista cui condurrebbe l'accoglimento dell'idea, pur affiorata nel dibattito europeo, che i problemi del sovraindebitamento possano risolversi col rinvio ad una (non meglio specificata) nozione di «capacità finanziaria» modellata per certi versi sulla incapacità di agire

La prospettata compenetrazione sembrerebbe in verità esclusa ove si ponesse mente alla – almeno apparente – divaricazione tra obbligo di verifica del merito creditizio e obblighi d'informazione cui dà luogo l'(eventuale) ingresso nella vicenda contrattuale dell'intermediario, il quale, come già segnalato, è tenuto ai medesimi doveri informativi prescritti per il finanziatore, ma non anche alla preliminare verifica del merito creditizio, potendo avere contezza della situazione finanziaria del cliente solo attraverso le informazioni che lo stesso gli comunicherà (art. 124, comma 1°).

Sembrerebbe così d'acchito smentita l'idea che, in generale, non possa darsi informazione corretta senza preliminare conoscenza del merito del cliente.

Ai fini di una maggiore coerenza non gioverebbe far sopravvivere la tesi dell'intreccio tra informazione e verifica solo con riferimento al finanziatore e non anche all'intermediario, in ossequio alla letterale diversa dislocazione delle due attività. Non si potrebbe cioè sostenere che per il finanziatore l'informazione è correttamente fornita solo se supportata dalla conoscenza del merito del cliente, mentre l'intermediario può limitarsi a calibrare la sua interlocuzione esclusivamente sulle « preferenze espresse » e sulle « informazioni fornite » dal consumatore (secondo il disposto dell'art. 124, comma 1°).

Un simile risultato condurrebbe a conseguenze ben poco rassicuranti anzitutto nell'ambito della relazione tra cliente e intermediario: il quale, chiamato a rispondere del danno provocato da cattiva o mancata informazione avrà gioco facile nell'affermare che, non essendo tenuto a conoscere la reale situazione finanziaria, e dovendosi limitare a prendere atto delle sole comunicazioni provenienti dal cliente, quella in concreto dispensata era la migliore delle informazioni possibili, imputando semmai ad una scarsa trasparenza dell'altra parte l'eventuale inadeguatezza delle attività precontrattuali svolte.

Si profilerebbe una versione per così dire *attenuata* dell'informazione a seconda che a fornirla sia il finanziatore o un suo intermediario: esito francamente deludente ove si guardi alla ratio della disciplina e alla funzione che il legislatore assegna ai doveri di informazione e che, dall'imposizione di questi in capo *anche* all'intermediario, dovrebbe semmai uscire rafforzata. Ed invero è sotto il profilo sistematico che non pare esservi margine per una siffatta ricostruzione « asimmetrica », atteso che paradigma e ruolo degli obblighi di informazione nella vicenda contrattuale – e di ciò la nuova disciplina offre ancor più decisa conferma – sono, e non possono che essere, unitari, unitari essendo funzioni e modello dell'informazione, a prescindere dal soggetto che sia chiamato ad erogarla.

Se così è – mentre appare finanche scontato che della *valutazione ex art. 124 bis* debba farsi carico esclusivamente il finanziatore – della *verifica* (ai fi-

ni di una corretta informazione) non può non partecipare anche l'intermediario, posto che la divaricazione tra conoscenza dello stato di solvibilità ed informazione (oltre a determinare in fatto l'ulteriore indebolimento di un soggetto che si assume già debole) darebbe corpo ad un regime schizofrenico, pronto a modificarsi in ragione della sola qualità professionale del soggetto che di volta in volta viene in contatto con il cliente. Su questa linea si attesta del resto la Banca d'Italia allorché, dettando disposizioni regolamentari in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, ribadisce che, nel caso in cui nell'offerta di contratti di credito il finanziatore si avvalga di intermediari, "egli rimane comunque responsabile dell'adozione di misure atte a garantire che il consumatore riceva, anche tramite l'intermediario del credito, le informazioni e l'«assistenza» dovute in sede precontrattuale" (41).

In base a quali modalità l'intermediario possa conoscere i dati sul merito creditizio è questione tutta interna alla concreta e variegata organizzazione del rapporto fra l'intermediario stesso ed il finanziatore (rapporto che peraltro, a seconda della morfologia di volta in volta assunta nelle diverse fattispecie richiamate all'art. 121, lettera *h*), non è escluso che assegni all'intermediario un ruolo tutto sommato marginale nell'ambito dell'attività informativa, la quale rimarrà in questi casi comunque doverosa in capo al finanziatore); ma di certo, in ragione degli obiettivi e delle finalità dell'informazione precontrattuale nel corpo della disciplina dettata dal T.U.B., non potrebbe ammettersi una diversificazione della intensità del dovere in dipendenza del diverso *status* professionale né tanto meno che una informazione personalizzata, per rispondere alle prescrizioni della legge, possa prescindere dalla compiuta conoscenza della condizione patrimoniale dell'informato.

Una lettura di diverso segno aprirebbe del resto all'anomalia di un sistema in cui a soggetti che dovrebbero considerarsi i primi indiziati di un eventuale sovraindebitamento del consumatore – per il fatto di non sopportare il rischio del mancato rimborso, e di essere remunerati attraverso un com-

della nostra tradizione. V. A. SUPIOT, *En guise de conclusion: la capacité, un notion à haut potentiel*, in *Capacitas*, a cura di S. Deakin e A. Supiot, Oxford e Portland, 2009, p. 161 ss.; S. DEAKIN, *Capacitas: Contract Law, Capabilities and the Legal Foundations of the Market*, *ivi*, p. 1 ss. Il contributo che più approfonditamente pone una relazione tra sovraindebitamento e capacità finanziaria si deve a S. GODELAIN, *Le concept de capacité dans le droit des contrats français*, *ivi*, p. 76 ss. Spunti anche in A. PIEDELIEVRE, *Les modifications apportées à certains cautionnements par la loi du 31 décembre 1989*, in *Gazette du Palais*, 1990, p. 158.

(41) Art. 4.2.5, sez. XII, delle Istruzioni di vigilanza di Banca d'Italia del 9 febbraio 2011, rubricato *Offerta attraverso intermediari del credito*.

penso insensibile agli esiti dell'affare – si impongano cautele minori di quelle previste per il finanziatore ⁽⁴²⁾.

Non a caso nella direzione fin qui indicata si muove – questa volta con apprezzabile maggiore chiarezza – la Proposta di Direttiva in materia di credito relativo ad immobili residenziali ⁽⁴³⁾ che – sulla scorta di « insegnamenti tratti dalla crisi finanziaria e dalla necessità di garantire che il prestito avvenga in maniera sana » – apre ad una valutazione del merito creditizio che si appunti su « disposizioni più rigide rispetto al credito al consumo » ed esiga dagli intermediari del credito « informazioni più precise circa il loro *status* e le relazioni con i creditori »; ed opportunamente incarica gli Stati membri di provvedere affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore proceda ad una valutazione approfondita del merito creditizio del consumatore, fondata su informazioni che il creditore *o, se del caso, l'intermediario del credito*, ottiene dal consumatore e da *fonti interne o esterne*. Col che si mantiene in capo al creditore la *valutazione* del merito creditizio (vale a dire la scelta se concedere o meno credito, fondata sugli esiti della verifica di quel merito) ma si impone anche all'intermediario di accedere alle informazioni su cui poi la valutazione sarà compiuta.

Una distinzione quanto mai opportuna tra decisione finale sul *se* concedere credito (che resta indefettibilmente in capo al creditore) e conoscenza degli elementi per gestire il *come* della informazione: l'intermediario verifica il merito creditizio al fine di adeguarvi le informazioni; il creditore verifica il merito creditizio al fine di adeguarvi le informazioni e lo valuta al fine della definitiva scelta negoziale.

Si può allora ribadire quanto avevamo proposto in apertura, vale a dire che il dovere di *verifica* del merito creditizio (che è altro dalla *valutazione*) concorre ad una informazione corretta; e la sua violazione non potrà allora

⁽⁴²⁾ Segnala come la non compiuta regolamentazione dell'attività degli intermediari rappresenti uno dei punti di massima criticità della disciplina, SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, cit., pag. 193; il quale peraltro fa rilevare che « proprio queste fattispecie potrebbero mettere in crisi quel particolare ed importante momento della valutazione del merito creditizio del consumatore che è la raccolta delle informazioni fornite dal consumatore stesso: se le informazioni vengono raccolte dall'intermediario, quest'ultimo potrebbe avere interesse a non far emergere quelle che potrebbero comportare il rifiuto della domanda di credito, con la garanzia che comunque il consumatore potrebbe rivolgere eventuali iniziative connesse alla violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio esclusivamente nei confronti del creditore ».

⁽⁴³⁾ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali, Bruxelles, 31 marzo 2011, com(2011) 142 def. V. anche il documento di accompagnamento della proposta sec(2011) 355 def., Bruxelles, 31 marzo 2011.

non rilevare ove tradotta in un *vulnus* della comunicazione precontrattuale, *sub specie* di sua inadeguatezza.

Il guadagno ricostruttivo subito si smorza tuttavia ove si abbia riguardo alla (consueta) scelta legislativa di individuare diritti e obblighi senza completare debitamente la disciplina che li contiene ⁽⁴⁴⁾.

Più coerentemente, l'ordinamento francese affida alla legge la determinazione di una tutela (sostanzialmente) risarcitoria (e vagamente punitiva), prevedendo senza ambiguità, a proposito del creditore che non abbia adempiuto l'obbligo di verifica di solvibilità (posto dall'art. L 311-9) che «il est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge» ⁽⁴⁵⁾, ed estendendo – si badi – il medesimo rimedio per l'ipotesi di violazione del dovere precontrattuale di informazione ⁽⁴⁶⁾.

