

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2023

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALESSANDRA
CAMEDDA, GABRIELLA CAZZETTA, PAOLA DASSISTI, ALBERTO
GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI
(SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA
MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MACER, MASSIMO
MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO,
ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA,
CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

Rivista | dottrina
di Diritto Bancario | e giurisprudenza
commentata

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Note sulla disciplina della verifica del merito creditizio: per una sua rilettura alla luce della buona fede precontrattuale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La verifica del merito creditizio del consumatore – 2.1. ... e del non consumatore. – 2.2. Verifica del merito creditizio e buona . – 3. Profili applicativi della tesi sostenuta: *i)* Diniego del prestito, risarcimento del danno e obbligo di fare credito. – 3.1. *ii)* Concessione di un prestito insostenibile, rimedio risarcitorio e validità del contratto. – 4. Conclusioni.

1. Premessa

Negli ultimi dieci anni l'esercizio del credito è stato oggetto di profonde riforme volte a responsabilizzare gli intermediari e la clientela. Particolare attenzione è stata rivolta alla verifica del merito creditizio, attività d'indagine condotta dall'intermediario verso la propria controparte – sia prima della concessione di un prestito sia periodicamente, nel corso del rapporto eventualmente istaurato – per valutarne la solvibilità e l'affidabilità, ossia le capacità patrimoniali e finanziarie, la storia creditizia, *etc.* Ciò al fine di comprendere con che grado di probabilità il prenditore ripagherà il prestito.

Non serve dilungarsi sulle ragioni sottese agli interventi normativi che ci accingiamo ad esaminare in quanto note. Ci si riferisce alla crisi del 2007 e alla bolla dei mutui *subprime*, ossia quei prestiti concessi a soggetti con scarso merito creditizio, spesso attraverso pratiche commerciali predatorie e a fronte di condizioni contrattuali assai onerose per remunerare l'intermediario del rischio assunto¹; rischio poi

¹ V. T.J. ZYWICKI e J.D. ADAMSON, *The law and economics of subprime lending*, in *University of Colorado Law Review*, 2009, 9; e O. BAR-GILL, *The law, economics and psychology of subprime mortgage contracts*, in *Cornell Law Review*, 2009, 1087 s. e 1096 ss. Come detto, il *subprime lending* ha spesso assunto tratti predatori, in quanto gli intermediari sfruttavano lo stato di bisogno o la scarsa educazione finanziaria della controparte per proporre contratti onerosi e complessi: v. P.M. SCHWARTZ, *Where do we go from here: The battle against predatory subprime lending*, in *Brooklyn Journal of Corporate, Financial and Commercial Law*, 2008, 213 ss.; e K.C. ENGEL e P.A. MCCOY, *A tale of three markets: The law and economics of predatory lending*, in *Texas Law Review*, 2002, 1255 ss. V. anche R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, Milano, 2012, 139 s. e nt. 19, dove rileva che in Italia tali pratiche fossero poste in essere prevalentemente dagli intermediari non bancari.

trasferito a terzi tramite operazioni di cartolarizzazione complesse e poco trasparenti². Com'è intuibile, tali pratiche avevano portato gli intermediari a disinteressarsi del merito creditizio dei propri debitori.

Di seguito si approfondirà com'è oggi disciplinata la verifica del merito creditizio nel nostro ordinamento, come vada inquadrata nelle trattative tra intermediario e cliente per la concessione di credito e se sussistano eventuali profili di responsabilità in capo al primo per l'ipotesi in cui non sia svolta o sia eseguita negligenemente.

2. *La verifica del merito creditizio del consumatore*

Gli interventi normativi sul tema in esame sono frutto dell'iniziativa comunitaria e prevalentemente di matrice consumeristica. Il riferimento è alla direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo (cd. "*Consumer Credit Directive*" o "CCD") e alla direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali (cd. "*Mortgage Credit Directive*" o "MCD"), recepite nel titolo VI del Testo Unico Bancario (TUB), rispettivamente ai capi II (artt. 121-126) e I-bis (artt. 120-*quinquies*-120-*noviesdecies*), e nelle disposizioni di rango secondario del decreto del Ministero dell'Economia n. 117 del 3 febbraio 2011 e del provvedimento di Banca d'Italia del 29 luglio 2009 sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari.

Come anticipato, tra gli obiettivi del legislatore v'è quello di responsabilizzare gli intermediari nell'esercizio del credito: pertanto, l'art. 124-bis TUB, recependo l'art. 8 CCD, prevede che, prima della stipula del contratto, «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». Ai sensi dell'art. 120-*undecies* TUB, che riprende l'art. 18 MCD, la valutazione è più rigorosa in caso di credito immobiliare al consumo, in ragione del rilievo socioeconomico dell'operazione.

La verifica del merito creditizio così delineata è di certo un'attività doverosa, essendo funzionale a garantire la sana e prudente gestione dell'intermediario e ciò a beneficio sia dei suoi *stakeholder* sia del

² V. F. CAPRIGLIONE, *I "prodotti" di un sistema finanziario evoluto. Quali regole per le banche? Riflessioni a margine della crisi causata dai mutui subprime*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2008, I, 20 ss.; e K. EGGERT, *The great collapse: How securitization caused the subprime meltdown*, in *Connecticut Law Review*, 2009, 1257 ss.

sistema finanziario (peraltro, quanto detto è confermato dalle diverse sanzioni amministrative che presidiano lo svolgimento dell'attività in questione)³. Meno chiaro, invece, è se la verifica del merito creditizio risponda pure a un interesse del consumatore e, quindi, se possa essere considerata non solo come un dovere ma come un obbligo.

Guardando alla lettera della normativa, notiamo che gli artt. 8 CCD e 18 MCD sono rubricati «Obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore». Tuttavia, tale riferimento a un *obbligo* scompare nel testo dei due articoli così come nel TUB e nella normativa di rango secondario, salvo che all'art. 6 del d.m. 117/2011. Invero, altri indizi portano a considerare la verifica del merito creditizio come un vero e proprio obbligo in capo all'intermediario. Infatti, il legislatore pare implicitamente riconoscere un interesse del consumatore a vedere valutato il proprio merito di credito: gli artt. 120-*undecies* e 124-*bis* TUB sono collocati nel titolo VI in materia di trasparenza e, quindi, sono funzionali alla tutela di un soggetto *debole*, bisognoso di protezione rispetto al maggiore potere contrattuale dell'intermediario⁴.

Viene da chiedersi quale sia l'interesse del consumatore a vedere valutato il proprio merito creditizio e in che termini ciò sia funzionale alla sua protezione: se guardiamo all'interesse soggettivo del singolo, può presentarsi sia la situazione in cui egli chieda un prestito senza avere piena consapevolezza delle proprie capacità di rimborso e sia quindi interessato a una loro analisi da parte dell'intermediario, sia quella in cui auspichi solo di ricevere denaro, disinteressandosi delle proprie capacità restitutorie, sia, ancora, quella in cui sia conscio della propria incapacità di rimborsare il prestito e abbia interesse a che tale situazione non sia rilevata, onde ricevere quanto richiesto. Tuttavia, attribuire rilievo all'interesse soggettivo del consumatore può portare a

³ R. NATOLI, *op. cit.*, 141 e G. BIFERALI, *Credito al consumo e sovraindebitamento del consumatore*, Padova, 2019, 164 s., rilevano come l'art. 144 TUB sanzioni l'inosservanza del solo art. 120-*undecies*, non anche dell'art. 124-*bis*. A detta di chi scrive, quella che sembra una dimenticanza del legislatore pare superata dalla sanzione, impartita sempre dall'art. 144, per l'inosservanza delle disposizioni emanate da Banca d'Italia in attuazione della delega contenuta agli artt. 53, 67 e 108. Disposizioni che impegnano gli intermediari a valutare il merito creditizio sia del consumatore sia del non consumatore (v. *infra* § 2.1).

⁴ Così A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, Bologna, 2013, 134. V. anche F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 2015, 588 s., spec. nt. 44.

risultati contrari alla *ratio legis*, che è quella di responsabilizzare l'esercizio del credito sia dal lato dell'offerta sia – come diremo a breve – dal lato della domanda. In tal senso, la *debolezza* del consumatore si manifesta non solo come incolpevole ignoranza delle proprie condizioni economico-finanziarie e dei meccanismi del contratto ma pure come disinteresse, anche consapevole, per tali aspetti.

Quindi, l'ordinamento riconosce un interesse oggettivo del consumatore a vedere valutato il proprio merito creditizio, con conseguente obbligo dell'intermediario di svolgere l'istruttoria: così si è espressa anche la giurisprudenza, secondo cui l'art. 124-*bis* TUB – ma lo stesso vale per l'art. 120-*undecies* TUB – «si atteggia a norma conformatrice dell'attività professionale del finanziatore, il quale ha, tra gli altri obblighi di condotta, anche quello di verificare il merito creditizio del consumatore cui è, corrispondentemente, assegnato un vero e proprio diritto soggettivo alla valutazione»⁵. La verifica del merito creditizio va considerata in un'ottica «di tutela di colui che ha formulato la richiesta di finanziamento, trattandosi di una valutazione che è anche funzionale alla concessione di un credito non eccessivo rispetto alle capacità finanziarie del cliente»⁶. Ciò trova conferma anche in una recente proposta normativa volta a sostituire la *Consumer Credit Directive*, dove si legge che la verifica del merito creditizio «avviene nell'interesse del consumatore, per evitare pratiche irresponsabili in materia di concessioni di prestiti e sovraindebitamento»⁷.

⁵ Trib. Macerata, 24 maggio 2018, in *Nuova giur. comm.*, 2018, I, 1434 s., con nota di F. SALERNO, *La violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio: effetti (anche) civilistici*, 1423 ss. Similmente v. Trib. Napoli, 27 ottobre 2020 e Trib. Verona, 28 giugno 2019, in *Il Caso*.

⁶ ABF Napoli, 26 agosto 2015, n. 6182 e ABF Roma, 20 agosto 2013, n. 4440, in *arbitrobancariofinanziario.it*. In tal senso v. poi A. BARENGHI, *Note sulla trasparenza bancaria, venticinque anni dopo*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, I, 168; P. SIRENA e D. FARACE, *I contratti bancari del consumatore*, in *Contratti Bancari*, E. CAPOBIANCO (a cura di), Milano, II ed., 2021, 269 ss. e spec. 272; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., 133 ss.; G. ROSSI, *Il credito al consumo*, Padova, 2017, 67 s.; e G. LIACE, *Il credito al consumo*, Milano, 2022, 75 s. Peraltro, analoghe considerazioni sono state formulate dalla dottrina tedesca: C. HOFMANN, *Die Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit*, in *Neue Jur. Woch.*, 2010, 1785.

⁷ Art. 18 della proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai crediti al consumo, 30 giugno 2021, COM(2021) 347 *final*.

Inoltre, la verifica del merito creditizio è necessaria all'adempimento degli obblighi informativi previsti in capo all'intermediario per far sì che il consumatore acceda al credito responsabilmente. A tal fine, durante le trattative, questi deve ricevere «le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito», nonché «chiarimenti adeguati, in modo che ... possa valutare se il contratto proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria» (così l'art. 124 TUB e, *mutatis mutandis*, l'art. 120-novies TUB). Quindi, il consumatore non va solo informato sul contenuto del contratto ma anche messo nelle condizioni di poterlo comprendere e valutarne le conseguenze: così, la contrattazione è funzionale alla sua educazione finanziaria⁸.

Orbene, attraverso la verifica del merito creditizio l'intermediario raccoglie ed esamina le informazioni necessarie a consentirgli di chiarire al consumatore se il contratto sia adeguato alle sue esigenze e di metterlo in guardia rispetto a eventuali criticità⁹. Invero, secondo un certo orientamento, l'istruttoria non può «estendersi sino al punto di imporre al finanziatore di valutare, nell'interesse del richiedente, la convenienza economica dell'operazione di finanziamento e eventualmente di ammonire il finanziato della insostenibilità degli impegni che costui, per propria richiesta e volontà, intenderebbe

⁸ In arg. v. I. SABBATELLI, *Educazione finanziaria e credito responsabile*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, I, 282 ss.; F.P. PATTI, *L'educazione finanziaria e la direttiva 2014/17/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. Impr.*, 2015, 1423 ss.; e F. TRAPANI, *Verifica del merito creditizio e sovraindebitamento: rilievo di colpa ed educazione finanziaria del consumatore*, nota a Trib. Napoli, 27 ottobre 2020 e Trib. Benevento, 26 gennaio 2021, in *Dir. fall.*, 2022, II, 237 s. V. anche le considerazioni di F. PETROSINO, *Debt advice quale strumento preventivo del rischio da sovraindebitamento. Analisi del fenomeno e potenzialità applicative*, in *questa Rivista*, 2021, II, spec. 421; e di A. DAVOLA, *La valutazione del merito creditizio del consumatore*, in *La riforma del sovraindebitamento nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, E. PELLECCIA e L. MODICA (a cura di), Pisa, 2020, 132 ss.

⁹ Così Trib. Napoli, 27 ottobre 2020, cit., 218 s.; e Trib. Velletri, sez. I, 11 giugno 2020, in *OneLegale*. In dottrina v. P. SIRENA e D. FARACE, *op. cit.*, 273; G. FALCONE, *“Prestito responsabile” e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, 2017, 165 s., spec. nt. 41; e S. PAGLIANTINI, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2016, 532 s.

assumere o abbia assunto. Diversamente, infatti, si porrebbe a carico del finanziatore un'obbligazione di tutela non prevista dall'ordinamento»¹⁰. Tale posizione non convince alla luce di quanto previsto dagli stessi artt. 124 e 120-*novies* TUB¹¹: da un lato, è vero che è il consumatore a valutare che il contratto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione e che solo a lui spetta la decisione finale sulla convenienza dell'operazione; dall'altro, però, non si può ignorare che questa sua decisione presuppone i *chiarimenti adeguati* che l'intermediario è tenuto a fornirgli e pare illogico che essi non debbano includere anche un apprezzamento sulla sostenibilità del prestito.

Ad una prima impressione, sembra di essere in presenza di un servizio di consulenza¹² ma, operando un confronto con la consulenza assicurativa di cui all'art. 119-*ter* del Codice delle Assicurazioni e con quella finanziaria di cui all'art. 41 del Regolamento Intermediari di Consob, notiamo che, qui, è l'intermediario a valutare che polizze assicurative e investimenti siano adeguati alle esigenze e alla situazione del cliente e, nel caso, a raccomandarglieli. Nel credito al consumo, invece, è il cliente che, sulla base delle informazioni ricevute, *in ultima istanza* valuta se il prestito è adatto alle sue esigenze e capacità, pur con il supporto dell'intermediario¹³. Invero, in materia di credito al consumo si può parlare di *consulenza* solo con riferimento all'art. 120-*terdecies* TUB, per il quale gli intermediari «forniscono al consumatore una raccomandazione personalizzata in merito a una o più operazioni relative a contratti di credito, adeguata rispetto ai suoi bisogni e alla sua situazione personale e finanziaria».

In conclusione, la verifica del merito creditizio è il primo di una serie di obblighi precontrattuali collegati e volti alla tutela di un soggetto che il legislatore presume bisognoso di protezione, il consumatore¹⁴.

¹⁰ ABF Palermo, 18 gennaio 2019, n. 1706, ABF Bari, 4 luglio 2019, n. 16254 e ABF Milano, 31 agosto 2015, n. 6429, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

¹¹ Di quest'avviso è ABF Roma, 20 agosto 2013, n. 4440, cit.

¹² Così A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza"*, in *Dir. banc. fin.*, 2011, I, 17.

¹³ In tal senso G.L. GRECO, *Credito adeguato e consumatore "immeritevole" nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. reg. merc.*, 2019, 357 s.

¹⁴ In tal senso L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 253. V. anche M. SEMERARO, *Informazioni adeguate e valutazione del merito creditizio: opzioni interpretative nel credito ai consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, I, 704 s.; e R. MONTINARO, *Il sovraindebitamento del consumatore: diligenza*

2.1. ... e del non consumatore

Della verifica del merito creditizio del non consumatore non si occupa la normativa di trasparenza ma quella prudenziale, figlia del c.d. “CRD IV Package”, ossia del regolamento (UE) n. 575/2013 e della direttiva 2013/36/UE. Quest’ultima ha impegnato gli Stati membri a far sì che gli intermediari si dotino «di solidi dispositivi di *governance*, ivi compresa una chiara struttura dell’organizzazione con linee di responsabilità ben definite, trasparenti e coerenti, di processi efficaci per l’identificazione, la gestione, la sorveglianza e la segnalazione dei rischi ai quali sono o potrebbero essere esposti, e di adeguati meccanismi di controllo interno, ivi comprese valide procedure amministrative e contabili nonché politiche e prassi di remunerazione che riflettano e promuovano una sana ed efficace gestione del rischio» (art. 74), e che «la concessione dei crediti si basi su criteri solidi e ben definiti e che il processo per l’approvazione, la modifica, il rinnovo e il rifinanziamento dei crediti sia definito in modo chiaro» (art. 79).

Alle disposizioni appena richiamate è stata data attuazione non nel titolo VI TUB ma agli artt. 53, 67 e 108 TUB, relativi rispettivamente alla vigilanza regolamentare su banche, gruppi bancari e altri intermediari e dove viene delegata Banca d’Italia a disciplinare nel dettaglio i presidi organizzativi individuati dalla Direttiva. Risultato della delega sono la circolare n. 285 del 17 dicembre 2013, per le banche e i gruppi bancari, e la n. 288 del 13 aprile 2015, per gli altri intermediari finanziari: qui, tra le varie previsioni sull’organizzazione interna degli enti vigilati, si prevede che, in sede di concessione di credito, sia acquisita «tutta la documentazione necessaria per effettuare un’adeguata valutazione del merito di credito del prestatore», consumatore o meno che sia, e, successivamente, si dettano diverse regole operative che precisano alcuni aspetti dell’istruttoria¹⁵. Orbene, il tenore letterale e la collocazione delle previsioni citate consentono di affermare che si impone la verifica del merito creditizio non nell’interesse del cliente ma dell’intermediario stesso, per garantirne la sana e prudente gestione attraverso un adeguato governo del rischio di

nell’accesso al credito ed obblighi del finanziatore, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, I, 811.

¹⁵ Circ. n. 285/2013 (XXXXII agg.), parte I, tit. IV, cap. 3, all. A, § 2 e Circ. n. 288/2015 (V agg.), tit. III, cap. 1, sez. VII, § 2.1.

credito¹⁶. Come detto, tali disposizioni sono riconducibili alla normativa prudenziale, non a quella di trasparenza come le norme consumeristiche: configurano quindi un dovere, non un obbligo.

Vero è che chi non è consumatore gode delle tutele previste dal capo I del titolo VI TUB, ma qui mancano previsioni specifiche sia sulla verifica del merito creditizio sia sull’informativa precontrattuale (invero, di quest’ultimo aspetto si occupa il provvedimento di Banca d’Italia del 2009 alla sez. II, ma è noto come l’adempimento degli obblighi qui previsti si traduca spesso in un *overload* di informazioni standardizzate recepite acriticamente dal destinatario)¹⁷.

Né un obbligo generale di verifica del merito creditizio è ricavabile da quanto recentemente previsto dall’Autorità Bancaria Europea (ABE) nei suoi Orientamenti in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti del 29 maggio 2020, dove, alla sez. 5.2, troviamo un’analitica disciplina della verifica del merito creditizio con regole diverse in base al tipo di cliente su cui ricade la valutazione e al genere di prestito da erogare. Tuttavia, quelli di cui si discute sono *orientamenti*, sicché, come suggerisce quest’espressione unitamente al frequente impiego del condizionale da parte degli stessi nel prescrivere determinati comportamenti, non sono vincolanti: si tratta di *best practice* che gli intermediari sono caldamente invitati – ma non necessariamente tenuti – a seguire. Infatti, all’art. 16 del regolamento (UE) n. 1093/2010 istitutivo dell’ABE, leggiamo che gli intermediari destinatari di orientamenti «compiono ogni sforzo per conformarsi» a essi e, se richiesto, devono riferire in maniera chiara e dettagliata se intendono aderirvi o meno. È per tale motivo che gli orientamenti dell’ABE sono considerati fonti di *soft law*, ossia disposizioni che gli intermediari è opportuno seguano a meno che non diano adeguata motivazione della decisione di discostarsi, secondo il cd. “*comply or explain*

¹⁶ V. spec. F. CIRAIOLO, *Finanziamenti di piccolo importo assistiti da garanzia pubblica (art. 13, comma 1, lett. m), decreto Liquidità, diniego di credito e responsabilità della banca*, in questa Rivista, 2021, I, 322.

¹⁷ V. M. DE POLI, *Contrattazione bancaria e «dorsale informativa»*, in Riv. dir. comm., 2016, 369 s. Sulla creazione di un sistema di tutele diverso per il cliente e per il consumatore nel titolo VI TUB, v. anche A.A. DOLMETTA, *Efficienza del mercato e «favor naturalis» per le imprese bancarie*, in Riv. dir. civ., 2018, 1237 ss.

*principle*¹⁸. Ad ogni modo, pur non essendo vincolanti, gli Orientamenti in questione incidono in maniera significativa sul rapporto tra intermediario e cliente, sicché occorre tenerli in debito conto nell'esame che ci accingiamo a svolgere.

2.2. *Verifica del merito creditizio e buona fede*

Il quadro normativo in materia di verifica del merito creditizio così ricostruito lascia perplessi, posto che va a tutelare solo il consumatore, ossia la «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta» (artt. 120-*quinquies* e 121 TUB). Pertanto, la protezione del cliente varia a seconda dello scopo del prestito e non in base alle sue conoscenze e competenze in materia creditizia. Invero, non è infrequente il caso in cui una piccola-media impresa, un professionista, un artigiano o un commerciante, privi di una solida educazione finanziaria, si rivolgano all'intermediario per un prestito utile alla propria attività senza avere piena contezza delle proprie capacità restitutorie, facendo affidamento sui consigli e sulla maggiore esperienza della controparte: questi soggetti necessitano di protezione quanto il consumatore ma non godono delle tutele previste a beneficio di quest'ultimo poiché il prestito è funzionale alla loro attività¹⁹.

Il problema è ancor più evidente laddove sia l'intermediario stesso a proporre il prestito. Vero è che, idealmente, la proposta è fondata su una valutazione positiva del merito creditizio del destinatario, ma non è da escludere il caso in cui il prestito sia offerto anche a chi si trovi in difficoltà e che il relativo rischio di credito sia compensato da tassi d'interesse elevati. A ciò s'aggiunga che la giurisprudenza da tempo conosce il problema dell'abusiva concessione di credito, dove

¹⁸ Ciò è ribadito sia da Banca d'Italia nella nota n. 13 del 20 luglio 2021, che dà attuazione agli Orientamenti di cui si discute, sia, in generale, dal giudice europeo in una recente pronuncia sulla natura giuridica degli orientamenti emanati dall'ABE: CGUE, 15 luglio 2021, causa C-911/19 *FBF c. ACPR*, in *EurLex*. In arg. v. M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, Padova, II ed., 2020, 70 ss.

¹⁹ Sul problema del perimetro soggettivo della normativa consumeristica v. G. OPPO, Presentazione, in *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, C.M. BIANCA e G. ALPA (a cura di), Padova, 1996, 5 s., pur con riferimento alla direttiva 93/13/CEE. V. anche P. SIRENA e D. FARACE, *op. cit.*, 297 ss.

l'intermediario finanzia un'impresa decotta e, quindi, con scarso merito creditizio, solo per mantenerla artificiosamente sul mercato e ritardare l'avvio di una procedura concorsuale²⁰.