In assenza di indicazioni di analoga indole, e nell'attesa che almeno in via regolamentare venga colmata la lacuna, ci si dovrà riferire agli esiti del tutt'altro che sopito dibattito nostrano. E così, ove mancasse qualsivoglia interlocuzione preliminare tra professionista e cliente potrebbe fondatamente ritenersi che difettino gli stessi elementi minimi necessari a consentire la conclusione di un contratto valido ⁽⁴⁷⁾; mentre meno agevole sarebbe il trattamento da assegnare all'informazione solo scorretta, specie a fronte

⁽⁴⁴⁾ Nessuna utile indicazione sul piano dei rimedi in concreto attivabili viene dalle Istruzioni della Banca d'Italia del 9 febbraio 2011. L'art. 4.2.2.2, sez. XII, dedicato alle informazioni «personalizzate», si limita ad arricchire il contenuto dei doveri già delineati all'art. 124, comma 5°, T.U.B. prescrivendo per esempio che il finanziatore assolve all'obbligo di fornire informazioni adeguate adottando procedure interne volte ad assicurare che il consumatore possa – prima della conclusione del contratto e per tutto il periodo a disposizione per l'esercizio del diritto di recesso ai sensi dell'articolo 125 *ter* del T.U. – rivolgersi, nei normali orari di lavoro, al finanziatore o a soggetti da questo incaricati per ottenere gratuitamente spiegazioni sulla documentazione fornitagli, sulle caratteristiche essenziali del prodotto e sugli effetti che possono derivargli dalla conclusione del contratto. È poi disposto che le procedure interne assicurino facilità di accesso alle spiegazioni e prevedano che il consumatore possa ottenerle oralmente o, comunque, attraverso tecniche di comunicazione a distanza che gli consentano – ove lo desidera – un'interazione individuale con gli addetti; ancora, che il finanziatore assicuri che il personale incaricato di fornire i chiarimenti abbia un'adeguata e aggiornata conoscenza dei contratti di credito offerti, nonché dei diritti dei consumatori e delle regole previste dal capo II del titolo VI del T.U. e dalle relative norme attuative. Niente però è detto delle conseguenze che la mancata adozione delle cautele prescritte o la violazione dei doveri gravanti sul finanziatore, solo più specificatamente «descritti», possano produrre nella vicenda (pre)contrattuale.

⁽⁴⁵⁾ S. PIEDELIÈVRE, *La réforme du crédit à la consommation*, in *Rec. Dalloz*, 2010, p. 1952; P. FLORES, *La réforme et la prévention du surendettement*, in *Aj famille*, 2011, p. 18.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. artt. L 331-9 e L 331-48, c. cons.

⁽⁴⁷⁾ R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, p. 415 ss.

di obblighi che non sembrano del tutto emancipati dal generale paradigma della buona fede *in contrahendo* ⁽⁴⁸⁾.

Tornerà dunque verosimilmente a riproporsi l'«*ambaradan* dei rimedi» che ormai costantemente accompagna le riflessioni sui doveri di informazione ⁽⁴⁹⁾ e con esso la varietà di posizioni che va dalla nullità per contrarietà a norme imperative, alla responsabilità contrattuale, fino ad una meno impegnativa (e qui più convincente) responsabilità precontrattuale estesa ai casi in cui «la trattativa abbia per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto» ⁽⁵⁰⁾ (ove se ne ammetta, in generale, la congruenza rispetto al sistema ricevuto) ⁽⁵¹⁾.

Non si vuole con ciò lasciare aperta la questione; il punto è che, almeno nella prospettiva del «prestito responsabile», il nodo nevralgico non è tanto quello della eventuale mancata *verifica* del merito creditizio quanto piuttosto il tema della compatibilità fra esito negativo della *valutazione* e (corretta) erogazione del credito comunque concesso ⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁸⁾ Secondo la ricostruzione fornita da Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 (in *Danno e resp.*, 2006, p. 25, con commento di ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*) a proposito di obblighi di informazione che, sebbene precontrattuali, sarebbero in astratto idonei a giustificare, se violati, la nullità virtuale del contratto. Sulla diversità di trattamento da assegnare ad obblighi informativi che si vorrebbero promananti dal dovere di buona fede in sede di trattative ed obblighi informativi posti esplicitamente dalla legge, cfr. D'AMICO, «*Regole di validità*» e *principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 262 e ampiamente 269 ss.

⁽⁴⁹⁾ Così V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond e Tango bond)*, in *questa rivista*, 2005, p. 1225.

⁽⁵⁰⁾ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Corr. giur.*, 2006, cit. E v., in proposito, il quadro ricostruito da G. MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *questa rivista*, 2006, p. 945 ss. In questo senso, con specifico riferimento alla verifica del merito creditizio, R. NATOLI, *La protezione del cliente finanziariamente analfabeta tra irrazionalità del mercato e paternalismo liberale*, in www.orizzontideldirittocommerciale.net, p. 12. In generale, per la compatibilità fra responsabilità precontrattuale e contratto valido, fra molti, MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 135 ss.; SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, 3^a ed., in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Sacco, Torino, 2004, p. 625 ss.; G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, p. 95 ss. V. anche, sul punto, TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 258.

⁽⁵¹⁾ Cfr., in proposito G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 201, p. 595 ss.

⁽⁵²⁾ Degna di nota in proposito la circostanza che la Banca d'Italia rubricò l'art. 4.3, sez. VII, delle Istruzioni in materia di Trasparenza del 9 febbraio 2011, «*valutazione del merito creditizio*», preferendo siffatta formula a quella («*verifica*») adottata dall'art. 124 *bis* ed ancor prima dalla dir. Ce 48/2008.

Problema che preesiste alla norma di recente introduzione e su cui conviene adesso più a fondo soffermarsi, specie a seguito delle sollecitazioni provenienti dalla già citata proposta di direttiva ove nitidamente si afferma che «se dalla *valutazione* del merito di credito del consumatore risulta che le prospettive di rimborso del prestito nel corso della durata del contratto di credito sono negative, *il creditore rifiuta il credito*» (art. 14, secondo comma, lett. a).

5. – Escluso che a fondare a carico del finanziatore un vero e proprio dovere di astensione (dal contratto) possa essere l'obbligo fissato all'art. 124 *bis*; ed escluso altresì che agli stessi fini possano piegarsi i doveri di messa in guardia di cui all'art. 124, funzionali semmai ad una scelta consapevole *del consumatore*, non per questo devono ritenersi a priori preclusi altri margini di ricaduta della valutazione del merito di credito in termini di responsabilità, non foss'altro per la suggestione che, nell'ambito dei rapporti finanziatore/consumatore, è destinato ad esercitare il tema della cosiddetta «concessione abusiva di credito».

Si ricorderà come, sulla scorta di stimoli provenienti dalla dottrina⁽⁵³⁾ e nel solco più o meno lineare di una pregressa giurisprudenza, le Sezioni

⁽⁵³⁾ V., fra primi, e senza alcuna pretesa di completezza, R. CLARIZIA, «La responsabilité du banquier donneur de crédit» (*La responsabilità del banchiere in una recente sentenza della Cassazione francese*), in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, I, p. 361 ss.; A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 219 ss.; A. BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, *ivi.*, 1981, I, p. 287 ss.; C.M. PRATIS, *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione «abusiva» di credito?*, *ivi.*, 1982, p. 841 ss.; F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *questa rivista*, 1987, p. 20 ss.; G. FRANCHINA, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Dir. fall.*, 1988, p. 657 ss.; G. TERRANOVA, *La responsabilità della banca nei confronti dei creditori dell'impresa finanziata*, in AA.VV., *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, p. 193 ss.; A. PRINCIPE, *Concessione abusiva di credito e problemi di responsabilità della banca*, in *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Milano, 1986, p. 355 ss.; F. ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. banc.*, 1998, I, p. 137 ss.; R. SGROI SANTAGATI, «*Concessione abusiva del credito*» e «*brutale interruzione del credito*»: due ipotesi di responsabilità della banca, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 625 ss.; B. INZITARI, *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Dir. banc.*, 1993, p. 412.

Per i successivi sviluppi del dibattito, cfr., fra gli altri: B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.* 2001, I, p. 265 ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità della banca per "concessione abusiva di credito"*, in *Dir. fall.*, 2002, I, p. 1077 ss.; M. ROBLES, *Erogazione «abusiva» di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 264 ss.; FAUCEGLIA, *I contratti*

unite della Cassazione abbiano ritenuto sicuramente dannosa e fonte di responsabilità aquiliana, sia nei confronti dei creditori dell'impresa decotta sia – ma qui forse con minor convinzione – nei confronti della stessa sovvenuta⁽⁵⁴⁾, la concessione di credito a chi si trovi in una già precaria situazione finanziaria.

Le argomentazioni sono schiettamente calibrate sulla natura imprenditoriale del debitore e sulle dinamiche del mercato: concedere credito a chi sia prossimo all'insolvenza significa mantenere artificiosamente in vita un'impresa e falsare il mercato, mettendo in circolo informazioni erronee sulla base delle quali i terzi sono indotti a conservare rapporti contrattuali o stringerne di nuovi con un attore in verità non più in grado di adempiere.

Il danno cagionato ai terzi, afferma la Corte di Cassazione, consegue alla insufficienza del riparto, e, diversamente dalla diminuzione che subisce il patrimonio del creditore per effetto dell'inadempimento, risale anche all'attività di un soggetto diverso dall'inadempiente⁽⁵⁵⁾.

Quanto alla perdita subita dalla impresa finanziata, la questione rimane su un piano di massima vaghezza, essendo affrontata dall'angolazione della legittimazione del curatore a far valere l'azione di responsabilità nei confronti della banca⁽⁵⁶⁾: sembra profilarsi la configurabilità in astratto di un si-

banconi, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Buonocore, Torino, 2005, p. 246; C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 653 ss.; F. DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 145 ss. Per un approccio al tema in chiave di analisi economica del diritto D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 429 ss. Per un approfondito quadro ricostruttivo cfr. A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004, p. 99 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cass., Sez. un., 16 febbraio - 28 marzo 2006, n. 7029, in *Dir. fall.* 2006, II, p. 630, con nota di NARDECCHIA, *L'abusiva concessione di credito all'esame delle Sezioni Unite*; in *Corr. giur.*, 2006, p. 643, con nota di G. FAUCEGLIA, *Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le sezioni unite*. Sul punto v. anche C. ESPOSITO, *La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione danni per abusiva concessione di credito: una breve analisi dei percorsi possibili*, in *Fall.*, 2006, p. 1128 ss.; S. CENNERAZZO, *Azione di responsabilità per concessione abusiva di credito: gli spazi di legittimazione del curatore fallimentare dopo la sentenza delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, II, p. 2 ss.

⁽⁵⁵⁾ Sui caratteri del danno da abusiva concessione di credito P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 18 ss.

⁽⁵⁶⁾ Secondo Cass., 7029 del 2006 già citata, l'esclusione della legittimazione del curatore è dipesa dalla circostanza che il giudice di legittimità ha potuto valutare i presupposti di tale legittimazione solo rispetto alla domanda giudiziale come formulata concretamente dalla curatela (nei termini di azione « di massa »): « un danno diretto ed immediato al patrimonio della fallita, quale presupposto dell'azione che al curatore spetta come successore nei rapporti del fallito e titolare dei diritti sorti in capo a questi, non venne mai dedotto. La questione co-

mile pregiudizio, di cui si tace però la relativa natura ⁽⁵⁷⁾.

Posta l'appartenenza della fattispecie in parola alla dimensione squisitamente imprenditoriale dei soggetti coinvolti, il richiamo alla giurisprudenza sull'abuso di concessione di credito può spendersi solo come avvio di una riflessione che vuole appuntarsi sulla praticabilità di soluzioni in qualche misura analoghe anche nelle situazioni in cui il sovvenuto non sia un imprenditore ⁽⁵⁸⁾.

La riflessione deve qui necessariamente sdoppiarsi, poiché questioni affatto differenti si pongono a seconda che venga in considerazione il debitore o i creditori di questo.

Ci soffermeremo adesso sul pregiudizio eventualmente subito dallo stesso debitore e sui margini della sua risarcibilità, per dedicarci in un momento successivo al problema del danno subito dai terzi creditori del debitore medesimo.

Ai fini della individuazione della perdita astrattamente configurabile in capo al destinatario dell'erogazione, scarso rilievo assume la questione se possa concepirsi un « danno » per chi, nell'esercizio libero e consapevole della sua iniziativa negoziale, chieda e riceva un finanziamento e dunque una somma che almeno inizialmente sembra accrescere il patrimonio e che solo in seconda battuta determina o può determinare un peggioramento della crisi.

All'argomento per cui la concessione del credito si traduce sempre in un incremento del patrimonio, rimanendo del tutto irrilevanti le successive modalità di impiego, cui soltanto potrebbe imputarsi l'aggravamento del dissesto ⁽⁵⁹⁾, può facilmente replicarsi che chi riceve un prestito, sia esso imprenditore o privato, deve in primo luogo gestire l'obbligo che ad ogni fi-

me tale è nuova perché avanzata per la prima volta in questa sede, e pertanto inammissibile ». V. anche Cass., 23 luglio 2010, n. 17284, in *Fall.*, 2011, p. 305, con nota di A. MARCINKIEWICZ, *Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito*.

⁽⁵⁷⁾ V. per una più decisa presa di posizione, Trib. Messina, 2 settembre 2008, in *Nuova giur. comm.*, 2009, p. 864, con nota di D. PULIATTI, *Abusiva concessione di credito, bancarotta fraudolenta per distrazione e risarcimento dei danni*. Sul punto v. BENEDETTO, *Osservazioni in tema di erogazione abusiva di credito*, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 335. Nel senso che la concessione di credito non potrebbe essere fonte di danno risarcibile per il soggetto finanziato cfr. Cass., 9 ottobre 2001, n. 12368, in *Dir. banca e merc. fin.*, 2002, I, p. 259.

⁽⁵⁸⁾ Sulla questione, G. FALCONE, *La responsabilità del creditore professionale nella insolvenza del consumatore*, in *Dir. fall.*, 2008, p. 90 ss.

⁽⁵⁹⁾ V. da ultimo, Trib. Monza, 31 luglio 2007, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, p. 375, ove l'atto di erogazione del credito è assunto come giuridicamente neutro, che non può essere valutato in sé come ingiusta fonte di danno per il soggetto a cui favore è accordato. V. pure, nello stesso senso, App. Bari, 17 giugno 2002, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, II, pp. 582-583, App. Bari, 18 febbraio 2003, in *Fall.*, 2004, p. 427. In dottrina, A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Il rischio*

nanziamento si associa, vale a dire quello della restituzione del capitale ricevuto; e quando il credito è erogato in un momento in cui il debitore è già in una situazione critica, sarà proprio il finanziamento ricevuto « a pesare come un macigno sempre più schiacciante »⁽⁶⁰⁾.

Se all'ampliamento del patrimonio fa da immancabile pendant l'obbligo di restituzione di un importo che sarà sempre maggiore di quello ricevuto – dovendosi in esso comprendere la corresponsione degli interessi corrispettivi e, in caso di ritardo, degli interessi moratori, oltre alle spese connesse all'operazione – il finanziamento « non potrà mai essere considerato neanche sulla base della più estrema semplificazione, quale evento che incrementa e arricchisce il patrimonio del soggetto finanziato »⁽⁶¹⁾.

Non solo. Il credito erogato a soggetto già fragile finanziariamente può agire da moltiplicatore delle poste di debito laddove la somma ricevuta venga impiegata per saldare debiti a breve termine (verso pregressi debitori) sostituendovi un debito a più lunga scadenza, magari contratto verso un soggetto nei confronti del quale gli oneri sono maggiori (più alto volume degli interessi, capitalizzazione periodica degli stessi interessi, spese e commissioni di massimo scoperto, ecc.).

Indubbia la configurabilità di un danno per il finanziato, meno convincente ne appare la ritenuta risarcibilità in via aquiliana.

Poiché il finanziamento ad un debitore già in crisi irreversibile comporta un aumento dell'esposizione debitoria legata agli oneri di restituzione⁽⁶²⁾, il danno che ne deriva si ascrive nitidamente all'area dei *pecuniary losses*, irrisarcibili per via extracontrattuale.

Troppo note per essere qui richiamate compiutamente, sarà sufficiente ricordare che le ragioni della esclusione del danno meramente patrimoniale dal novero dei pregiudizi risarcibili è il corollario di una nozione di « danno ingiusto » che – lungi dall'integrare una clausola generale, legittimante il giudice ad attribuire la qualifica di « giusto » o « ingiusto » ai fatti portati alla sua cognizione⁽⁶³⁾ – evoca piuttosto la violazione di una norma altra da quella costitutiva la regola di fattispecie che contiene la nozione di danno

per le banche nel finanziamento di imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito, in *Dir. fall.*, 1995, I, pp. 250-251; G. LO CASCIO, *Iniziative giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche*, in *Fall.*, 2002, p. 1182 ss.

⁽⁶⁰⁾ Con riguardo al patrimonio dell'imprenditore, B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *ilcaso.it*, doc. n. 58/2007, p. 8.

⁽⁶¹⁾ B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito*, cit., p. 9. Spunti nella medesima direzione in V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, Padova, 2008, p. 165 ss.

⁽⁶²⁾ P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, cit., p. 16.

⁽⁶³⁾ Così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, 3^a ed., Milano, 2006, p. 112.

ingiusto (art. 2043 c.c.) ⁽⁶⁴⁾.

In assenza di una norma primaria che appresti tutela specifica all'interesse di preservazione del patrimonio, non residua dunque alcuno spazio di ristoro per il danno subito: se il pregiudizio meramente patrimoniale fosse risarcibile, ne deriverebbe una obliterazione del predicato dell'ingiustizia, il quale presuppone la (tipica) rilevanza giuridica dell'interesse leso; si affiderebbe cioè all'interprete un potere di riscrittura di tale rilevanza in funzione del contingente conflitto di interessi, con l'ulteriore risultato di far slittare l'«ingiustizia» dal danno (ove il codice la colloca) alla condotta ⁽⁶⁵⁾.

Anche se si volesse accedere ad una ricostruzione del danno ingiusto nei termini di clausola generale, rimarrebbe comunque che il danno, risarcibile benché meramente patrimoniale, coinciderebbe con l'aumento dell'esposizione debitoria a causa dell'onere di restituzione, prendendo corpo all'atto stesso della (mancata) restituzione. Un danno, dunque, che – percepibile in coincidenza di un inadempimento – rimarrebbe invischiato in un comportamento che costituisce già inattuazione di un rapporto obbligatorio sotto il profilo della prestazione, come tale necessariamente attratto nell'area della responsabilità contrattuale.

In secondo luogo, la perdita patrimoniale derivante dalla concessione di un credito esorbitante le capacità di rimborso è perdita che il debitore si è per così dire autoinflitta al momento stesso della richiesta del finanziamento quale libera esplicazione della sua autonomia negoziale: con conseguente interruzione del nesso di causalità – tanto sotto il profilo della causalità di fatto, quanto sotto il profilo della causalità giuridica ⁽⁶⁶⁾ – fra condotta del-

⁽⁶⁴⁾ Non può darsi conto della vastissima letteratura incline a considerare il danno ingiusto alla stregua di una clausola generale e conseguentemente «aperto» il sistema dell'illecito aquiliano. Certamente essa molto tributa alle posizioni di chi cominciò ad aggredire, nel corso degli anni sessanta, l'idea della rigorosa tipicità dell'illecito per un verso e della natura secondaria della norma di cui all'art. 2043 per altro verso: il riferimento è a P. SCHLESINGER, *Il problema del risarcimento del danno*, in *Jus*, 1960, p. 336 ss. per un verso e a S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, per altro verso. Si richiama inoltre, senza alcuna pretesa di esaustività, GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *questa rivista*, 1985, p. 1 ss.; BUSNELLI, *Illecito civile*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, p. 7 ss.; LIBERTINI, *Le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *questa rivista*, 1987, p. 105 ss.; C. SALVI, *Responsabilità extracontrattuale (dir. vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1186 ss.; ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979; M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto dallo stesso a., I, Milano, 2010, p. 865 ss.