Ragionando *de jure condendo*, meglio sarebbe stato differenziare le tutele in base all'effettiva conoscenza del cliente della propria posizione economico-finanziaria e dei meccanismi del contratto, impegnando l'intermediario, all'inizio dell'istruttoria, a sottoporgli un questionario utile a una sua profilatura, oppure prevedendo un obbligo di verifica del merito creditizio valido per tutti i clienti già al capo I del titolo VI e disposizioni specifiche per i consumatori.

Tornando al diritto vigente, quanto rilevato pare difficilmente conciliabile con le finalità perseguite dall'ordinamento nel disciplinare l'esercizio del credito e, più in generale, con la buona fede cui dovrebbero ispirarsi i privati nelle proprie relazioni economiche: invero, proprio dalla buona fede precontrattuale pare possibile ricavare un obbligo in capo all'intermediario di valutare il merito creditizio della controparte e di fornirle un'informativa sui risultati dell'istruttoria, indipendentemente dal fine consumeristico del prestito²¹.

Com'è noto, l'art. 1337 c.c., impegnando le parti di una trattativa a comportarsi secondo buona fede²², aspira a reprimere quei

²⁰ A riguardo v. *infra* § 3.1.

²¹ V. A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari*, cit., 9; e, in generale, i rilievi di L. BANDINELLI, *L'evoluzione interpretativa della clausola generale di buona fede nella dinamica del comportamento contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 608.

²² La dottrina è unanime nel ritenere quella sancita dall'art. 1337 c.c. come una regola di condotta, parlando, a riguardo, di buona fede *oggettiva*: in tal senso R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, 14 s.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, 68 s.; F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, rist. 2012, 47; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1352*, Bologna-Roma, 1970, 203 s.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, 7 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, II ed., 2000, 162; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, Bologna-Roma, 1988, 290 ss.; G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, Milano, 1993, 10 s. e 22 ss.; G. STELLA RICHTER, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996, 8 s.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, 336 s., spec. nt. 117; P. GALLO, *Trattato del Contratto*, II, Torino, 2010, 1366; V. ROPPO, *Il Contratto*, Milano, II ed., 2011, 167; F. GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, II, Padova, 2015, 647 s.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015; A.M. GAROFALO, *Il problema della clausola generale di buona fede nell'equilibrio tra formanti*, in

comportamenti – anche non dolosi – che la coscienza sociale, nella sua costante evoluzione, considera sleali, disonesti o comunque poco seri e, pertanto, capaci di ledere il delicato equilibrio tra cooperazione e competizione su cui si fondano la contrattazione e, in generale, l'autonomia privata nel nostro sistema giuridico e economico²³. Il legislatore ha formulato una clausola generale dalla quale sono stati progressivamente ricavati specifici obblighi in capo alle parti, tra i quali, ad es., quello di non recedere dalle trattative senza un giustificato motivo laddove le stesse siano giunte a uno stadio avanzato e l'altra parte abbia fatto ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto²⁴, e quello di informare la controparte su circostanze da questa incolpevolmente ignorate e determinanti per il suo consenso²⁵.

Come detto, è la *coscienza sociale* a delineare i contorni della buona fede²⁶ e, infatti, in dottrina, s'è parlato a riguardo di *norma sociale pregiuridica*²⁷ o di *tavola extragiuridica di valori*²⁸, alla quale viene dato contenuto dal giudice sulla base del *costume*²⁹. Viene quindi da

Nuova giur. comm., 2018, II, 578 s.; G. FINAZZI, *Correttezza e Buona Fede*, Padova, 2018, 11 e 130 s.; e G. D'AMICO, La responsabilità precontrattuale, in *Trattato del Contratto*, V. ROPPO (a cura di), V-2, Milano, II ed., 2022, 1276.

²³ Così P. ABBADESSA, Banca e responsabilità precontrattuale: i doveri di informazione, in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, S. MACCARONE e A. NIGRO (a cura di), Milano, 1981, 296 ss.

²⁴ In giurisprudenza v. Cass., 14 febbraio 2000, n.1632, Cass., 29 marzo 2007, n. 7768, Cass., 15 aprile 2016, n. 7545 e Cass., 14 marzo 2022, n. 8119, in *De Jure*. In dottrina v. F. BENATTI, *op. cit.*, 51 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 208 ss.; G. STELLA RICHTER, *op. cit.*; 44 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 167 ss.; G. PATTI e S. PATTI, *op. cit.*, 53 ss.; e G. FINAZZI, *op. cit.*, 252 ss.

²⁵ In tal senso Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Giur. it.*, 2006, 1599 ss. e spec. 1601, con nota di G. SICCHIERO, *Un buon ripensamento del S.C. sulla asserita nullità del contratto per inadempimento*, 1602 ss. Sul tema v. M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., 359 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 163 ss.; V. ROPPO, *op. cit.*, 169 ss.; e F. PIRAINO, *op. cit.*, 317 ss. Peraltro, l'obbligo generale di informativa precontrattuale appena delineato è stato oggetto di un recente tentativo di positivizzazione con l'art. 1, co. 1, lett. f), del disegno di legge S.1151 del 19 marzo 2019 per la revisione del Codice civile: v. M. DE POLI, *La reticenza prenegoziale nel progetto di riforma del codice civile*, in *Jus Civile*, 2021, 254 ss.

²⁶ V. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, cit., 66.

²⁷ R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*, spec. nt. 5.

²⁸ M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., 335 ss.

²⁹ F. GALGANO, *op. cit.*, 648 s.; e G. SICCHIERO, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 2006, 934.

chiedersi quale sia la coscienza sociale cui fare riferimento o, in altri termini, quali siano i costumi rilevanti ai fini del principio di buona fede nel contesto dell'esercizio del credito. I concetti appena richiamati sono vaghi e lunghi dal racchiudere quel giudizio positivo che l'ordinamento esprime con riferimento al comportamento secondo *buona fede*: infatti, la coscienza sociale può essere definita come un sentire comune, diffuso e individuabile in maniera oggettiva³⁰; il costume come la sua manifestazione esterna nei comportamenti comuni alla collettività³¹. Occorre quindi filtrare i due concetti e considerare solo quel sentire e quei costumi apprezzabili in senso positivo e che, nell'esercizio del credito, integrano un comportamento conforme all'art. 1337 c.c.

Le riflessioni appena proposte chiamano in causa la teorica sul buon costume, che, pur essendosi sviluppata intorno agli artt. 1343 e 1418 c.c. e, quindi, al tema della validità del contratto, può essere richiamata con profitto al fine di individuare un valido criterio per dare un contenuto alla buona fede di cui all'art. 1337 c.c., ferme restando le sostanziali differenze che intercorrono tra le disposizioni citate³². L'individuazione di un parametro valutativo della bontà dei costumi non è facile: tra le diverse tesi prospettate in dottrina³³, la soluzione più

³⁰ Così N. ZANON, *Corte Costituzionale, evoluzione della "coscienza sociale", interpretazione della Costituzione e diritti fondamentali: questioni e interrogativi a partire da un caso paradigmatico*, in *Rivista AIC*, 4, 2017, 14.

³¹ V. A. DE CUPIS, *Costume, buon costume e diritto*, in *Giust. civ.*, 1982, II, 486; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 330; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 67; e S. LENER, *Sul concetto di buon costume*, in *Civiltà Cattolica*, I-2945, 1973, 426.

³² Non è comunque da escludersi che in una medesima fattispecie siano ravvisabili sia una violazione del buon costume sia una condotta contraria a buona fede: così G. FINAZZI, *op. cit.*, 75 s.

³³ Per F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milano, II ed., 1914, 27, il buon costume è il «patrimonio d'idee e sentimenti ereditati da lungo volger di secoli e che sono generalmente riconosciuti dalla collettività e riflessi nella nostra coscienza»; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, II ed., 1950, 375, lo riconduce alle «comuni esigenze etiche»; A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, 703, lo identifica in «quel complesso di norme etiche, che, per l'essenza stessa della civiltà in cui viviamo, è rappresentato dalla morale cristiana»; A. DI MAJO, *op. cit.*, 65, lo riconduce ai principi della «giustizia sociale». Più recentemente v. V. ROPPO, *op. cit.*, 387, secondo cui il buon costume è dato dalla «serie dei principi etici condivisi dalla gran parte del corpo sociale in un dato momento storico»; e R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, IV ed., 2016, 1003, che lo riconducono a «un corpo di regole deontologiche non formalizzate pregiuridiche».

convincente pare quella che riconduce il buon costume alla morale giuridica, ossia a quell'insieme di valori comunemente sentiti dalla collettività e già individuabili nelle fonti che compongono il nostro ordinamento³⁴. Infatti, nel contesto storico in cui si scrive, la morale giuridica sembra essere l'unica a consentire di individuare i comportamenti conformi al buon costume: una morale extragiuridica condivisa dalla maggior parte dei consociati pare oggi inesistente o, perlomeno, assai difficile da delineare, specie nell'esercizio del credito. Peraltro, se fino al secolo scorso si poteva guardare alla morale cristiana³⁵, oggi ciò non pare più possibile per il progressivo affermarsi di altre religioni³⁶ così come dell'ateismo e della tecnica³⁷, cui conseguono un imperante relativismo e l'affermarsi di una moltitudine di morali individuali, tendenzialmente utilitaristiche³⁸. Inoltre, la tesi che fa coincidere buon costume e morale giuridica pare quella che meglio concilia le finalità di una clausola generale come quella in esame con il principio di certezza del diritto³⁹.

Orbene, il criterio ermeneutico appena descritto, *mutatis mutandis*, pare applicabile anche per tracciare con maggiore precisione i contorni della buona fede precontrattuale nell'esercizio del credito. È quindi alla luce dei principi e delle fonti del nostro ordinamento, Costituzione *in primis*⁴⁰, che vanno individuati la coscienza sociale e i (buoni) costumi

³⁴ Così G.B. FERRI, *op. cit.*, 269 s. Similmente v. G. PANZA, *Buon Costume e Buona Fede*, Napoli, 1973, 150 s.; S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, nota a Trib. Roma, 21 marzo 1968, in *Giur. merito*, 1970, I, 106 s.; e F. GALGANO, *op. cit.*, 383. Peraltro, come rilevato da F.P. PATTI, *Buon costume e scopo della norma violata: sull'ambito di applicazione dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 526, anche la più recente giurisprudenza sembrerebbe promuovere una sorta di giuridicizzazione del buon costume (il riferimento è a Cass., 5 agosto 2020, n. 16706, su cui si tornerà *infra* § 3.1).

³⁵ Come affermava A. TRABUCCHI, *op. loc. ult. cit.*

³⁶ In tal senso P. GALLO, *op. cit.*, 893.

³⁷ A riguardo, in filosofia si è parlato di *morale della tecnica*: v. E. SEVERINO, *La Buona Fede*, Milano, 1999, 141.

³⁸ A quanto detto s'aggiungano le condivisibili e ancora attuali riflessioni di S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, cit., 106.

³⁹ V. S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, Padova, 1997, 233, spec. nt. 168.

⁴⁰ Così A.A. DOLMETTA, *Normazione per clausole generali e diritto privato d'impresa*, intervento al convegno *Le Clausole Generali nel Diritto dell'Economia*, Milano, 2 dicembre 2022. V. anche L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*,

che danno contenuto alla buona fede: pertanto, richiamando quanto affermato dalla migliore dottrina, occorre «riferirsi alle valutazioni che il comune sentimento *giuridico*, in conformità alle esigenze del traffico, offre di un atteggiamento leale e corretto»⁴¹. Si può quindi affermare che l'art. 1337 c.c. mira a garantire che vi sia coerenza tra l'operazione privata, ancora nella sua fase embrionale, ossia quella delle trattative, e le finalità generali perseguite dall'ordinamento⁴².

Alla luce di quanto detto, possiamo trarre alcune conclusioni con riferimento al tema che qui ci occupa.