⁽⁶⁵⁾ In argomento v. S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 365 ss.

⁽⁶⁶⁾ A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in *Giur. comm.*, 2011, p. 307.

l'agente di cui si intende far valere la responsabilità (finanziatore) e determinazione dell'evento dannoso (imputabile al solo debitore) ⁽⁶⁷⁾.

La conclusione del contratto interverrà sì all'esito di un'istruttoria largamente procedimentalizzata e fortemente governata dal creditore, ma sarà comunque accompagnata dal set di informazioni previste dalla legge e volte ad innalzare il livello di consapevolezza del cliente e la comprensione dei risultati della valutazione compiuta dal finanziatore, nell'ambito di un almeno astrattamente costante rapporto dialogico che precede la stipulazione dell'accordo.

In effetti, e siamo alla terza obiezione, la relazione intercorrente tra finanziatore e cliente, per le modalità attraverso le quali il finanziamento è accordato, tutto è fuor che una relazione tra estranei (connotato tipico dell'illecito extracontrattuale): argomentare diversamente significherebbe scolorire « in una troppo generica responsabilità del passante o responsabilità del chiunque [...] il danno cagionato da un soggetto ad un altro, nei confronti del quale uno specifico obbligo di attenzione esiste già » ⁽⁶⁸⁾.

6. - È dunque nell'ambito di un rapporto già instauratosi fra le parti che vanno ricercati eventuali strumenti di reazione al finanziamento « dannoso ».

Con riferimento alla fattispecie di concessione abusiva di credito all'impresa si muove nella prospettiva contrattuale chi, mantenendo appropriatamente in tale alveo il ruolo della diligenza professionale, fa leva sul peculiare *status* del finanziatore - puntellato da penetranti regole di comportamento fissate dalla disciplina normativa del sistema bancario, lette nella prospettiva del dovere di solidarietà - per giustificare il sorgere a carico del creditore di un obbligo di protezione dell'integrità patrimoniale della sfera giuridica implicata nella situazione di contatto sociale, e per questa via tutelare i terzi, creditori del cliente, che abbiano maturato affidamento su quello *status* ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁷⁾ Non è isolato, in proposito, il diverso argomento secondo il quale vero soggetto agente della azione dannosa altri non è che il finanziatore. Quando questi sia, come il più delle volte accade, un finanziatore professionale, la concessione del credito sarebbe l'oggetto di una prestazione di carattere professionale, peraltro collocata in una fitta trama di riserve e controlli autorizzativi, e la richiesta di chi volesse accedere ad un finanziamento non si inserirebbe dunque nella sequenza eziologica che conduce al verificarsi del danno: così B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit., p.18; P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, cit., p. 17 ss.

⁽⁶⁸⁾ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 2006, p. 446.

⁽⁶⁹⁾ C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 657. Pure nel senso della riconduzio-

Fra i doveri di correttezza derivabili dal parametro del buon banchiere – si sostiene – vi sarebbe proprio quello di non erogare credito o di non continuare ad erogare credito ad un soggetto insolvente, pena la «violazione dei doveri gravanti sul soggetto banca a causa del proprio *status*, sia della violazione dei principi di correttezza, che disciplinano l'adempimento dell'obbligazione (artt. 1175, 1374, 1375 c.c.), sia dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.» i quali, appunto, comporterebbero «che diritti e obblighi se pure specificamente regolati dalle norme che li prevedano, non possono mai prescindere dell'osservanza del principio di buona fede operante all'interno delle posizioni soggettive, non potendo l'autore di un comportamento trarre da esse utilità con altrui danno»⁽⁷⁰⁾.

Se lo *status* del banchiere è in grado di fondare una relazione qualificata con soggetti terzi rispetto al rapporto di credito, a maggior ragione dovrebbe potersi spendere per regolare le dinamiche di quel rapporto, sebbene ancora *in nuce*.

La figura del *bonus argentarius* quale paradigma «che giuoca al tempo stesso come misura del comportamento diligente (in termini cioè di esatto adempimento delle obbligazioni a carico della banca) e come misura del comportamento corretto (in termini cioè di delimitazione degli obblighi di condotta gravanti sulla banca)»⁽⁷¹⁾ è ricorrentemente evocata quando si discuta dell'ampiezza del «potere» dei soggetti che professionalmente erogano credito; e vale la pena allora di verificare la praticabilità di una lettura

ne della concessione abusiva di credito (all'impresa) al sistema della responsabilità contrattuale si muove C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 125. Per l'idea che il recente favor legislativo per le soluzioni negoziate della crisi d'impresa introduca alcuni elementi di alterazione nello schema interpretativo della concessione abusiva del credito nel senso della natura contrattuale della responsabilità legata alla erogazione del credito, in talune ipotesi di partecipazione attiva alla ristrutturazione del debito, cfr. S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2009, all., p. 68 ss. Per una serrata ed analitica critica alla contrattualizzazione della responsabilità del finanziatore abusivo v. A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 104 ss.

⁽⁷⁰⁾ Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, pubblicata, tra l'altro, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1993, p. 412 ss., con nota di B. INZITARI, *Concessione abusiva di credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione della autonomia contrattuale*; in *Giur. it.*, 1993, I, p. 2129, con nota di G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*; in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, II, p. 258 con nota di A. PERRONE, *Presentazione dell'assegno all'incasso e obblighi della banca trattaria*, e di N. MARZONA, *Lo status (professionalità e responsabilità) dell'impresa bancaria in una recente sentenza della Cassazione*.

⁽⁷¹⁾ A. NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Società*, 2007, p. 439, il quale tuttavia utilizza lo *status* del banchiere quale presupposto dell'imputazione del danno a titolo di responsabilità extracontrattuale.

della relazione tra finanziatore e cliente (nella fase precontrattuale) nei termini di rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, caratterizzato da precisi doveri di «protezione», la cui violazione, siccome inadempimento, sarebbe attratta nell'area della responsabilità contrattuale.

La questione invoca cautela.

Che la banca, in quanto soggetta al diritto comune, debba come chiunque altro operare nel rispetto dei precetti fissati dal codice non è affermazione che può essere contestata⁽⁷²⁾; ed al pari incontestabile è l'idea che la banca sia soggetto più uguale degli altri, in grado di generare un maggior grado di affidamento cui deve corrispondere un *plus* di responsabilità⁽⁷³⁾. Su queste basi, del resto, i giudici hanno sanzionato a più riprese e su diversi fronti le condotte scorrette del banchiere nell'attività di erogazione del credito: si pensi, solo a titolo esemplificativo, alla ormai cospicua giurisprudenza in tema di «rottura brutale del credito»⁽⁷⁴⁾.

Nelle decisioni appena richiamate però la buona fede, amplificata dallo *status*, inoculava contrappesi nella relazione *in fieri* per mantenere questa sul binario della parità, laddove mai essa può piegarsi fino a «decidere dell'esistenza di un rapporto obbligatorio»⁽⁷⁵⁾, di cui solo governa il corretto svolgimento.

La buona fede *in contrahendo* ha nella *rilevanza dell'affidamento* il suo elemento essenziale: «affidamento di un soggetto nella lealtà, nella proibizione, nella correttezza di un altro soggetto, con cui il primo è entrato in una

⁽⁷²⁾ G. FERRI, *La diligenza del banchiere*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1958, p. 1 ss.

⁽⁷³⁾ Per un'ampia disamina della responsabilità da *status* della banca, P. GAGGERO, *Responsabilità della banca*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., Torino, 1998, p. 266 ss.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. Cass., 14 luglio 2000 n. 9321, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 699 con nota di G. SCHIANO DI PEPE, *Insolvenza e gestione del credito bancario*, in *Contratti*, 2000, p. 1111 con nota di F. DI CIOMMO, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1479 con nota di A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*. V. pure Cass., 22 novembre 2000, n. 15066, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, p. 109, con nota di M. SPADA, *A proposito del recesso ad nutum dall'apertura di credito*. *Brevi note*; Cass., 13 agosto 2004 n. 15769, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 395, con nota di M. FABBRINI, *Abusiva revoca del decreto e accertamento dell'insolvenza*; Cass., 2 aprile 2005, n. 6923, in *Dir. e prat. società*, 2005, p. 54, con nota di BOMBARDI. Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Foggia, 9 aprile 1998, inedita, citata da P. MANES, *Diritto di recesso dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato e violazione della buona fede*, in *questa rivista*, 1999, p. 920; App. Milano, 10 maggio 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 502; e, in riferimento all'arbitraria interruzione del servizio bancomat, cfr. Trib. Milano, 8 settembre 2006, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, p. 85 con nota di MARSEGLIA, *Rottura brutale del credito e responsabilità della banca*. Per altri riferimenti cfr. A. SCARPA e G. FORTUNATO, *Banche e responsabilità civile*, Milano, 2008, p. 67 ss.

⁽⁷⁵⁾ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 9.

relazione di affari»⁽⁷⁶⁾; non anche affidamento nella circostanza che quello stesso soggetto, dopo essersi comportato lealmente, probamente e correttamente nella fase che precede il contratto, si astenga dal concluderlo solo perché sconveniente per l'altro contraente, cui peraltro finirebbe per sostituirsi.

Comportamento secondo buona fede e convenienza dell'affare (germinato in una cornice di comportamenti corretti) sono categorie che si muovono su piani distinti⁽⁷⁷⁾. Si finirebbe altrimenti per trascinare la buona fede sul terreno del controllo delle condizioni economiche dello scambio: su un terreno dunque, diverso da quello che consiste e si esaurisce nella legittimazione dell'affidamento ragionevole dell'altro in grado di avviare la relazione sul binario della vincolatività.