L'intermediario e la sua controparte dovranno trattare secondo i canoni di solidarietà economica e sociale di cui all'art. 2 Cost.⁴³ e, di conseguenza, ciascuno di essi dovrà non solo comportarsi in modo serio e leale ma anche tenere conto degli interessi altrui e, per quanto possibile, adoperarsi per salvaguardarli⁴⁴. Pertanto, da un lato, posto che l'intermediario ha interesse a comprendere il rischio di credito del cliente, questi dovrà collaborare nel corso dell'istruttoria e fornirgli sia le informazioni richieste sia quelle che ritiene possano essergli utili. Dall'altro lato, l'interesse del cliente non è solo quello di ricevere denaro in prestito ma altresì che il prestito stesso sia sostenibile, come

in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, 7; A. DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*; U. NATOLI, *op. cit.*, 35 ss.; e S. RODOTÀ *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, rist. 2004, 175 ss.

⁴¹ R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 204, con enfasi di chi scrive.

⁴² Così S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, 731. V. anche M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 30.

⁴³ Disposizione che costituirebbe il fondamento stesso della buona fede: v. G. FINAZZI, *op. cit.*, 4 ss.; e G. SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, nota a Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giur. it.*, 1993, I-1, 2129 ss. e spec. 2134. Cfr. però R. SACCO e G. DE NOVA, *op. cit.*, 1192, critici sui tentativi di ricondurre la buona fede al dettato costituzionale; e L. MENGONI, *op. cit.*, 9 s., secondo cui la buona fede codicistica esprimerebbe già di per sé un fondamento etico e l'art. 2 Cost., entrato in vigore successivamente, avrebbe piuttosto contribuito a un suo rinnovamento. In arg. v. anche U. NATOLI, *op. loc. ult. cit.* e spec. 36.

⁴⁴ In tal senso C.M. BIANCA, *op. cit.*, 162 s.; L. MENGONI, *op. cit.*, 9; e G. FINAZZI, *op. cit.*, 27 ss. V. poi Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28056, in *OneLegale* e, per la giurisprudenza di merito, Trib. Firenze, sez. III, 20 maggio 2020, n. 1116, Trib. Milano, 3 agosto 2019, n. 7760 e Trib. Bari, sez. III, 12 giugno 2015, n. 2680, in *De Jure*; nonché Trib. Lecce, sez. II, 7 aprile 2020, n. 957, Trib. Frosinone, 2 agosto 2018, n. 751 e Trib. Savona, 31 gennaio 2018, n. 118, in *OneLegale*.

si può intuire non solo dalla normativa consumeristica ma pure dalla più recente disciplina in materia di prevenzione e gestione del sovraindebitamento e della crisi d'impresa, che guarda anche a soggetti diversi dal consumatore, quali il professionista, l'imprenditore minore, l'imprenditore agricolo e la *start-up* innovativa⁴⁵. L'intermediario, quindi, laddove ravvisi che la propria controparte non sia pienamente consapevole che il prestito possa essere inadeguato alle sue capacità restitutorie o che non gli siano del tutto chiari i meccanismi contrattuali, dovrà adoperarsi per rappresentargli le criticità riscontrate e fornirgli gli opportuni chiarimenti. Com'è ovvio, per assolvere al meglio tali obblighi, la verifica del merito creditizio è un momento necessario.

Sempre in virtù dello spirito solidaristico che anima la buona fede, l'intermediario dovrà comunicare alla controparte, in maniera analitica, il risultato dell'istruttoria: se questo è negativo, tale comunicazione consente al cliente di comprendere le ragioni di un eventuale diniego del prestito e, eventualmente, adoperarsi per rimuoverle⁴⁶. Se il risultato è positivo ma evidenzia comunque delle criticità, la comunicazione in questione gli permette di comprendere il costo del credito concedendo (costo che dipende anche dal suo merito creditizio) o la ragione delle eventuali garanzie richieste, e, nel caso, adoperarsi per ridurre il proprio rischio di credito e, così, l'onerosità del prestito, o decidere di non proseguire nella stipula del contratto. Inoltre, dalla comunicazione dell'intermediario potrebbero anche emergere errori nell'istruttoria: in

⁴⁵ Infatti, con riferimento all'omologa del concordato minore – procedura cui possono accedere i soggetti citati –, l'art. 80, co. 4, del Codice della crisi d'impresa stabilisce che il creditore «che ha colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento, non può presentare opposizione in sede di omologa per contestare la convenienza della proposta», e analoga previsione è contenuta all'art. 69, co. 2, per l'omologa del piano del consumatore (peraltro, similmente disponeva già la l. 27 gennaio 2012, n. 3, agli artt. 12, co. 3-ter, e 12-bis, co. 3-bis). V. A.A. DOLMETTA, “Merito del credito” e procedure di sovraindebitamento, in *Fall.*, 2021, 1214 s.; M. FRANCHI, *Il ruolo del merito creditizio nella rinnovata disciplina in tema di composizione della crisi da sovraindebitamento: la chiusura di un cerchio?*, in *questa Rivista*, 2021, I, 523 ss.; A. CRISCUOLO, *Meritevolezza del debitore e merito creditizio. L'omologa del piano del consumatore nella nuova disciplina del sovraindebitamento*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, 325 ss.; e G. LIACE, *Il credito al consumo*, cit., 92 ss.

⁴⁶ Così ABF Roma, 26 maggio 2010, n. 437, ABF Roma, 14 gennaio 2013, n. 247, ABF Roma, 27 dicembre 2011, n. 2851 e ABF Milano, 13 marzo 2014, n. 1546, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

tal caso, il cliente potrebbe segnalarglieli (anzi, *dovrebbe*, considerato che la buona fede opera in chiave di reciprocità, imponendo ad entrambe le parti di adoperarsi per salvaguardare gli interessi altrui).

Va poi precisato che all'intermediario non può essere contestato come abbia valutato nel merito i dati esaminati: infatti, tale valutazione è una sua prerogativa esclusiva⁴⁷, espressione della libertà d'impresa protetta dall'art. 41 Cost. Al più il cliente può contestargli una scarsa diligenza nell'istruttoria e nell'informativa che ne consegue⁴⁸: si pensi al caso in cui il giudizio dell'intermediario contraddica in maniera oggettivamente apprezzabile i dati esaminati (ad es., affermando che la controparte ha una sola fonte di reddito quando la stessa ha dato evidenza di averne più d'una), o all'ipotesi in cui la valutazione non abbia tenuto conto di dati rilevanti (ad es., nel giudizio si sostiene che la controparte non è in grado di offrire garanzie reali, quando invece potrebbe ben farlo), o ancora a quei casi in cui l'intermediario abbia commesso errori nella procedura, sempre apprezzabili in modo oggettivo (come errori di calcolo). In relazione a quest'ultima ipotesi, però, pare difficile che il cliente possa rilevare e contestare eventuali errori dal momento che la procedura su cui si basa l'istruttoria gli è sconosciuta ed egli non ha diritto a conoscerla. A ciò s'aggiunga che rilevare un errore procedurale potrebbe non essere materialmente possibile laddove l'istruttoria sia informatizzata e affidata ad algoritmi: infatti, è verosimile che la comprensione del loro funzionamento vada oltre le capacità del cliente, tanto più se implica funzioni di *machine learning*⁴⁹ (al di là del fatto che l'algoritmo non è oggetto di *disclosure*).

⁴⁷ Così ABF Napoli, 26 agosto 2015, n. 6128, ABF Roma, 7 aprile 2016, n. 3134 e ABF Milano, 13 marzo 2014, n. 1546, in *arbitrobancariofinanziario.it*. In dottrina v. G. LIACE, *Concessione del credito: Prefetto e ABF, la strana coppia*, nota a ABF Napoli, 17 febbraio 2015, n. 1160, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, 243; e D. POLETTI, *La responsabilità della banca per diniego del credito nelle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1421 ss.

⁴⁸ Così F. CIRAULO, *op. cit.*, 340.

⁴⁹ V. F. MATTASSOGLIO, *La valutazione "innovativa" del merito creditizio del consumatore e le sfide per il regolatore*, in *Dir. banc. fin.*, 2020, I, 202 ss.; e A. DAVOLA, *op. cit.*, 151 ss., dove sottolinea la scarsa trasparenza delle più moderne tecniche di valutazione basate sull'esame algoritmico di *big data*.

Pertanto, pare difficile che il cliente riesca a contestare il malfunzionamento dell'apparato informatico dell'intermediario⁵⁰.

Quindi, la libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. tutela l'intermediario rispetto all'ingerenza del cliente – e del giudice chiamato a decidere su una controversia – nella sua autonomia decisionale. Peraltro, tale disposizione consente di delineare ulteriormente la portata della buona fede precontrattuale e di affermare che le parti, durante le trattative, dovranno guardarsi dal porre in essere comportamenti contrari all'utilità sociale o potenzialmente lesivi della libertà e della dignità umana. Saranno quindi censurabili tutte quelle condotte predatorie dell'intermediario che sfruttano a proprio vantaggio situazioni di debolezza dei clienti (ignoranza, momentanea difficoltà economica, *etc.*) per concedere loro prestiti particolarmente onerosi.

Infine, a conclusione del nostro esame, occorre guardare a quella previsione che, tra tutte, meglio conferma quanto detto finora: in base all'art. 47 Cost. l'intermediario e la sua controparte dovranno tenere a mente l'importanza che il risparmio ha per il nostro ordinamento. Pertanto, il primo dovrà impiegare responsabilmente le proprie risorse così come quelle che gli sono affidate, cercando di indirizzare il credito verso soggetti solvibili e affidabili⁵¹. Ciò anche nell'interesse del cliente stesso, il cui risparmio viene per forza di cose compromesso dall'apertura di un'esposizione debitoria: quest'ultimo abbinerà della cooperazione e del supporto dell'intermediario nel caso in cui non abbia piena contezza delle proprie capacità restitutorie o non sia in grado di comprendere i meccanismi contrattuali. Pertanto, l'intermediario dovrà adoperarsi per rappresentargli le possibili criticità del contratto rispetto alle sue esigenze e conoscenze e, a tal fine, la verifica del merito creditizio è un passaggio fondamentale.

⁵⁰ A tacer del fatto che un apparato informatico ben congegnato è generalmente in grado di ridurre notevolmente il margine d'errore che, invece, potrebbe commettere una persona chiamata a esaminare e elaborare la stessa mole di dati. In arg. cfr. però F. MATTASSOGLIO, *op. cit.*, 204 s. Sul punto, v. anche A. SCIARRONE ALIBRANDI e U. MALVAGNA, *I crediti deteriorati tra stabilità finanziaria e «non esclusione» sociale. Verso la sostenibilità dell'ecosistema del credito*, in *Analisi giur. econ.*, 2020, 632 s.

⁵¹ Invero, l'attività creditizia potrà essere esercitata anche nei confronti di soggetti in difficoltà ma, in tal caso, l'intermediario dovrà essere consapevole del rischio assunto e prendere le iniziative più idonee per mitigarlo: v. *infra* § 3.1.

In conclusione, la verifica del merito creditizio assurge a vero e proprio obbligo precontrattuale in capo all'intermediario, sussistendo un interesse non solo di questo ma anche del cliente – consumatore o meno che sia – al suo svolgimento e alla comunicazione del risultato ottenuto, debitamente motivato. Tale obbligo va assolto con la diligenza del *bonus argentarius*⁵² e, a detta di chi scrive, un buon parametro di riferimento è dato dalle *best practice* raccolte negli Orientamenti dell'ABE del 29 maggio 2020, fermo restando che essi non sono vincolanti, sicché, l'intermediario potrà sempre giustificarsi con il cliente della loro inosservanza (così il *comply or explain principle*, previsto come giustificazione rispetto alle censure mosse dall'Autorità di vigilanza, entra in una dimensione squisitamente privatistica).

3. *Profili applicativi della tesi sostenuta: i) Diniego del prestito, risarcimento del danno e obbligo di fare credito*

Vediamo ora le implicazioni della tesi appena delineata rispetto a quei casi in cui l'intermediario abbia ommesso la verifica del merito creditizio, vi abbia commesso errori, non abbia adeguatamente informato il cliente dei risultati della stessa o, infine, non gli abbia fornito un'informativa coerente con tali risultati. Tutte situazioni che possono rilevare sia nel caso in cui la trattativa si concluda con un rifiuto del prestito sia laddove questo venga concesso.