In assenza di doveri espressi, impone l'astensione a protezione di altra parte (peraltro non solo pienamente capace ma altresì sostenuta da un ampio catalogo di informazioni) appartiene all'immaginario di un mondo ideale che nessun riscontro trova nella realtà del diritto positivo, celando dietro lo schermo del ragionamento giuridico un non detto obiettivo di redistribuzione della ricchezza. Ma l'idea di far ricadere il danno su chi è più capace di sopportarne il costo pecca d'ingenuità⁽⁷⁸⁾ ed il principio *richesse oblige* mai può assumersi ad attendibile criterio di imputazione di responsabilità, aquiliana o contrattuale che sia⁽⁷⁹⁾, né sarebbe credibile una riconduzione della tipica attività del finanziatore ad una finalizzazione di tipo «pubblicistico», del tutto inconferente con la sua natura squisitamente imprenditoriale⁽⁸⁰⁾.

7. – La soluzione fin qui enunciata nel senso di escludere la configurabilità in via interpretativa di un dovere di astensione in capo alla banca (o al finanziatore)⁽⁸¹⁾, deluderà coloro che, insistendo sulla valenza assiologica del

⁽⁷⁶⁾ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, ed ora in *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di Castronovo, Albanese, Nicolussi, Milano, 2011 (da cui si cita), pp. 279-280.

⁽⁷⁷⁾ Cass., 4 marzo 1995, n. 2518.

⁽⁷⁸⁾ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, p. 162.

⁽⁷⁹⁾ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 29 ss.

⁽⁸⁰⁾ V. ROPPO, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fall.*, 1996, p. 874, che, assumendo una posizione molto cauta, circoscriveva le ipotesi di responsabilità aquiliana della banca alle sole ipotesi di condotta dolosa della banca.

⁽⁸¹⁾ Neanche le già citate Istruzioni della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari forniscono indici spendibili in chiave di «astensione», limitandosi, a proposito della disposizione in materia di merito creditizio, a specifica-

credito al consumo, consigliano una verifica del merito creditizio svolta « in attuazione del canone di ragionevolezza » implicante una valutazione della richiesta « secondo la meritevolezza dell'utilità che intende soddisfare »⁽⁸²⁾ e caldeggiavano il più ampio margine di responsabilizzazione del finanziatore.

Ma se è vero che « l'attività bancaria è circondata da un imponente complesso di cautele, vincoli, controlli posti a presidio di interessi generali, e che da questo sembra naturale ricavare che sulla banca gravi un sovrappiù di obblighi (di prudente e diligente esercizio della funzione creditizia), cui è facile ricollegare un sovrappiù di responsabilità » è pur vero che il discorso richiede un ulteriore approfondimento⁽⁸³⁾.

Ora, appena si scenda dal piano delle tutele astrattamente prefigurabili a quello delle dinamiche che in concreto accompagnano l'attività di erogazione del credito, è la stessa questione della « meritevolezza » a ridimensionarsi.

Per quanto banale possa apparire, l'avvio di qualsiasi riflessione in materia non può non tenere conto che il primo interessato a concedere credito a soggetto in grado – con sufficiente probabilità – di restituirlo è il creditore; ed allora, più che interrogarsi sul fondamento di un non meglio identificato

re per ciascuna categoria di finanziatore la normativa regolamentare applicabile. E così, dopo aver ribadito quanto già prescritto nel T.U.B., è disposto che le banche assolvono all'obbligo previsto dall'art. 124 *bis* del T.U.B. « applicando le disposizioni relative alla valutazione del merito creditizio previste dalla Circolare della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999 (*Istruzioni di vigilanza per le banche*), tit. IV, cap. 11, sez. II, par. 2.1. Per le banche che adottano il metodo IRB si applicano altresì le previsioni contenute nel tit. II, cap. I, parte seconda, della Circolare della Banca d'Italia n. 263 del 27 dicembre 2006 (*Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche*)»; quanto ai finanziatori disciplinati dal tit. V del T.U.B. – nelle more dell'adozione della disciplina prevista ai sensi dell'art. 108, comma 1°, del T.U., come sostituito dal d. lgs. 13 agosto 2010, n. 141, e successive modificazioni – « gli intermediari iscritti nell'elenco speciale previsto dall'art. 107 del T.U. applicano la Circolare della Banca d'Italia n. 216 del 5 agosto 1996 (*Istruzioni di Vigilanza per gli Intermediari Finanziari iscritti nell'« Elenco Speciale »*), parte prima, cap. VI, sez. III, §§ 1 e 3», mentre gli intermediari iscritti nel solo elenco generale previsto dall'art. 106 del T.U.B. « applicano la Circolare della Banca d'Italia n. 216 del 5 agosto 1996, parte prima, cap. VI, sez. III, par. 1, in quanto compatibile con la loro natura e limitatamente alle disposizioni concernenti le fasi di istruttoria ed erogazione del finanziamento ».

⁽⁸²⁾ E. CATERINI, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento « finalizzato »*, cit., p. 50.

⁽⁸³⁾ V. ROPPO, *Crisi d'impresa*, cit., p. 877, (anche la citazione testuale) con riferimento alla individuazione degli interessi generali alla cui protezione è finalizzato lo speciale statuto dell'attività bancaria e che l'autore rintraccia nella tutela del risparmio dei depositanti e nella tutela dell'equilibrio generale del sistema.

diritto al credito o, per converso, di un diritto al non credito, gioverà chiedersi perché mai il finanziatore, che dovrebbe essere il più acceso tifoso del debitore e che ha tutto l'interesse a che l'operazione conclusa si svolga senza intoppi, dovrebbe decidere invece di accordare credito a chi non lo « merita ».

8. – Al di là dell'ipotesi piuttosto remota di un finanziamento errato, la concessione di credito fuori dai parametri del merito ha luogo il più delle volte se e quando al finanziatore sia consentito scaricare altrove i rischi del mancato rimborso.

È il tema, ad alto tasso di tecnicismo e nel cui dettaglio non entreremo, che ricomprende le molteplici modalità di azzeramento del *credit risk* mediante strumenti di varia natura, talvolta d'indole speculativa ⁽⁸⁴⁾, e che importa una concessione indiscriminata di finanziamenti a soggetti palesemente inadeguati a restituirlo (secondo il modello condensato nell'acronimo NINJA: *no incom no job no assets*) ⁽⁸⁵⁾, nel solo intento di impacchettare il credito ed immetterlo nel circuito del mercato finanziario sotto forma di derivato.

Di tale esperienza sono noti ed ampiamente indagati i perversi effetti di ordine sistemico ⁽⁸⁶⁾.

Venendo al piano microeconomico, ed in un'ottica squisitamente descrittiva, ci si trova dinnanzi ad una operazione che sporge dalla cornice propria del contratto di credito, operazione finalizzata ad ottenere la restituzione del finanziamento, guadagnando in termini di interessi e/o commissioni; con essa, *di fatto*, vengono perseguiti interessi diversi ed ulteriori, fino a delineare un assetto antitetico a quello tipico e nel quale il creditore scommette sull'inadempimento del proprio debitore ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁴⁾ C. D'ANTONIO, *Il credito alle famiglie e le relative coperture assicurative: problemi di trasparenza e di liberalizzazione*, in *Dir. ed econ. ass.*, 2011, p. 85.

⁽⁸⁵⁾ Su cui ampiamente R. G. RAJAN, *Fault lines. How Hidden Fractures Still Threaten the World Economy*, Princeton, 2010, p. 7 ss.

⁽⁸⁶⁾ F. MERUSI, *Per un divieto di cartolarizzazione del rischio di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, p. 256: «Anche se curiosamente nessuno ne parla, la risposta è semplice e necessariamente drastica: "proibire per legge la cartolarizzazione, sotto qualsiasi forma, del rischio di credito"».

⁽⁸⁷⁾ Il discorso naturalmente non involge gli strumenti di assicurazione del credito, ove non ricorre il fine speculativo e deve invece esistere, per la stessa validità dell'accordo, un interesse dell'assicurato alla stipulazione del contratto ed al risarcimento del danno *ex art.* 1904 c.c. Sulle differenze fra strumenti assicurativi e strumenti speculativi cfr. F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati di credito*, Milano, 1998, p. 22 ss.; A. PERRONE, *La riduzione dei rischi di credito negli strumenti finanziari derivati*, Milano, 1999, *passim*; D. CERINI, *Assicurazione e ga-*

A fronte di una simile deviazione, ci si può domandare se non ci si trovi dinanzi ad «un'alterazione nella funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere di autonomia che lo configura in relazione alle condizioni cui è subordinato l'esercizio del potere stesso»⁽⁸⁸⁾; e se allora l'eterogenesi dei fini unilateralmente preordinata dal finanziatore non sradichi l'atto dai confini delle fisiologiche manifestazioni dell'autonomia privata per confinarlo nell'area dell'abuso.

Ora, se è innegabile che le operazioni di traslazione del rischio mettono capo ad una più ampia ed articolata organizzazione degli interessi di una delle parti, è pur vero che nell'ottica del singolo rapporto nulla muta dal momento che la collateralizzazione del rischio non è idonea a snaturare la causa creditizia, e non interferisce con la configurazione del diritto di pretendere la restituzione né con l'obbligo di ripagare il debito.

Lo specifico interesse sotteso all'agire del creditore, che a quello «tipico» si affianca, non implica di per sé una lesione della sfera giuridica altrui né un aggravio della situazione debitoria: il «come» della gestione del rischio rimane allocato nell'area della irrilevanza giuridica e fuori dai confini dell'abuso, almeno finché non si traduca in strumenti di pressione sul debitore.

Vale ancora, in proposito, l'obiezione autorevole di chi segnalava come «nel contratto, al quale è connaturale l'idea dell'accordo, e quindi dell'accettazione (che ciascun contraente compie) dell'altrui esercizio di autonomia, può aversi «abuso della situazione economica», nel senso che il contraente economicamente più forte può dettare all'altra parte condizioni inique; non ricorrerà «abuso del diritto» nel senso proprio dell'espressione»⁽⁸⁹⁾.

Nella ipotesi qui considerata, peraltro, non solo non si assiste ad uno sviamento giuridicamente rilevante, ma la copertura del rischio non si traduce neppure in un peggioramento della situazione del contraente debole, al quale l'operazione – che dal lato del debitore non si modifica in conseguenza delle modalità operative del creditore – venga prospettata compiutamente.

Finché il fine speculativo non penetri il contratto, non c'è abuso né nella forma dello sviamento dell'interesse né in quella della violazione della buona fede *in contrahendo*. Non soccorrerebbe infatti la nozione di recente tratteggiata (non senza contraddizioni) dalla Suprema Corte: alle modalità

ranzia del credito. *Prospettive di comparazione*, Milano, 2003, p. 91 ss.; E. BARCELLONA, *Note sui derivati creditizi. Market failure o regulation failur?*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, p. 652 ss.; A. CANDIAN, *Assicurazione e garanzie del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, p. 632 ss.

⁽⁸⁸⁾ S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Milano, I, 1958, p. 166.

⁽⁸⁹⁾ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 235.

di esercizio del diritto soggettivo non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, finalizzate al conseguimento di «risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti», deve accostarsi, perché ricorra abuso, uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale⁽⁹⁰⁾. Ed è proprio tale sacrificio della controparte che non si determina a seguito di una operazione di copertura del rischio, la quale, in assenza di altri elementi qualificanti, non determina un deterioramento della posizione debitoria.

Il «secondo fine» avuto di mira dal professionista può dirsi contrario a buona fede o esorbitante la cornice propria del diritto soggettivo solo se entri sotto forma di informazioni o condizioni nel contratto, facendone l'esca per attrarre il debitore in una operazione che non si sarebbe compiuta o si sarebbe compiuta secondo modalità differenti.

Quanto dire che dovranno ricorrere i presupposti del dolo, cosicché, di nuovo, la partita si gioca tutta sul piano della comunicazione fra le parti.

Non necessitando a tal fine una vera e propria *machinatio*, sarà sufficiente che il finanziatore incoraggi oltremisura il cliente sottacendo i rischi dell'operazione, o proponendo un costo complessivo dell'operazione particolarmente basso: in questi casi il fine speculativo potrà atteggiarsi ad indice probatorio della intenzionalità della condotta. E poiché l'errore indotto da dolo non abbisogna del requisito della essenzialità, anche un errore di previsione (ad esempio sulla reale sostenibilità del debito) – se indotto dall'inganno esercitato sulla vittima – legittimerà la richiesta di tutela⁽⁹¹⁾.

Alla luce della dialettica responsabilità/autoresponsabilità che governa la natura necessariamente relazionale del conflitto fra operatore professionale e cliente si giustifica così la delimitazione della rilevanza giuridica del finanziamento abusivo alle (sole) ipotesi di finanziamento doloso, e la conseguente attivabilità dei rimedi all'uopo previsti.

⁽⁹⁰⁾ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85, con nota di PALMIERI e PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*. Sulla citata pronuncia, e con esclusivo riguardo al profilo di nostro interesse, v. le riflessioni di F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di Pagliantini, Torino, 2010; A. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 1 ss.; M. CENINI e A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 ss. Per una più ampia riflessione che dalla sentenza prende solo avvio: G. VETTORI, *L'abuso del diritto-Distingue frequenter*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 166 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147.

⁽⁹¹⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 812.

In particolare, poiché il più delle volte l'abuso si limiterà ad incidere sulle condizioni contrattuali senza giungere a determinare il consenso del cliente, l'attività ingannatrice che abbia influito su modalità del negozio che la parte non avrebbe accettato se non fosse stata fuorviata dal raggio potrà sanzionarsi per lo strumento della *exceptio doli specialis seu preteriti*, la quale comporta la responsabilità del contraente in mala fede per i danni arrecati dal suo comportamento illecito, commisurati al minor vantaggio e al maggior aggravio economico subiti dalla parte che ne è rimasta vittima, salvo che sia dimostrata l'esistenza di danni ulteriori, collegati a detto comportamento da un nesso di consequenzialità diretta ⁽⁹²⁾.

Spingere oltre tali confini la tutela del debitore immeritevole significherebbe non vedere che – fuori dalle ipotesi di dolo negoziale – un prestito irresponsabilmente concesso è anche, di certo, irresponsabilmente assunto.

9. – La letteratura tende a valorizzare il secondo fine perseguito con il contratto di credito ad altro riguardo, quando si tratti di fondare la responsabilità del finanziatore per il danno cagionato non già al debitore (imprenditore) ma ai terzi creditori dello stesso ⁽⁹³⁾.

Ad integrarne gli estremi sono le operazioni più varie, accomunate dal carattere «obliquo» dello scopo in concreto perseguito col finanziamento ⁽⁹⁴⁾: il creditore che conceda il prestito al solo scopo di dotare di garanzia un preesistente debito non garantito; o eroghi un prestito a breve o brevissima scadenza, al fine di ottenere un rimborso anticipato rispetto a scadenze di altri debiti precedentemente contratti; o, ancora, mantenendo un fido già concesso, intenda mettere al riparo da revocatoria pagamenti – di maggior importo – ottenuti in precedenza e originatisi da diversi rapporti ⁽⁹⁵⁾.

L'«obliquità», secondo alcuni autori, darebbe consistenza al dolo generico in capo al professionista, cui dovrebbe circoscriversi il novero delle ipotesi di danno risarcibile ⁽⁹⁶⁾: solo ove risulti «che la banca ha erogato “abusivamente” credito a un imprenditore già in crisi per lucrare qualche ingiu-

⁽⁹²⁾ Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, p. 223 nota di T. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della corte suprema*.

⁽⁹³⁾ Di «finanziamento mosso da secondi fini» o «obliquo» parla in proposito L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, cit., p. 400 ss.

⁽⁹⁴⁾ L. STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, cit., p. 400 ss.

⁽⁹⁵⁾ F. ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1998, p. 151.

⁽⁹⁶⁾ Ma v. M. FRANZONI, *La concessione abusiva di credito*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 328, ad avviso del quale «l'impiego del termine abusivo non è sicuro che sia sinonimo di illecito doloso».

sto vantaggio a danno degli altri creditori – ad esempio, come contropartita per il conseguimento di fideiussioni di terzi, o per ritardare il fallimento oltre il termine di consolidamento delle proprie garanzie reali – appare giusto e razionale affermare la responsabilità verso la platea degli altri creditori, e legittimare la curatela ad azionare le corrispondenti pretese risarcitorie»; laddove al contrario, se la concessione di credito non era animata da specifici intenti di ingiusta violazione della par condicio, o comunque dalla ricerca di particolari vantaggi per la banca (che anzi ne ha ricevuto essa stessa un danno), ma è scaturita da un semplice errore imprenditoriale, la responsabilità dovrebbe negarsi ⁽⁹⁷⁾.

Cosicché la deviazione dal precetto di buona fede legittimerebbe l'azionabilità della via aquiliana, « doverosa in un ordinamento improntato a principi di solidarietà » ⁽⁹⁸⁾.

È evidente ancora una volta, in simili ricostruzioni, il non esplicitato riferimento ad un « danno ingiusto » quale luogo d'elezione per l'operatività del principio di solidarietà ⁽⁹⁹⁾, sviluppata fino a tracciare la *liaison* fra violazione della regola di correttezza, abuso del diritto e rimedio aquiliano, nella prospettiva della comparazione di interessi fra le posizioni della vittima e dell'autore del danno ⁽¹⁰⁰⁾; percorso del resto adombrato, come si è visto, nella giurisprudenza in materia di abusiva concessione del credito, sebbene a supporto di altre argomentazioni.

A proposito dell'idea che la violazione dei doveri di correttezza e lealtà possa essere fonte di responsabilità extracontrattuale abbiamo già in precedenza espresso perplessità, accedendo alla contraria opinione che ravvisa nel sintagma « danno ingiusto » non già una clausola generale ma una norma secondaria necessitante, per rendersi operativa, della lesione di un interesse già direttamente riconosciuto da una norma giuridica, primaria ed autonoma ⁽¹⁰¹⁾; e se ciò è vero, ai fini della configurazione dell'illecito, in nes-

⁽⁹⁷⁾ V. ROPPO, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fall.*, 1996.

⁽⁹⁸⁾ L. STANGHELLINI, *Il credito « irresponsabile » alle imprese e ai privati: profili generali e tecniche di tutela*, cit., p. 401.

⁽⁹⁹⁾ S. RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro pad.*, 1964, p. 1284 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ F.D. BUSNELLI e NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Diritto privato*, 1997, n. 3, *L'abuso del diritto*, p. 191 ss. Nella medesima prospettiva, M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 893 ss.

⁽¹⁰¹⁾ V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 757, considera « insostenibile l'idea che la ingiustizia del danno possa farsi consistere nella violazione del dovere di *neminem ledere*, comunque inteso, o nella inosservanza di uno specifico obbligo di rispetto o infine nella elusione del dovere di solidarietà ». Cfr. altresì le osservazioni di C. SCOGNAMILGIO, *Buona fede e responsabilità civile*, in *Europa e dir priv.*, 2001, p. 343 ss.

sun modo rileverà il secondo fine pur divisato dal finanziatore (che significherebbe ingiustizia non già del danno, bensì della condotta).

D'altro canto, volendo verificare se ricorra l'antigiuridicità del danno, non può trascurarsi che negli esempi prima richiamati c'è di certo una alterazione – dannosa – delle regole del gioco che garantiscono la posizione di ciascun creditore, ma dubbio è che possa affermarsi sempre in tali casi l'offesa ad una posizione soggettiva rilevante *ex art. 2043 c.c.*: quando il creditore più furbo scavalca gli altri, battendoli sul tempo o risalendo la graduatoria, non incide con ciò stesso una situazione giuridica primaria: ad essere incisa è semmai in questi casi la *par condicio creditorum*, a tutela della quale non a caso l'ordinamento appresta altri e diversi strumenti, primo fra tutti l'azione revocatoria ⁽¹⁰²⁾.

10. – La questione della risarcibilità della perdita subita dai creditori del finanziato torna a riproporsi nella più generale ipotesi di inaccorta concessione del credito ed a prescindere dal perseguimento di qualsivoglia secondo fine.