Cominciamo dal diniego del prestito: orbene, può configurarsi una responsabilità dell'intermediario in caso di recesso ingiustificato dalle trattative, ossia qualora lo stesso generi in capo al cliente la ragionevole aspettativa di ricevere il prestito ma questo venga poi rifiutato senza motivo. Pertanto, affinché l'intermediario non incorra in responsabilità, l'istruttoria deve aver avuto esito negativo e tale risultato dev'essere comunicato al cliente. Non solo: come si è detto *supra* § 2.2, al cliente vanno indicate anche le ragioni sottese alla valutazione negativa del suo merito creditizio, onde consentirgli, se possibile, di adoperarsi per rimuovere le circostanze ostative alla concessione del prestito⁵³. Ciò trova conferma sia nella normativa consumeristica, dove si stabilisce che se il rifiuto si basa sulle informazioni presenti in una banca dati, «il

⁵² In tal senso F. CIRAOLO, *op. cit.*, 341.

⁵³ V. le pronunce dell'ABF richiamate *supra* nt. 46.

finanziatore informa il consumatore immediatamente e gratuitamente del risultato della consultazione e degli estremi della banca dati» (art. 125, co. 2, TUB, valido anche per il credito immobiliare al consumo in virtù del richiamo operato dall'art. 120-*undecies*, co. 7)⁵⁴, sia nel d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, per il quale il prefetto, se lo ritiene necessario, segnala all'ABF specifiche problematiche relative a operazioni e servizi bancari; segnalazione che avviene «a seguito di istanza del cliente in forma riservata e dopo che il prefetto ha invitato la banca in questione, previa informativa sul merito dell'istanza, a fornire una risposta *argomentata* sulla meritevolezza del credito» (art. 27-*bis*, co. 1-*quinquies*, con enfasi di chi scrive)⁵⁵.

Oltre alle situazioni appena richiamate, si può ravvisare una condotta dell'intermediario contraria a buona fede anche nel caso in cui non abbia svolto l'istruttoria e abbia rifiutato il prestito senza addurre un

⁵⁴ A riguardo, occorre segnalare quanto sancito da ABF Roma, 2 febbraio 2012, n. 300, in *arbitrobancariofinanziario.it*, controversia in materia di credito al consumo in cui l'intermediario aveva negato un prestito per l'acquisto di un cellulare senza fornire – secondo il ricorrente – sufficienti motivazioni sul proprio diniego. Orbene, l'Arbitro rileva come una comunicazione di Banca d'Italia del 22 ottobre 2007 pubblicata nel Bollettino di Vigilanza n. 10 dell'ottobre 2007, riguardo al rifiuto opposto a una richiesta di prestito, suggerisca agli intermediari di fornire riscontro al cliente «con sollecitudine». Peraltro, sempre secondo tale Comunicazione, «anche al fine di salvaguardare la relazione con il cliente», l'intermediario è tenuto verificare «la possibilità di fornire indicazioni generali sulle valutazioni che hanno indotto a non accogliere la richiesta di credito». Facendo leva sul fatto che Banca d'Italia parla di *possibilità*, l'Arbitro perviene alle seguenti conclusioni: se il diniego di credito è determinato dalle segnalazioni negative presenti in una banca dati, ai sensi dell'art. 125, co. 2, TUB, «l'intermediario deve dare immediata comunicazione al richiedente del risultato della consultazione e degli estremi della banca dati. Qualora, invece, il rifiuto sia determinato da altra motivazione, è sufficiente il sollecito riscontro della richiesta, essendo prevista la mera possibilità di fornire indicazioni sulle ragioni poste a fondamento della determinazione negativa». A detta di chi scrive, quest'ultima affermazione non pare condivisibile in ragione di quanto detto finora e, invero, neppure lo stesso Arbitro ne pare particolarmente convinto: infatti, pur respingendo il ricorso, invita l'intermediario «a fare ampio uso della “*possibilità di fornire indicazioni generali sulle valutazioni che hanno indotto a non accogliere la richiesta di credito*”, allo scopo di consentire al cliente una conoscenza, il più possibile analitica e completa, delle ragioni poste a base del pur legittimo rifiuto del finanziamento».

⁵⁵ In arg. v. G. LIACE, *Concessione del credito*, cit., 240 ss.; E. MINERVINI, *L'arbitro bancario finanziario ed il prefetto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2013, 735 ss.; e F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti*, cit., 594 ss.

valido motivo alla propria decisione, nonchè qualora la valutazione del merito creditizio abbia avuto esito positivo ma, nonostante ciò, il prestito sia negato senza dare al cliente alcuna giustificazione. Infatti, un prestito potrebbe essere rifiutato anche per ragioni indipendenti dall'esito dell'istruttoria sul merito di credito (si pensi a un'impresa che si vede negato un prestito perché opera in contrasto con i valori di sostenibilità ambientale e sociale promossi dall'intermediario)⁵⁶. Ad ogni modo, in tutti i casi esaminati, nel cliente dovrà essersi generata un'incolpevole aspettativa verso la futura stipula del contratto⁵⁷.

La responsabilità dell'intermediario è ovviamente di tipo precontrattuale e, a detta di chi scrive, va ricondotta alla disciplina di cui all'art. 1218 c.c., avendo origine dalla violazione di obblighi di legge, nel caso in cui il prenditore sia un consumatore⁵⁸, o di obblighi *ex bona fide*, laddove il prenditore non sia un consumatore⁵⁹. Quanto al danno risarcibile, esso è limitato all'*interesse negativo*⁶⁰, ossia alle

⁵⁶ Invero, il controllo su tali tematiche, incidendo spesso le stesse sul rischio di credito del cliente, è ormai parte integrante della verifica del merito creditizio, come si evince dal § 27 degli Orientamenti dell'ABE del 29 maggio 2020. V. F. RIGANTI, *L'impresa bancaria nella transizione sostenibile*, in *AGE*, 2022, 322.

⁵⁷ Aspettativa che potrebbe sorgere, ad es., nel caso in cui trascorra un lungo lasso di tempo dalla richiesta di prestito senza che l'intermediario vi si pronunci pur dando al contempo rassicurazioni al cliente circa la sua futura approvazione, o laddove il cliente sia coinvolto nella produzioni di documenti e in altri adempimenti che l'intermediario dica essere utili all'accoglimento della richiesta (così D. POLETTI, *op. cit.*, 1424).

⁵⁸ In questo senso pare orientata anche la giurisprudenza europea: v. CGUE, 18 dicembre 2014, causa C-449/13 *CA Consumer Finance SA c. I. Bakkaus et al.*, in *curia.europa.eu*, secondo cui le disposizioni della *Consumer Credit Directive* – ma lo stesso potrebbe dirsi per la *Mortgage Credit Directive* – «ostano ad una normativa nazionale secondo la quale l'onere della prova della mancata esecuzione degli obblighi prescritti agli artt. 5 e 8 [CCD] grava sul consumatore».

⁵⁹ In tal senso si è recentemente espressa la Cassazione in ipotesi di abusiva concessione di credito, tema su cui torneremo *infra* § 3.1: Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, in *Foro it.*, 2021, I, 3907 s.; e Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2022, II, 167 s., con nota di L. BENEDETTI, *La ridefinizione della fattispecie della concessione abusiva di credito ad opera della Cassazione*, 173 ss.; e di A.A. DOLMETTA, *Merito del credito e concessione abusiva*, in *dirittobancario.it*.

⁶⁰ V. Cass., 27 ottobre 2021, n. 30186, Cass., 10 marzo 2016, n. 4718, Cass., 13 ottobre 2005, n. 19883 e Cass., 30 agosto 1995, n. 9157, in *DeJure*. Per la dottrina v. F. BENATTI, *op. cit.*, 145 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 216; G. STELLA RICHTER,

spese sopportate dal cliente ai fini dell'istruttoria e alle occasioni perse a causa del comportamento dell'intermediario. Pertanto, sul piano pratico, un'azione risarcitoria potrebbe rivelarsi poco utile, almeno per quanto concerne i vantaggi economici conseguibili: infatti, le spese che il cliente sostiene in ragione dell'istruttoria sono generalmente basse, salvo il coinvolgimento di professionisti terzi⁶¹. Maggiore può essere il danno risarcibile per l'occasione persa ma, in tal caso, si pone il problema della difficile prova del nesso di causalità tra condotta censurata e danno, oltre che della sua quantificazione.

Alla luce delle criticità appena esposte, viene da chiedersi se la controparte dell'intermediario possa intraprendere una strada più soddisfacente, specie nel caso in cui il prestito gli sia stato rifiutato nonostante l'istruttoria abbia avuto esito positivo o laddove la stessa non sia stata svolta ma probabilmente avrebbe avuto esito positivo se eseguita, oppure abbia avuto esito negativo per un errore di valutazione dell'intermediario, con la conseguenza che, se questo non fosse stato commesso, il risultato sarebbe stato verosimilmente positivo, o, infine, nel caso in cui l'esito negativo non dipenda da errore ma, ciononostante, il cliente avrebbe potuto adoperarsi per migliorare la propria posizione e probabilmente conseguire una valutazione positiva ma non ha potuto farlo perché l'intermediario non gli ha comunicato i risultati così da permettergli di rimediare. In tutti questi casi ci si chiede se il prestito possa essere ottenuto coattivamente.

Quanto detto richiama alla mente il noto dibattito sulla qualifica dell'attività bancaria come servizio pubblico, qualifica che consentirebbe di configurare un obbligo a contrarre in capo alle banche interpretando in maniera estensiva l'art. 1679 c.c.⁶². Con riferimento all'esercizio del credito, però, la dottrina ha sempre ritenuto un simile obbligo estraneo allo statuto dell'impresa bancaria⁶³, in quanto

op. cit., 89 ss.; G. PATTI e S. PATTI, *op. cit.*, 83 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 175 s.; G. D'AMICO, La responsabilità precontrattuale, cit., 1407 ss.; e F. CIRAULO, *op. cit.*, 336.

⁶¹ Ad es., ABF Palermo, 6 maggio 2020, n. 8253, in *arbitrobancariofinanziario.it*, ha condannato la banca convenuta per il recesso ingiustificato dalle trattative per la stipula di un mutuo ipotecario al pagamento delle spese notarili (circa duemila euro).

⁶² In arg. v. A. NIGRO, *Attività bancaria e vincoli a contrarre delle banche*, in *Foro it.*, 1985, V, 312 ss.; nonché l'intervento di M. PORZIO in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, cit., 243 ss.

⁶³ Così P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 530; G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e «ricommercializzazione»*

«contrastante, anche se congegnato in modo da escludere le operazioni visibilmente rischiose, con il ruolo tipicamente selettivo che la banca è chiamata a svolgere, in un'economia di mercato, rispetto al processo di allocazione ottimale delle risorse»⁶⁴. A ciò s'aggiunga che quelli di credito sono contratti *intuitu personae*⁶⁵ e, come tali, presuppongono necessariamente una valutazione delle qualità del singolo contraente nonché del rischio della specifica operazione.

Queste considerazioni sono condivisibili. Tuttavia, si deve tener conto di come, nella letteratura economica e filosofica contemporanea, si stia affermando la concezione dell'accesso al credito come un diritto umano fondamentale, in quanto lo stesso consentirebbe alle persone in stato di bisogno di avviare un'attività economica e così migliorare la propria condizione⁶⁶. Peraltro, così inteso, il credito andrebbe concesso non solo a soggetti solvibili ed affidabili ma anche agli indigenti⁶⁷.

Per quanto nobile nelle intenzioni, questa tesi non sembra poter trovare ingresso nel nostro ordinamento: né la nostra Costituzione, né la Carta di Nizza, né la Convenzione Europea dei Diritti Umani enunciano l'accesso al credito quale diritto fondamentale, né sembrano

del diritto commerciale, in *Jus*, 1981, 141 e 143; A. NIGRO, *Attività bancaria e vincoli a contrarre delle banche*, cit., 312 e 318; U. MORERA, *Il Fido Bancario*, Milano, 1998, 161 s.; e, recentemente, D. POLETTI, *op. cit.*, 1421 ss.; e G. LIACE, *Concessione del credito*, cit., 243 s.

⁶⁴ G.B. PORTALE, *op. cit.*, 413; e P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, cit., 531.

⁶⁵ Così già Cass., 25 marzo 1969, n. 957, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1969, II, 499 e, in dottrina, E. SIMONETTO, *I Contratti di Credito*, Padova, 1953, 245 ss.; F. MESSINEO, *Caratteri giuridici comuni dei contratti bancari*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1960, I, 324; B. LIBONATI, *Contratto Bancario e Attività Bancaria*, Milano, 1965, 111; G. MOLLE, *I Contratti Bancari*, Milano, IV ed., 1981, 190 s.; N. SALANITRO, *Le Banche e i Contratti Bancari*, Torino, 1983, 181 s.; A. NIGRO, *Attività bancaria e vincoli a contrarre delle banche*, cit., 318 e 320; e U. MORERA, *op. cit.*, 111 ss.

⁶⁶ V. M. YUNUS, *Credit for the poor: Poverty as distant history*, in *Harvard International Review*, 3, 2007, 21; M. HUDON, *Should access to credit be a right?*, in *Journal of Business Ethics*, 2009, 17 ss.; O. BAYULGEN, *Giving credit where credit is due: Can access to credit be justified as a new economic right?*, in *Journal of Human Rights*, 2013, 491 ss.; e M. MEYER, *The right to credit*, in *Journal of Political Philosophy*, 2018, 304 ss.

⁶⁷ V. M. YUNUS, *Poverty alleviation: Is economics any help? Lessons from the Grameen Bank experience*, in *Journal of International Affairs*, 1998, 54. È evidente come tale linea di pensiero contrasti con gli attuali sistemi di verifica del merito creditizio, particolarmente attenti alla solvibilità del prestatore e, quindi, alla prestazione di garanzie da parte di quest'ultimo o di terzi.

consentirne la creazione sulla base degli altri diritti espressamente tutelati. Nelle Carte appena richiamate vengono sì protetti la dignità umana, l'uguaglianza tra i consociati e l'inclusione sociale, ma anche la proprietà e la libertà d'iniziativa economica, che verrebbero seriamente compromesse se si obbligassero gli intermediari a fare credito indiscriminatamente. Questo a tacere delle implicazioni sulla stabilità del sistema finanziario: a riguardo, lo stesso ABF ha spesso ricordato come un obbligo generale di far credito sia «certamente estraneo allo statuto delle imprese bancarie, la cui attività deve ispirarsi ai principi di una “sana e prudente gestione” e deve essere esercitata avendo riguardo “alla stabilità complessiva, all’efficienza e alla competitività del sistema finanziario” (arg. ex art. 5 TUB)»⁶⁸.

Vero è che nella nostra Costituzione si afferma che la legge assicura la funzione sociale della proprietà (art. 42), che può indirizzare l'iniziativa economica verso fini sociali (art. 41) e che disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito (art. 47): tuttavia, è solo *la legge* a poter disporre in tal senso e, ad oggi, una legge che preveda un generale obbligo di far credito non esiste, neppure con riferimento ai consumatori o alle fasce più deboli della popolazione⁶⁹. Al più sono state emanate diverse leggi speciali che hanno previsto un obbligo di far credito in capo agli intermediari – o, più spesso, di modificare le condizioni di un prestito già concesso – in ipotesi ben determinate, caratterizzate da straordinarietà, e, generalmente, bilanciando tale sacrificio con una garanzia pubblica: si pensi all'art. 56 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18, che ha obbligato gli intermediari ad accogliere le richieste di moratoria su mutui e altri finanziamenti a rimborso rateale avanzate da micro, piccole e medie imprese in crisi di liquidità a causa della pandemia, purché le rispettive esposizioni non fossero già

⁶⁸ ABF Roma, 26 maggio 2010, n. 437, cit. V. anche ABF Roma, 2 febbraio 2012, n. 300, cit.; nonché ABF Bologna, 17 settembre 2019, n. 21636 e ABF Milano, 12 dicembre 2011, n. 2683, in *arbitrobancariofinanziario.it*.

⁶⁹ Infatti, anche laddove il legislatore ammette il credito agli indigenti – ossia all'art. 111, co. 3, TUB – non si spinge a obbligare gli intermediari a concederlo ma li lascia liberi di farlo. In arg. v. E. BANI, sub *art. 111*, in *Comm. t.u.b. Capriglione*, II, Padova, IV ed., 2018, 1635 ss.; e G. LIBERATI BUCCIANTI, *Il merito creditizio del consumatore*, Milano, 2019, 112 ss.

classificate come deteriorate. Rispetto alla misura concessa, poi, l'intermediario poteva richiedere apposita garanzia pubblica⁷⁰.

Pertanto, non pare possibile configurare un obbligo di fare credito in capo all'intermediario, neppure nel caso in cui la sua controparte abbia un elevato merito creditizio⁷¹. Inoltre, anche ammettendo l'esistenza di un simile obbligo, rimarrebbe dubbio il tipo di tutela praticabile: il pensiero va all'art. 2932 c.c. ma va rilevato come tale azione sia esperibile solo se il contenuto del contratto sia già stato puntualmente delineato dalle parti nel corso delle trattative⁷².

In conclusione, le frecce all'arco del cliente sembrano poche e spuntate: i risultati conseguibili con il rimedio risarcitorio sono modesti e la possibilità di obbligare l'intermediario a contrarre va esclusa.

3.1. ii) *Concessione di un prestito insostenibile, rimedio risarcitorio e validità del contratto*

Passiamo ora all'ipotesi in cui il prestito concesso si riveli insostenibile, per verificare se e, nel caso, in che termini l'intermediario possa essere ritenuto responsabile della situazione di crisi del cliente⁷³. In base alle riflessioni svolte, una responsabilità dell'intermediario pare sussistere nel caso in cui questi abbia concesso un prestito rivelatosi

⁷⁰ V. L.S. LENTINI, *Moratoria dei finanziamenti bancari e criteri di maturazione degli interessi «di sospensione» nel decreto “Cura Italia”: una prima lettura*, in questa Rivista, 2020, I, 237 ss.; e R. LENER e A. DI CIOMMO, *Le moratorie in tempo di pandemia: superare i problemi applicativi*, in *Sistema produttivo e finanziario post Covid-19: dall'efficienza alla sostenibilità. Voci dal diritto dell'economia*, U. MALVAGNA e A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), Pisa, 2020, 71 ss. Peraltro, quella richiamata non è stata l'unica misura di credito emergenziale durante la pandemia: v. A.A. DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in questa Rivista, 2020, I, 253 ss.; F. CIRAULO, *op. cit.*, 313 ss.; e R. NATOLI e G. MATTARELLA, *Il principio dell'insindacabilità della valutazione del merito creditizio alla prova dei miniprestiti emergenziali integralmente coperti da garanzia pubblica (art. 13, comma 1, lett. m, d.l. 23/2020)*, in *Giur. comm.*, 2022, I, 652 ss.

⁷¹ Anche se in dottrina non sono mancate valide aperture in tal senso: v. F. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti*, cit., 587 ss. e 598.

⁷² Così F. CIRAULO, *op. cit.*, 327 s.

⁷³ Anche in tal caso, per le ragioni esposte supra § 3, la responsabilità dell'intermediario va ricondotta alla disciplina di cui all'art. 1218 c.c., avendo origine dalla violazione di obblighi di legge, nel caso in cui il prestatore sia un consumatore, o di obblighi *ex bona fide*, laddove il prestatore non sia un consumatore.

insostenibile a un soggetto inconsapevole delle proprie condizioni economico-finanziarie senza preventivamente verificarne il merito creditizio, o qualora lo abbia concesso in presenza di una valutazione negativa, sulla quale potrebbe aver soprasseduto per le ragioni più diverse⁷⁴. Invero, va precisato che l'informatizzazione delle procedure di erogazione del credito è oggi in grado di ridurre significativamente il verificarsi di tali situazioni: l'implementazione di sistemi d'allerta automatizzati consente d'impedire o, quantomeno, segnalare al sistema dei controlli interni i prestiti erogati in assenza d'istruttoria o in caso di suo esito negativo e, pertanto, contrari a una sana e prudente gestione.

Ad ogni modo, non è solo la verifica del merito creditizio a rilevare con riferimento a un'eventuale responsabilità dell'intermediario ma anche la relativa informativa: come detto *supra* § 2.2., essa ha massima importanza perché consente al cliente di rilevare e segnalare un eventuale inadempimento dell'intermediario rispetto ai propri obblighi valutativi od una qualche forma di negligenza nel loro assolvimento (peraltro, l'intermediario mettendo il cliente nella condizioni di rilevare e segnalargli eventuali criticità, vedrà certamente attenuata – se non azzerata – la propria responsabilità).

Ciò detto, vediamo quale può essere il danno che il cliente potrebbe lamentare per il mancato adempimento degli obblighi di cui s'è discusso. Seguendo la distinzione tracciata dalla migliore dottrina⁷⁵ con riferimento alla responsabilità precontrattuale per la stipula di un contratto valido ma sconveniente, possiamo delineare due diverse situazioni: *i*) quella in cui l'illecito precontrattuale dell'intermediario ha indotto il cliente a stipulare un contratto che altrimenti non avrebbe concluso, e *ii*) quella in cui l'illecito precontrattuale ha inciso unicamente sul contenuto del contratto ma non sulla determinazione del cliente a concluderlo. Nella prima ipotesi al cliente spetta un risarcimento pari al contenuto del contratto a lui sfavorevole, nella seconda il danno corrisponde al minor vantaggio o al maggiore aggravio economico causato dal comportamento dell'intermediario⁷⁶.

⁷⁴ Ad es., rispetto a un'impresa in crisi, per mantenerla sul mercato e ritardarne l'assoggettamento a procedura concorsuale (sul punto torneremo a breve).

⁷⁵ G. PATTI e S. PATTI, *op. cit.*, 122; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 176; e G. D'AMICO, La responsabilità precontrattuale, *cit.*, 1420 ss.

⁷⁶ Così Cass., 14 febbraio 2022, n. 4715, in *Foro it.*, 2022, I, 1745; e Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, *ivi*, 2008, I, 796, con nota di E. SCODITTI, *La*

A detta di chi scrive, l'importo del danno va determinato in base al costo del credito: nella prima ipotesi il cliente non si sarebbe determinato a contrarre e, quindi, non avrebbe sopportato il pagamento degli interessi e l'eventuale dazione di garanzie⁷⁷. Nella seconda ipotesi il cliente avrebbe egualmente stipulato il contratto e l'unica strada percorribile pare la liquidazione equitativa del danno, essendo difficile individuare le diverse condizioni economiche alle quali il cliente avrebbe avuto accesso (questo perché molto dipende dalle politiche commerciali dell'intermediario, che non sono conoscibili dal cliente né dal giudice e sul cui merito essi non hanno voce in capitolo, in quanto espressione della libertà d'iniziativa economica dell'intermediario stesso).

Le soluzioni appena proposte trovano conferma in quanto previsto da altri ordinamenti in materia consumeristica⁷⁸: ad es., il Codice del Consumo francese stabilisce che l'intermediario che abbia concesso un prestito senza adempiere all'obbligo di verifica del merito creditizio può essere privato del diritto agli interessi sul prestito, *in toto* o nella misura fissata dal giudice⁷⁹. Similmente, il Codice Civile tedesco prevede un meccanismo di sostituzione dei tassi d'interesse per l'ipotesi in cui l'intermediario non abbia osservato tale obbligo⁸⁰. Invero, quelli appena descritti, più che rimedi risarcitori sembrano rimedi demolitori,

violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite, 785 ss.

⁷⁷ V. Trib. Macerata, 24 maggio 2018, cit., 1430 ss. e spec. 1435, caso in cui la moglie di un imprenditore in difficoltà aveva contratto un mutuo ipotecario per ripianare i debiti del marito. Il Tribunale ha ritenuto sussistere la responsabilità precontrattuale dell'intermediario per violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio e lo ha condannato al risarcimento di un danno corrispondente agli interessi convenzionali e di mora previsti dal contratto. A riguardo va condiviso quanto scritto da F. SALERNO, *op. cit.*, 1428, critico su come il giudice non abbia tenuto conto dell'ipoteca quale elemento di danno e non ne abbia ordinato la cancellazione.

⁷⁸ Gli artt. 23 CCD e 38 MCD lasciano ampia libertà agli Stati membri su come sanzionare la violazione degli obblighi di verifica del merito creditizio e di informativa precontrattuale, limitandosi a stabilire che le sanzioni devono essere «efficaci, proporzionate e dissuasive». A riguardo v. CGUE, 10 giugno 2021, causa C-303/20 *Ultimo Portfolio Investment (Luxembourg) S.A. c. KM.*, in *EurLex*.

⁷⁹ V. l'art. L341-2, in materia di credito al consumo, e l'art. L341-28, in materia di credito immobiliare ai consumatori, del *Code de la Consommation*.

⁸⁰ V. la sez. 505d del *Bürgerliches Gesetzbuch*, su cui P. BUCK-HEEB, *Rechtsfolgen fehlender oder fehlerhafter Kreditwürdigkeitsprüfung*, in *Neue Jur. Woch.*, 2016, 2066 ss.

conseguenti alla violazione di un divieto in capo all'intermediario a erogare credito nel caso in cui nutra dei dubbi sulle capacità restitutorie del consumatore. A livello comunitario, un divieto di questo tipo è presente, pur implicitamente, solo all'art. 18, co. 5., lett. a), MCD, dove si prevede che «il creditore eroghi il credito al consumatore solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indicano che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito»⁸¹. In sede di trasposizione, taluni ordinamenti hanno fedelmente recepito tale divieto: il Codice del consumo francese, all'art. L313-16, co. 1, stabilisce che l'intermediario concede il prestito solo se ha potuto verificare che la propria controparte verosimilmente rispetterà gli impegni assunti. Altri ordinamenti hanno esteso questa previsione, propria del credito immobiliare al consumo, anche alle altre fattispecie di credito ai consumatori, nonostante il silenzio della *Consumer Credit Directive* sul punto: è il caso della sez. 505a, co.1, del Codice civile tedesco, dove è previsto che l'intermediario possa concedere il prestito solo se, a seguito della verifica del merito creditizio, non vi siano seri dubbi sulle capacità restitutorie del prenditore⁸² e, con riferimento al credito immobiliare al consumo, se è probabile che il cliente adempierà agli impegni derivanti dal contratto. Peraltro, questo approccio è stato appoggiato anche dalla giurisprudenza comunitaria⁸³, che ha ritenuto coerente con l'art. 8 CCD la scelta del legislatore belga di imporre all'intermediario di astenersi dal concedere credito qualora non possa ragionevolmente ritenere, al termine della verifica del merito creditizio, che il consumatore potrà rispettare gli obblighi derivanti dal contratto.

Sulle sanzioni per l'inosservanza delle disposizioni richiamate s'è già detto che esse incidono sugli interessi dovuti dal consumatore, non sulla validità dell'intero contratto, e ciò coerentemente con la volontà

⁸¹ Similmente si esprime l'art. 18, co. 4, della proposta di direttiva richiamata *supra* nt. 7. Sul punto v. M. CUENA CASAS, *Evaluación de la solvencia y crédito hipotecario*, in *Rev. crítica de derecho inmobiliario*, 2017, 2895.

⁸² Problematico è stabilire quando sussista un *serio dubbio* (*erheblichen Zweifel*) sulle prospettive di rimborso: v. C. FELDHUSEN, "*Erhebliche Zweifel*" bei der *Kreditwürdigkeitsprüfung*, in *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2016, spec. 446 ss., secondo cui la disposizione in esame impone una valutazione basata su dati oggettivamente apprezzabili. In arg. v. anche P. BUCK-HEEB, *op. loc. ult. cit.*

⁸³ CGUE, 6 giugno 2019, causa C-58/18 *Michel Schyns c. Belfius Banque*, in *EurLex*, su cui G.L. GRECO, *op. cit.*, 349 ss.

del legislatore di conservarlo nonostante l'inadempimento dell'obbligo di verifica del merito creditizio⁸⁴: infatti, l'art. 18, co. 4, MCD impone agli Stati membri di assicurare che il finanziatore «non risolva né modifichi in un secondo tempo il contratto di credito a danno del consumatore a motivo del fatto che la valutazione del merito creditizio era stata condotta scorrettamente», a meno che il consumatore abbia «intenzionalmente omesso di fornire o ... falsificato le informazioni».

Quanto al nostro ordinamento, la normativa comunitaria è stata recepita in modo poco chiaro: si è solo stabilito, all'art. 120-*nonies*, co. 1, lett. *b*), TUB, che l'intermediario debba avvertire la propria controparte che «il credito non può essere accordato se la valutazione del merito creditizio non può essere effettuata a causa della scelta del consumatore di non fornire le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione». Tale previsione è lungi dal proibire all'intermediario di erogare credito laddove nutra dei dubbi sulle capacità restitutorie della controparte. Si potrebbe affermare che essa, implicitamente, vieti di concedere il prestito al consumatore che non collabori all'istruttoria, ma a chi scrive pare trattarsi di un mero obbligo informativo, volto a far sì che la controparte sia da subito resa edotta di una delle possibili cause di rifiuto del prestito.

Guardando ancora al TUB, l'art. 120-*undecies*, co. 3, dispone che l'intermediario «non risolve il contratto di credito concluso con il consumatore né vi apporta modifiche svantaggiose per il consumatore ... in ragione del fatto che la valutazione del merito creditizio è stata condotta scorrettamente o che le informazioni fornite dal consumatore prima della conclusione del contratto di credito ... erano incomplete, salvo che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire tali informazioni o abbia fornito informazioni false». Qui il legislatore ha

⁸⁴ Così E. PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla "contrattazione con l'insolvente"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 1112; S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 538 s.; e A. DAVOLA, *op. cit.*, 144. Cfr., però, CGUE, 5 marzo 2020, causa C-679/18 *OPR-Finance s.r.o. c. GK*, in *EurLex*, che ha considerato compatibili con il diritto comunitario le norme di diritto ceco che sanzionano con la nullità il contratto concluso in violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio ma ha altresì ritenuto inammissibile che tale nullità possa essere sollevata dal consumatore entro un termine di prescrizione triennale: detto termine, infatti, è inconciliabile con il principio di effettività della sanzione previsto dall'art. 23 CCD (v. *supra* nt. 78).

recepito fedelmente l'art. 18, co. 4, MCD, ma tale fedeltà certo non paga, almeno per quanto riguarda le espressioni impiegate: non si comprende perché si sia precisato che il contratto non possa essere *risolto* per la violazione di obblighi precontrattuali quando ciò può dar luogo solo a una responsabilità risarcitoria dell'intermediario (e non alla risoluzione del contratto stipulato, che può conseguire solo a un inadempimento di quanto previsto dallo stesso)⁸⁵. Si noti poi come l'art. 120-*undecies* stabilisca che l'intermediario non possa risolvere il contratto «salvo che il consumatore abbia intenzionalmente omissso di fornire tali informazioni o abbia fornito informazioni false»: queste, però, sono situazioni capaci di dar luogo non alla risoluzione ma all'annullamento del contratto, configurando un comportamento reticente e doloso⁸⁶. Ma al di là di questi rilievi sul tenore letterale della disposizione in esame⁸⁷, si può affermare che, coerentemente con la normativa comunitaria, essa miri alla conservazione del contratto concluso in violazione dell'obbligo di verifica del merito creditizio⁸⁸.

Alla luce di quanto detto, un divieto di fare credito in capo all'intermediario che nutra dubbi sulla solvibilità o sull'affidabilità del consumatore pare non esistere nel nostro ordinamento, nemmeno con riferimento alla delicata attività di credito immobiliare al consumo. Peraltro, anche laddove se ne ammettesse l'esistenza in forza dell'art. 18, co. 5, lett. a), MCD⁸⁹, la violazione di tale divieto comunque non consentirebbe di invalidare il contratto, vista la volontà del legislatore di conservarlo, testimoniata sia dal co. 4 dello stesso art. 18 MCD sia dall'art. 120-*undecies*, co. 3, TUB. Invero, si potrebbe affermare che le disposizioni citate impediscano solo all'intermediario di risolvere il contratto e non anche al cliente: ciò è vero ma quest'ultimo non potrebbe comunque agire in tal senso, posto che, come detto, la risoluzione è un rimedio per l'inadempimento di obblighi *ex contractu*,

⁸⁵ V. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit., 795 s.

⁸⁶ Sulla reticenza invalidante v. M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, cit., 398 ss.; e ID., *La reticenza*, in Alberto Trabucchi, S. DELLE MONACHE e G. GABRIELLI (a cura di), Napoli, 2021, 403 ss.

⁸⁷ Cfr. R. GRASSO, *Sub art. 120-undecies*, in *Comm. t.u.b. Capriglione*, III, cit., 2032 s., che suggerisce di interpretare in senso a-tecnico il concetto di *risoluzione*.

⁸⁸ Così R. GRASSO, *op. cit.*, 2040; L. ALBANESE, *op. cit.*, 2021; e M. FRANCHI, *op. cit.*, 518 s.

⁸⁹ Di quest'avviso è D. IMBRUGLIA, *Regole di adeguatezza e validità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 377 s.

non precontrattuali. Né, peraltro, il TUB accorda al consumatore una qualche nullità di protezione per l'ipotesi in cui l'obbligo in questione sia violato. In sintesi, la tutela accordatagli è solo quella risarcitoria (salvo l'annullamento del contratto al ricorrere di uno dei vizi del consenso di cui agli artt. 1427 ss. c.c.).

Esaurito l'esame della normativa consumeristica, occorre guardare anche alle prescrizioni contenute nelle circolari di Banca d'Italia nn. 285/2013 e 288/2015 onde poter affermare con certezza che il divieto di cui s'è discusso finora non esiste nel nostro ordinamento. Tali disposizioni mirano a garantire la sana e prudente gestione dell'intermediario e, nello specifico, «il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni»⁹⁰, incluso quello di credito: «contenimento del rischio» non significa che gli intermediari devono astenersi dal concedere prestiti a soggetti con uno scarso merito creditizio. Tale espressione, invece, implica che essi devono essere capaci di identificare, monitorare e gestire efficacemente i rischi connessi all'esercizio del credito. Pertanto, se l'intermediario opta di finanziare un soggetto pur nutrendo dubbi sulle sue capacità restitutorie, dovrà implementare un sistema di presidi tale da rendere minimo il rischio che l'inadempimento della controparte si ripercuota sulla sua stabilità⁹¹.

Sul piano della contrattazione, ciò comporta l'assunzione da parte dell'intermediario di adeguate garanzie nonché l'inserimento nel contratto di clausole che gli consentano di monitorare la situazione economico-finanziaria del prenditore e, eventualmente, di esercitare una certa ingerenza sull'attività di quest'ultimo: il riferimento è ai *covenant*, ossia a quelle clausole accessorie a un contratto di credito, generalmente un finanziamento a un'impresa, che impongono al prenditore di trasmettere periodicamente informazioni e documenti all'intermediario (*informative covenant*), di rispettare determinati

⁹⁰ Artt. 53, 67 e 108 TUB. Sul punto v. F. SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della «sana e prudente gestione»*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, I, 150 ss.

⁹¹ *In primis*, l'intermediario dovrà dotarsi di fondi propri adeguati a contenere il rischio di credito: v. M. DE POLI, *Fundamentals of European Banking Law*, cit., 116 ss.; R. CALDERAZZI, *La funzione organizzativa del capitale nell'impresa bancaria*, Torino, 2020, 30 ss.; e K. ALEXANDER, *The role of capital in supporting banking stability*, in *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, N. MOLONEY, E. FERRAN e J. PAYNE (a cura di), Oxford, 2015, 334 ss.

parametri patrimoniali e finanziari, pena il potere dell'intermediario di risolvere o rinegoziare il contratto (*financial covenant*), di compiere o astenersi da determinate azioni, come un divieto di distribuire utili per un certo periodo (*positive o negative covenant*), etc. In sintesi, si tratta di strumenti di «garanzia “preventiva” del credito»⁹².

Pertanto, alla luce di quanto detto, neppure la normativa prudenziale proibisce all'intermediario di erogare un prestito nel caso in cui nutra dubbi sulle capacità restitutorie del prestatore.

Queste conclusioni sembrano coerenti con quanto previsto nel nuovo Codice della crisi d'impresa (CCI), dove si nota un certo *favor* rispetto all'intervento dell'intermediario nel risanamento dell'impresa in difficoltà attraverso la concessione di nuovi finanziamenti⁹³, che sono di per sé rischiosi: ne sono testimonianza sia l'art. 22 in materia di composizione negoziata della crisi, per il quale il Tribunale può autorizzare il debitore a contrarre finanziamenti prededucibili funzionali «alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori», sia l'art. 99, per il quale il debitore può chiedere al Tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti in qualsiasi forma «funzionali all'esercizio dell'attività aziendale sino all'omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero all'apertura e allo svolgimento di tali procedure e in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori»⁹⁴.

⁹² G. PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2009, I, 498 ss. In arg. v. anche G. DE DONNO, *Riflessioni attorno alla natura civilistica dei covenants*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2021, 347 ss.; M. PELUSO, *I covenant nei contratti di finanziamento. Profili introduttivi*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 4 (suppl.), 2011, 127 ss.; U. PATRONI GRIFFI, *I covenants finanziari. Note introduttive*, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 601; G. GIANNELLI, *Covenants finanziari e finanziamento dell'impresa di gruppo in crisi*, *ivi*, 609 ss.; D.U. SANTUOSSO, *Covenants finanziari: rischio d'impresa e responsabilità gestionali*, *ivi*, 639 ss.; e R. PENNISI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del controllo in forza di covenants finanziari*, *ivi*, 627 ss. e 633 ss., che evidenzia come questo tipo di clausole potrebbero generare un potere di direzione e coordinamento dell'intermediario nei confronti dell'impresa finanziata. A riguardo, v. anche G. BARBARA, *Covenants e “fattispecie aggregative”*. *Contributo alla teoria del controllo e del collegamento “esterni”*, Torino, 2022, 91 ss.; e M. MOZZARELLI, *Business covenant e governo della società finanziata*, Milano, 2013, *passim*;

⁹³ In tal senso v. Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, cit., 3901.

⁹⁴ Similmente disponeva l'art. 182-*quinquies* L. Fall., su cui v. M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in

Ciò vale fintanto che sussistano prospettive di risanamento, come si evince dall'art. 325 CCI e già dall'art. 218 L. Fall., che sanzionano penalmente «Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito ... dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza». È indubbio che la norma penale richiamata abbia anche riflessi civilistici rispetto alla condotta del finanziatore che partecipi a tale ricorso *abusivo* al credito, omettendo la verifica del merito creditizio o soprassedendo al suo esito negativo per dissimulare la crisi dell'impresa⁹⁵. E infatti, in caso di *abusiva* concessione di credito, la giurisprudenza ha recentemente riconosciuto una responsabilità risarcitoria dell'intermediario verso l'impresa finanziata⁹⁶, ampliando altresì la portata del danno risarcibile, il quale non corrisponderebbe, come scritto poco fa, al costo del credito o al minor vantaggio o al maggiore aggravio economico causato dal comportamento dell'intermediario, ma alla «diminuita consistenza del patrimonio sociale»⁹⁷. Questo perché gli obblighi violati dall'intermediario non

Riv. dir. civ., 2014, I, 1089 ss. In arg. v. anche L. STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Fall.*, 2021, 1183 ss.

⁹⁵ Con riferimento al previgente art. 218 L. Fall., v. Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, 162 ss. e spec. 165, con nota di F. PACILEO, *Concessione "abusiva" di credito ed azione del curatore fallimentare: il cavillo del concorso della banca nella mala gestio degli amministratori*, 167 ss.

⁹⁶ Originariamente, era riconosciuta solo una responsabilità *ex art.* 2043 c.c. verso i creditori sociali: *ex multis*, v. B. INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, I, 294 ss.; e L. BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 117 ss. In generale, sull'abusiva concessione di credito, v. anche C.M. PRATIS, *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 841 ss.; F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, *passim*; V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela*, Padova, 2008, 135 ss.; e, recentemente, G. LA SALA, *La responsabilità da abusiva concessione di credito alle imprese nella prospettiva del codice civile (con qualche riflessione critica sugli orientamenti della giurisprudenza recente)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2019, I, 805 ss.; N. ABRIANI e L. BENEDETTI, *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito: un ulteriore frammento della disciplina speciale dell'impresa in crisi*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2021, I, 41 ss.; e M. GALLETTI, *La responsabilità civile della banca per la concessione abusiva del credito nella teorica dell'illecito civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 1453 ss.

⁹⁷ Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, cit., 3900.

sono solo quelli relativi alla verifica del merito creditizio e all'informativa che ne consegue, ma a essi se ne aggiunge uno diverso e ulteriore, ricavabile dalle disposizioni appena menzionate, ossia quello di non aggravare lo stato di dissesto di un'impresa decotta per mantenerla artificialmente sul mercato⁹⁸.

A conferma di quanto detto, la Suprema Corte⁹⁹ ha recentemente precisato che la concessione di credito è abusiva se «effettuata, con dolo o colpa, ad impresa che si palesi in una situazione di difficoltà economico-finanziaria ed in mancanza di concrete prospettive di superamento della crisi». Tale fattispecie, invece, non è integrata dalla condotta che, «pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi dell'impresa, abbia assunto un rischio non irragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito ad un'impresa suscettibile, secondo una valutazione *ex ante*, di superamento della crisi o almeno di proficua permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito ai detti scopi». Più precisamente, a detta della Corte, «quel che rileva è unicamente l'insussistenza di fondate prospettive, in base a ragionevolezza e ad una valutazione *ex ante*, di superamento di quella crisi. In sostanza, sovente il confine tra finanziamento “meritevole” e finanziamento “abusivo” si fonderà sulla ragionevolezza e fattibilità di un piano aziendale». Questa precisazione, però, va letta alla luce delle riflessioni formulate *supra* § 2.2: il giudice non può sostituirsi all'intermediario nel valutare la fattibilità del piano aziendale o, in generale, il merito dell'impresa a ricevere credito, potendo egli esclusivamente verificare che il giudizio sia coerente con i dati esaminati, che sia stata esaminata ogni informazione rilevante e che non vi siano stati errori procedurali nell'istruttoria.

Ciò detto, il richiamo agli artt. 325 CCI e 218 L. Fall. porta altresì a chiedersi se il contratto di finanziamento abusivo sia nullo per contrarietà a norme imperative. La risposta pare negativa: seguendo la

⁹⁸ In arg. v. G. ANDREAZZA, sub *art. 218*, in *La Legge Fallimentare*, M. FERRO (a cura di), Padova, III ed., 2014, 2941 ss. e spec. 2943 s.

⁹⁹ Cass., 30 giugno 2021, n.18610, cit., 172. Sul punto v. A.A. DOLMETTA, *Merito del credito e concessione abusiva*, cit., § 5.3.

teorica elaborata dalla migliore dottrina¹⁰⁰, le disposizioni in questione sembrerebbero riconducibili alla figura dei cd. “reati in contratto”, ossia quei reati in cui è sanzionata penalmente non la conclusione del contratto in sé ma solamente la condotta di una delle parti (nel caso, gli amministratori, i direttori generali, *etc.*), con la conseguenza che il contratto stipulato non sarebbe invalidabile.

Invero, una recente pronuncia della Cassazione¹⁰¹ ha ritenuto nullo il finanziamento abusivo, ma non già solo per contrarietà a norme imperative: la Corte ha affrontato un caso di abusiva concessione di credito – in cui, però, il finanziatore non era un intermediario ma una società commerciale – e lo ha risolto in termini di invalidità del finanziamento, ritenendo l’operazione altresì contraria al buon costume e, quindi, irripetibile ai sensi dell’art. 2035 c.c., con conseguente esclusione del finanziatore dal passivo. Secondo la Corte l’espansione dei debiti dell’impresa decotta «non esprimeva alcuna utilità sociale» e si poneva in contrasto con i principi ordinatori delle relazioni di mercato tra imprese, ricavabili dalla normativa fallimentare, la quale persegue l’emersione tempestiva della crisi d’impresa e ne vieta l’aggravamento volto solo a mantenere artificiosamente sul mercato un’impresa altrimenti destinata a uscirne. Ad oggi, tale orientamento pare isolato¹⁰² ma, in ogni caso, va tenuto in debito conto non solo perché apre le porte a un nuovo tipo di tutela, quella *ex art.* 2035 c.c., ma anche perché supporta la tesi sostenuta *supra* § 2.2: il buon costume e la buona fede vanno individuati in base ai principi ispiratori dell’ordinamento (nel caso, infatti, la Corte opera ampi richiami alla normativa fallimentare per delineare il buon costume economico).

4. Conclusioni

In premessa s’è detto che il legislatore ha voluto responsabilizzare l’esercizio del credito sia dal lato dell’offerta sia dal lato della domanda,

¹⁰⁰ V. G. D’AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, 2011, 811 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, II ed., 2008, 446 ss.; C.M. BIANCA, *op. cit.*, 618 s.; e I. LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990, 1055 ss.

¹⁰¹ Cass., 5 agosto 2020, n. 16706, in *Fall.*, 2021, 503 ss., con nota di S. DELLE MONACHE, *Buon costume e fallimento*, 507 ss.

¹⁰² Sulla sua scia v. però Trib. Vicenza, sez. I, 22 aprile 2021, in *Il Caso*.

ponendo particolare attenzione alla verifica del merito creditizio. Tuttavia, gli interventi normativi in materia hanno trattato la questione in modo disorganico, generando diversi interrogativi sulla rilevanza dell'istruttoria nell'ambito della contrattazione per la concessione di un prestito: infatti, è solo nella normativa consumeristica che emerge un *obbligo* di verifica del merito creditizio del cliente. Ad ogni modo, l'art. 1337 c.c. consente di risolvere queste criticità e di inquadrare la verifica del merito creditizio come un *obbligo ex bona fide*, anche nell'ipotesi in cui il cliente non sia un consumatore. A quest'obbligo s'accompagna quello di informare adeguatamente il cliente sui risultati della verifica per metterlo nelle condizioni di comprendere un eventuale diniego del prestito o valutare se proseguire alla stipula del contratto, laddove dall'istruttoria emergano criticità.

La violazione di tali obblighi può dar luogo a una responsabilità risarcitoria dell'intermediario, che assume declinazioni diverse a seconda che il prestito sia rifiutato o concesso. Nel primo caso, laddove abbia ingenerato nella controparte un affidamento sulla futura stipula del contratto, l'intermediario potrebbe essere chiamato a risarcire i costi sostenuti per l'istruttoria e i danni per le occasioni perse a seguito della mancata erogazione del credito, ma mai potrebbe essere obbligato a concedere il prestito, neppure in presenza di un elevato merito creditizio del cliente. Invece, nel caso in cui alla violazione degli obblighi di verifica del merito creditizio e di informativa sui risultati dell'istruttoria segua l'erogazione di credito, l'intermediario potrebbe essere chiamato a risarcire un danno pari agli oneri patiti dal cliente in ragione del contratto che altrimenti non avrebbe stipulato (ad es., gli interessi), oppure al minor vantaggio o al maggiore aggravio economico patito dal cliente laddove questi avrebbe comunque stipulato il contratto ma a condizioni diverse. Questo a meno che non ricorra un'ipotesi di abusiva concessione del credito, dove il danno risarcibile può estendersi al decremento patrimoniale subito dall'impresa finanziata. Peraltro, in tal caso, secondo la giurisprudenza più recente, il finanziamento sarebbe invalido in quanto contrario al buon costume, con tutte le conseguenze che ne derivano in termini di irripetibilità della prestazione.