L'esperienza maturata in tema di concessione abusiva di credito – collocata pressoché univocamente nell'ambito di operatività dell'art. 2043 c.c. – non pare *de plano* esportabile fuori dai confini della peculiarità della vita e della crisi dell'impresa: il messaggio di falsa solvibilità (riconducibile alla permanenza sul mercato di una impresa in verità decotta tenuta artificialmente in vita a generare l'ingannevole immagine della sua salute economica) che condiziona i terzi nelle proprie scelte negoziali, di sicuro non ha per il consumatore la medesima capacità d'impatto.

Il caso alla nostra attenzione sembrerebbe denunciare d'acchito una più forte parentela con la figura della lesione del credito imputabile ad un terzo diverso dall'obligato che abbia impedito l'adempimento o abbia comunque pregiudicato l'esistenza di quel diritto ⁽¹⁰³⁾, nella specie attraverso la conclusione di un contratto (col debitore) consapevolmente in-

⁽¹⁰²⁾ In proposito Cass., 20 marzo 2003, n. 4069, in *Fall.*, 2004, p. 635, con nota di E. BRUSCHETTA, *Revocatoria di mutuo fondiario ipotecario*, ad avviso della quale non può reputarsi operativa l'esenzione da revocatoria quando il finanziamento non abbia creato nuova disponibilità per il debitore ma sia servito esclusivamente a ripagare il credito precedentemente erogato, con l'effetto di sostituire un finanziamento non garantito con uno garantito, in danno degli altri creditori.

⁽¹⁰³⁾ Cass., 13 giugno 2006, n. 13673, in *Resp. civ.*, 2007, p. 900, con nota di A. SPANGARO, *L'illecito della banca per lesione del credito*. In argomento, per tutti, F. D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 273 ss.

compatibile con l'adempimento di una preesistente obbligazione contrattuale⁽¹⁰⁴⁾.

Accanto alle ipotesi ormai largamente tipizzate dalla giurisprudenza⁽¹⁰⁵⁾, ci si può chiedere in effetti se l'alterazione della garanzia patrimoniale che la concessione incauta determina possa intendersi quale predicato della lesione del diritto di credito (indipendentemente da ogni alterazione della *par condicio*); se, cioè, quella stessa perdita che guardata nella prospettiva del debitore si atteggia a danno meramente patrimoniale assuma invece, per i terzi creditori di quel debitore, i contorni della lesione di situazione soggettiva meritevole di tutela *ex art.* 2043 c.c.

Ora, nella vicenda astratta che stiamo esaminando, il danno, per i creditori «terzi», si verifica se e quando, per effetto del sopravvenuto (procurato) sovraindebitamento, il debitore non sia in grado di pagare gli altri crediti precedentemente contratti; un danno, dunque, che al momento della (successiva ed incauta) concessione del credito ad opera di altro finanziatore non è certo che si determinerà, potendosi verificare *in itinere* (nel lasso di tempo fra concessione incauta del credito e scadenza di questo) eventi tali da riportare *in bonis* il debitore.

Non ricorrerebbe qui la versione più morbida prospettata, pur in altro contesto, del criterio della «perdita definitiva ed irreparabile», rintracciabile tutte le volte in cui si sia realizzato un «pregiudizio ineliminabile» pur non venendo definitivamente meno la possibilità per il debitore di eseguire nel futuro le «proprie prestazioni», e dunque nonostante il successivo adempimento⁽¹⁰⁶⁾: al momento immediatamente successivo alla concessione del credito ad opera dell'ultimo finanziatore (ma prima che sia proclamato l'inadempimento definitivo), il «danno», per i creditori «terzi», si identificerebbe, ancora una volta, in mera diminuzione della garanzia ge-

(104) Sulla responsabilità extracontrattuale da contratto G. VISINTINI, *La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali*, in *questa rivista*, 1985, p. 651 ss.; D. POLETTI, *Dalla «lesione del credito» alla «responsabilità extracontrattuale» da contratto*, in *questa rivista*, 1987, I, p. 124 ss.; MARINO, *La responsabilità da induzione all'inadempimento (il caso Pennzoil - Texaco)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 848 ss.; M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 20 ss.; G. PONZANELLI, *Il «tort of interference» nei rapporti contrattuali: le esperienze nord-americana e italiana a confronto*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 69 ss. Per un inquadramento del tema nella più ampia prospettiva della erosione del dogma della relatività degli effetti del contratto, E. MOSCATI, *I rimedi contrattuali a favore dei terzi*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 357 ss.; M. MAGGILOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 39 ss.

(105) G. FERRANDO, *La lesione del diritto di credito da parte di terzi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, pp. 51 ss., 332 ss.

(106) Cass., Sez. un., 24 giugno 1972, n. 2135, in *Foro it.*, 1973, I, p. 99.

nerica loro «destinata» ma non ancora coincidente con un pregiudizio attuale.

Il punto decisivo, in questo ragionamento, ci sembra però altro: la lesione (aquiliana) del credito vuole che l'ostacolo frapposto dal terzo all'adempimento non incida sull'attività solutoria del debitore, ma si configuri come «causa estranea che esclude a priori la responsabilità del debitore»⁽¹⁰⁷⁾: pur essendo autore della inattuazione del rapporto obbligatorio, in quanto impedisce o menoma in radice la possibilità di far valere la pretesa verso il debitore, l'autore del danno rimane – rispetto a quello stesso rapporto – terzo, il cui fatto si atteggia a causa estranea (*rectius* caso fortuito) rispetto all'inadempimento del debitore, del quale viene meno la responsabilità.

11. – Nella situazione che stiamo considerando, la perdita, per il terzo creditore, nasce solo con (e a causa del) l'inadempimento del debitore, alla cui sicura responsabilità semmai si affianca, in fatto (e, vedremo con quali refluenze, in diritto) quella di colui che, avendovi concorso, ne è complice; situazione, dunque, che richiama immediatamente alla mente la figura della «complicità nell'inadempimento», tradizionalmente collocata, come noto, sul terreno della responsabilità extracontrattuale⁽¹⁰⁸⁾.

Senonché, nel caso in esame, il rinvio al sistema tracciato dall'art. 2043 c.c. (ed alla irrisarcibilità della perdita meramente patrimoniale che ne è corollario), non riuscirebbe a dar compiutamente conto di un danno che nasce sì dall'intaccamento di un diritto di credito quale situazione soggettiva formalizzata, e però manifesta una «predominante valenza di tipo economicistico»⁽¹⁰⁹⁾, radicandosi nell'inadempimento di un'obbligazione pecu-

⁽¹⁰⁷⁾ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 117.

⁽¹⁰⁸⁾ F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *questa rivista*, 1985, p. 14.; ID., *Responsabilità della società controllante per la pregiudizievole influenza esercitata sulla società controllata*, *ivi*, 1988, p. 364. Nel senso che «la responsabilità del terzo che stipula contratti incompatibili con il diritto di credito altrui può essere estesa a tutte le violazioni a cui il terzo concorra con dolo, e cioè in modo preordinato», G. VISINTINI, *La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali*, in *questa rivista*, 1985, p. 667. Sull'argomento inoltre M. BESSONE, *Lesione del credito, l'induzione a non adempiere, la tutela aquiliana dei diritti personali di godimento negli orientamenti di una giurisprudenza evoluta*, in *Riv. not.*, 1982, p. 13 ss.; G. NOVARA, *La responsabilità del terzo complice nell'inadempimento del contratto*, in *Temi*, 1951, p. 92 ss.; F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979, *passim*); U. RUFFOLO, *Attuazione e tutela dei diritti*, III, *La responsabilità e il danno*, in *Diritto civile*, diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, Milano, 2009, p. 116. In giurisprudenza cfr. Cass., 14 luglio 1987, n. 6132, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1988 con nota di CARUSO, *Illecita percezione di interessi e tutela aquiliana del credito*.

⁽¹⁰⁹⁾ S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto e di danno meramente patrimoniale*, in *Europa e dir priv.*, 2008, p. 379, a proposito del danno imputato alla società che esercita attività di direzione e coordinamento occorso al creditore della società controllata.

niaria (quale è paradigmaticamente quella restitutoria scaturente da un contratto di credito).

In ragione del particolarissimo nesso che per le obbligazioni pecuniarie si determina fra responsabilità e garanzia ⁽¹¹⁰⁾, il danno patito dai terzi creditori anteriori (alla concessione del credito incauto) s'identifica con l'inadempimento ma ancor più con la mancata soddisfazione in via coattiva: la condotta del terzo ultimo prestatore, in effetti, «non incide sul diritto di credito in sé e per sé considerato, ma – per così dire – sulla capacità di adempimento del debitore e, più precisamente, sul complesso dei valori che, in seguito all'insolvenza, sono destinati al soddisfacimento paritario di tutti i creditori» ⁽¹¹¹⁾.

Si direbbe prender corpo un *pure economic loss* se non «per struttura» certamente «per funzione», posto che il danno ai creditori del sovraindebitato assume «il connotato del tutto prevalente di ammanco patrimoniale» ⁽¹¹²⁾. L'inadempimento del debitore è in altre parole – dal nostro punto di osservazione – tutt'uno con lo svuotamento della garanzia generica, nel senso che, pur prendendo definitivamente corpo il danno solo con la infruttuosa escussione del patrimonio, a questa non si giunge che per effetto dell'inadempimento; e d'altra parte, privare il debitore pecuniario dei mezzi per adempiere – se non esime il debitore stesso da responsabilità – significa per ciò stesso indurlo all'inadempimento.

A rendere assai dubbia la rintracciabilità di un danno di fonte aquiliana è il connotato tipico della cosiddetta complicità nell'inadempimento: e cioè che il «terzo» è compartecipe di un inadempimento che è e rimane fonte di responsabilità per il debitore. Considerazione che allontana la fattispecie dal paradigma della responsabilità *ex art. 2043 c.c.*, e ne corrobora la più persuasiva collocazione entro un modello di responsabilità contrattuale caratterizzata da una «referenza soggettiva più ampia di quella dell'obbligo di prestazione», che consente perciò di chiamare a rispondere «dell'inadempimento non necessariamente soltanto il debitore ma altresì l'eventuale terzo che concorra con il debitore nella (in)attuazione del rapporto obbligatorio» ⁽¹¹³⁾.

Tornando alla verifica che ci occupa, non potrà negarsi che la concessione del credito all'immeritevole cospira con l'inadempimento, dal momento che il finanziamento «ultimo» – decisivo del sovraindebitamento a patto

⁽¹¹⁰⁾ Per simile ricostruzione M. GIORGIANNI, *Corso di diritto civile: l'inadempimento, Lezioni tenute nell'anno accademico 1957-58*, Varese, s.d., p. 106.

⁽¹¹¹⁾ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca*, cit., p. 144.

⁽¹¹²⁾ Ancora S. MAZZAMUTO, *Spunti in tema di danno ingiusto*, cit., pp. 379-380.

⁽¹¹³⁾ C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 103 ss.

che, per le modalità di restituzione o per le eventuali garanzie da cui fosse assistito, pregiudichi in concreto la realizzazione dei debiti precedentemente contratti *in bonis* – modifica *materialmente* la condotta del debitore, interferendo con le sue stesse capacità restitutorie ⁽¹¹⁴⁾.

Se si conviene sul «superamento di una visione dell'obbligazione come rapporto a struttura semplice, consistente nel solo obbligo di prestazione intercorrente tra debitore e creditore» ⁽¹¹⁵⁾, e sulla «particolare forza di cui è dotato il rapporto obbligatorio» ⁽¹¹⁶⁾, in grado piuttosto di attrarre nella propria sfera di influenza la condotta del terzo che si sia insinuato nella inattuazione della prestazione rendendosene partecipe, potrà ben ascriversi al paradigma della responsabilità contrattuale anche la condotta del terzo (ultimo incauto finanziatore) che abbia cagionato danno ai creditori del finanziato ⁽¹¹⁷⁾.

Ai fini di simile ricostruzione, peraltro, nessun rilievo assumerà l'esito della relazione tra finanziatore e cliente, la quale, come abbiamo cercato di dimostrare, è destinata a misurare la propria tenuta sulla correttezza e completezza delle informazioni ricevute in sede di conclusione del contratto.

A parte le ipotesi in cui le informazioni siano state fornite (o meno) in modo tale da aver inciso sulla valida formazione del contratto, avremo che uno stesso fatto – l'erogazione del credito ad un patrimonio che perciò diventa incapiente – consentirà una protezione maggiore al terzo rispetto a quella garantita al contraente.

Solo apparentemente si tratta di un paradosso: ed infatti, nel rapporto tra finanziatore e cliente, la concessione del credito va riguardata come effetto del contratto e quindi di uno scambio che implica anche la auto responsabilità del debitore. Il quale, se informato correttamente, non potrà lamentarsi di un contratto che lo riduce sul lastrico, essendo al corrente della propria esposizione e nonostante ciò continuando a chiedere credito.

⁽¹¹⁴⁾ A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XVII, Torino, 2002, p. 52, con riferimento agli illeciti concorrenziali attuati mediante comportamenti che inducono i dipendenti a violare l'obbligo di fedeltà che li lega all'impresa presso la quale lavorano, afferma che in simili ipotesi «il terzo, proprio perché *materialmente* coopera nell'inadempimento del debitore, entra, come si dice, nel circuito della responsabilità contrattuale, rendendosi così responsabile del danno» (corsivo dell'autore).

⁽¹¹⁵⁾ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 122.

⁽¹¹⁶⁾ A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 52.

⁽¹¹⁷⁾ Negano – con riferimento all'impresa – che possa delinarsi una induzione all'inadempimento: A. NIGRO, *La responsabilità della banca*, cit., p. 229; F. DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 165 ss. Sul punto cfr. C. E. ESPOSITO, *L'azione risarcitoria «di massa» per «concessione abusiva di credito»*, in *Fall.*, 2005, p. 861.

Ma rispetto ai terzi la concessione del credito non passa dal filtro del consenso, col che non si pone un problema di auto responsabilità per i creditori anteriori: questi, al contrario, hanno diligentemente operato erogando credito ad un soggetto ancora capace di restituire, e hanno poi visto vanificate le rispettive pretese in conseguenza di un successivo evento che rende di fatto impossibile la prestazione senza renderla impossibile sul piano giuridico.

C'è dunque un'apparente sporgenza dell'area di tutela accordata ai terzi rispetto a quella accordata alla parte; ma la parte ha acconsentito a creare il dissesto, che invece il creditore anteriore subisce quale impossibilità sopravvenuta *imputabile*, in solido, al suo debitore e a colui il quale vi ha concorso.

Sembra delinearci insomma una responsabilità contrattuale in «senso debole» ⁽¹¹⁸⁾: «il terzo non diventa certamente soggetto di obbligazioni contrattuali in senso sostantivo – perché ciò non avrebbe alcun fondamento positivo» – e tuttavia può incorrere in responsabilità ove causi l'inadempimento del debitore ⁽¹¹⁹⁾.

D'altro canto, per attrarre la condotta del terzo ultimo finanziatore nell'orbita della responsabilità contrattuale del debitore, e dunque per la stessa configurazione della fattispecie di «complicità» nell'inadempimento, dovrà chiedersi al primo qualcosa in più di ciò che si chiede al secondo, cioè una particolare qualificazione soggettiva, come «il dolo e/o la preordinata volontà di trarre per sé vantaggio a danno del creditore» ⁽¹²⁰⁾.

Su chi intenda invocare la responsabilità del prestatore incauto graverà, oltre alla non facile prova della riconducibilità a quest'ultimo del dissesto ⁽¹²¹⁾ – pena la conversione della pretesa risarcitoria in «indebita traslazione sulla banca del rischio di insolvenza originariamente incombente sul creditore» ⁽¹²²⁾ – anche la prova della consapevolezza dell'atto e dei suoi effetti (lesivi in quanto) codeterminanti l'altrui inadempimento ⁽¹²³⁾.

Si tratterà di prova più agevole di quanto si creda. La qualità di finanziatore professionale, infatti, prelude ad un governo delle informazioni sulla

⁽¹¹⁸⁾ Per l'elaborazione di questa nozione cfr. S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 121 ss.

⁽¹¹⁹⁾ A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 52.

⁽¹²⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹²¹⁾ Sulle questioni probatorie implicate dalla opzione responsabilità contrattuale/responsabilità extracontrattuale (con riferimento ai terzi creditori dell'impresa), ampiamente F. ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche*, cit., p. 151 ss.

⁽¹²²⁾ C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 125.

⁽¹²³⁾ Spunti in tal senso in A. NICOLUSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998, p. 676, nota 125.

solvibilità del debitore tale da presumere pressoché costantemente una precisa conoscenza della situazione ed anche delle conseguenze che ne possono derivare; l'erogazione del credito « non costituisce per definizione un atto istantaneo ed immediato, che la banca può porre in essere in modo non meditato », ed è pertanto difficile ipotizzare che « non rechi con sé come elemento costante anche la consapevolezza e l'intenzionalità del comportamento da parte della banca che tale credito governa » (124).

12. – I confini entro cui poter sanzionare l'attività di chi, rimanendo nel solco di una contrattazione corretta, conceda credito ad un soggetto che con tutta probabilità non sarà in grado di restituirlo (e con ciò cagioni una perdita al finanziato ed ai creditori di questo), appaiono assai più ristretti di quanto una sempre più reclamata moralizzazione del credito vorrebbe.

La rigidità del sistema codicistico per un verso e la scarsa carica innovativa delle regole speciali (almeno nella materia che ci occupa) per altro verso, consentono spazi di manovra contenuti rispetto a quelli che si imporrebbero oggi alla luce del ruolo assunto dal credito quale modo abituale di gestione del patrimonio familiare e come via di accesso ai beni, non solo di consumo (125).

E però, qui come in altri settori del diritto ove pure si profilano inedite esigenze di tutela in prospettiva solidaristica, a mostrare la corda è, a ben vedere, l'idea che possa attribuirsi allo strumento privatistico il governo di conflitti di calibro diverso rispetto a quelli cui lo stesso è votato.

Se il prestito responsabile vuole farsi assurgere al rango di interesse generale – imputandogli una funzione didattica del ceto creditorio in chiave di lotta all'esclusione sociale – dovrà anche riconoscersi che un simile obiettivo non potrà affidarsi *tout court* alla vicenda contrattuale, ove è inevitabile il tratteggiarsi di un conflitto fra pretese egualmente legittime – che il credito venga erogato in un contesto di comportamenti ispirati a correttezza; che il finanziatore non sia costretto a deflettere dalla linea del profitto – insuscetibile di essere risolto all'ombra di generici richiami ai valori costituzionali.

È concesso insomma collocare il tema della corretta erogazione del credito fra i problemi di giustizia sociale; ma dovrà allora riconoscersi che « i problemi di giustizia sociale vanno risolti all'esterno del mercato » (126) e

(124) B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit., p. 2, con riferimento alla valutazione del merito creditizio delle imprese ma allegando argomentazioni che ci pare possano essere spese anche con riguardo al finanziamento al consumo.

(125) B. OPPETIT, *L'endettement et le droit*, in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, 1991, p. 295 ss.

(126) N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 78.

che tutte le politiche di *favor debitoris* «sono un'arma spuntata se non sorrette da misure più generali di politica economica» ⁽¹²⁷⁾.

Per fugare il rischio di una «sovraesposizione» degli strumenti di diritto privato chiamati a compensare un «vuoto di diritto pubblico» ⁽¹²⁸⁾, converrà valorizzare la specialità del (contratto di) credito al consumo, debitamente completandola con norme imperative di segno univoco, nella direzione che almeno parzialmente sembra aver imboccato adesso il legislatore a proposito di «composizione delle crisi da sovraindebitamento» ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁷⁾ A. DI MAJO, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1972, p. 275.

⁽¹²⁸⁾ Così L. FERRAJOLI, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, pp. 19-20.

⁽¹²⁹⁾ Legge 27 gennaio 2012 n. 3 recante «Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento».