

INTERRUZIONE BRUTALE DEL RAPPORTO DI CREDITO E GIUSTIZIA CONTRATTUALE. LA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA

di GIAMPAOLO MORINI

SOMMARIO:1. I principi di correttezza e buona fede. 2. Cass. 15.2.2007 n. 3462. 3. Buona Fede quale strumento di riequilibrio di opposti interessi. 4. Sufficienza dell'*agere* della banca. 5. L'abusivo o brutale recesso dal contratto di affidamento da parte della banca. 6. La giustizia contrattuale. 7. Il significato unitario di giustizia contrattuale. 8. ... Ne consegue un obbligo di diligenza *qualificato*. 9. La diligenza del *bonus argentarius*

1. I principi di correttezza e buona fede.

Se da un lato la disciplina legale dettata dall'art. 1845, 1° co. non prevede alcun obbligo di preavviso da parte della banca, dall'altro, il comportamento della banca recedente, deve essere apprezzato in base principi di correttezza nel rapporto obbligatorio ex art. 1175 e di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375. Attraverso il criterio dell'affidamento è possibile spostare l'attenzione, dall'analisi della fattispecie negoziale, ad un'indagine tesa a verificare se l'esercizio del diritto di recesso sia avvenuto in concreto "secondo buona fede" tenendo conto, sia del fatto che, l'apertura di credito, è istituzionalmente un contratto di durata da eseguirsi mediante più utilizzazioni della disponibilità, sia del fatto che, la banca, è un soggetto dotato di uno status professionale e sul quale grava un obbligo di correttezza "qualificata". La Corte di Cassazione è chiara nel ritenere che il Giudice non deve limitarsi al riscontro obiettivo della sussistenza o meno dell'ipotesi tipica di giusta causa di recesso dal rapporto di affidamento, ma, in applicazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, deve accertare che il recesso non sia stato esercitato con modalità impreviste ed

arbitrarie[1], contro la ragionevole aspettativa dell'accreditato di poter disporre della somma messa a disposizione per il tempo previsto[2]. Sia con riferimento a fattispecie di apertura di credito a tempo indeterminato, che all'ipotesi di contratto a tempo determinato con patto di deroga alla necessità della giusta causa, non rende insindacabile la condotta della banca la quale dovrà pur sempre rispettare il fondamentale e inderogabile principio secondo il quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 c.c.). Alla stregua di tale principio, il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito, deve ritenersi illegittimo, ove in concreto assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari ovvero tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto e non potrebbe perciò pretendersi sia pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta[3]. La verifica, in concreto, della condotta della banca è rimessa al giudice di merito, la cui valutazione al riguardo, se sorretta da congrua e logica motivazione, non è soggetta al sindacato della Cassazione. Chiaramente dette considerazioni valgono, a maggior ragione, qualora le parti non abbiano derogato alla previsione della necessità della giusta causa, strumento che consente di evitare di incorrere in un abuso del diritto. Peraltro il sindacato sulla conformità dell'esercizio del potere di recesso al principio di buona fede non ha, come paventato infondatamente dalla corte territoriale, per effetto la sostituzione della regola negoziale con una regola giudiziale, con il conseguente stravolgimento dell'economia del contratto, attenendo tale sindacato non alla validità della clausola, che è data per presupposta, ma al comportamento esecutivo. Infatti, come è stato in altra occasione affermato (sentenza n. 2503 del 1991) in tema di esecuzione del contratto la buona fede si atteggia conte un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte[4]. Data l'indiscussa di debolezza dall'accreditato, parte della dottrina ha individuato una serie di limitazioni

al potere pattizio dei contraenti. Un primo profilo è dato dalla necessaria indicazione del termine di preavviso, che pur essendo nella disponibilità delle parti, non essere escluso. Un secondo profilo, limitatamente all'apertura di credito a tempo indeterminato, è dato dalla necessità di una giusta causa per recedere dal rapporto di affidamento. Un terzo profilo, attiene alla valutazione delle concrete modalità dell'esercizio del recesso per cui anche un recesso "giustificato", qualora esercitato con modalità contrastanti i principi di correttezza e buona fede, potrebbe configurare [5] una responsabilità della banca per "brusca" o "brutale" revoca del credito, con conseguente obbligo di risarcire i danni subiti anche dai creditori dell'impresa finanziata per il procurato dissesto della stessa. Diviene pertanto essenziale intendere il principio di correttezza e buona fede quale articolazione del principio di solidarietà sociale, che vale a fissare il limite esterno di ogni diritto, impedendone l'abuso, e che, "applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (...) in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente"[6].

2. Cass. 15.2.2007 n. 3462.

Già la Cass. 15.2.2007 n. 3462 aveva rilevato che l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza è, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica. Una volta trasfigurato il principio della buona fede sul piano costituzionale diviene una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge. Il criterio della buona fede costituisce quindi strumento, per il giudice, per controllare, sia in senso modificativo che integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi. Daltrone il criterio della reciprocità lo si desume già dalla Relazione ministeriale al codice civile: il prin-

cipio di correttezza e buona fede, richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore. In sintesi, dice la Corte, disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato. La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione. Pregio della sentenza in commento è di aver individuato che: criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto. Sempre nella Cass. 15.2.2007 n. 3462 si legge che l'abuso del diritto, non è una violazione in senso formale, ma delinea una utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. E' ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obbiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede. Come conseguenze di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti - ed i diritti connessi - attraverso atti di per sè strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata. La Corte ribadisce che nel nostro codice non esiste una norma che sanzioni, in via generale, l'abuso del diritto per le ragioni storiche già trattate, tuttavia rileva che: in un mutato contesto storico, culturale e giuridico, un problema di così pregnante rilevanza è stato oggetto di rimeditata attenzione da parte della Corte di legittimità. [7]

3. Buona Fede quale strumento di riequilibrio di opposti interessi.

Il criterio della buona fede assume rilevanza non solo come strumento di controllo per il giudice, sia in senso modificativo o integrativo dello statuto negoziale, per garantire, e nel caso, ripristinare un equilibrio degli opposti interessi (Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106), ma anche come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, limite idoneo a concorrere alla conformazione, in senso ampliativo o restrittivo, rispetto alla fisionomia apparente del patto negoziale, dei diritti, e degli obblighi da esso derivanti, affinché l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso l'inderogabile dovere di solidarietà presidiato dall'art. 2 Cost. repubblicana [8]. Da tale assunto è dunque rilevabile che uno dei profili del principio della correttezza è il dovere di ciascun contraente di tutelare l'utilità e gli interessi dell'altro, purché non generi un apprezzabile sacrificio di altri valori. In tale prospettiva la giurisprudenza di questa Corte ha anche di recente ribadito che il principio di correttezza e buona fede - il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore" deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, costituzionalmente garantito, che, operando con criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali o legali, sicché dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile[9]. In materia di sconto, a norma dell'art. 1859 c.c., sussiste il diritto della banca di ottenere dal cliente la restituzione della somma anticipata discende dal contratto, ma diviene attuale ed esercitabile solo a seguito dell'inadempimento del debitore ceduto, il quale opera quale condizione risolutiva dell'erogazione, onde spetta alla banca, che chieda detta restituzione di provare l'inadempimento del terzo[10] La clausola che preveda il recesso *ad nutum* della banca se esercitato in modo imprevedibile e arbitrario può vanificare la causa stessa del contratto di sconto giacché nella norma dell'art. 1859

c.c. ricollega il diritto della banca alla restituzione della somma anticipata, appunto al mancato pagamento del terzo. Una clausola che comunque non preveda la sussistenza di una giusta causa di recesso è altresì contraria al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) ovvero: alla stregua del principio secondo cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 c.c.), non può escludersi che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito, benché pattiziamente consentito anche in difetto di giusta causa, sia da considerarsi illegittimo ove in concreto assuma i connotati della imprevedibilità e dell'arbitrarietà. E tali caratteri il recesso in concreto assume allorché sia in contrasto con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca e all'assoluta normalità dei rapporti commerciali in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto onde non potrà pretendersi che egli sia pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta.[11] È quindi essenziale valutare sempre se vi sia stato o meno una violazione degli obblighi di buona fede e correttezza che le parti sono sempre e comunque tenute a rispettare nell'esecuzione del rapporto, e quindi anche lo stesso recesso deve considerarsi illegittimo ove assuma in concreto connotati del tutto impreveduti ed arbitrari. Tale considerazione non si esime dal tenere distinte l'ipotesi per giusta causa dal recesso *ad nutum*. Nel primo caso, infatti il recedente è tenuto ad esplicitare, all'atto dell'esercizio del diritto, e a dimostrare in sede giudiziale, il motivo posto a fondamento dello scioglimento del vincolo; sarà quindi sulla sussistenza della giusta causa che dovrà esplicitarsi il sindacato del Giudice, restando invece irrilevante, ai fini della operatività dell'effetto risolutivo e dell'eventuale risarcimento del danno, l'esistenza di altre ragioni che avrebbero in teoria potuto giustificare la scelta. Nel secondo caso invece, recesso *ad nutum*, si tratterà di apprezzare globalmente, secondo le deduzioni delle parti ed alla luce dei principi di correttezza e buona fede, la legittimità del comportamento del recedente; comportamento che l'altro contraente deve dimostrare essere privo di ogni plausibile giustificazione. A ciò si aggiunga che, la mancanza della giusta causa (art. 1845 c.c.) impedisce il prodursi dell'effetto risolutivo;

viceversa, l'arbitrarietà del recesso potestativo sembrerebbe rilevare esclusivamente ai fini risarcitori[12]. Come sopra accennato rileva ai fini della responsabilità della banca nel recedere dal rapporto anche le modalità adottate. È infatti oggetto di sindacato del Giudice come l'iniziativa di recedere dal rapporto di affidamento sia stata adottata, infatti laddove essa sia stata assunta con modalità (...) tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate[13]. Diversamente si finirebbe per svuotare le ragioni stesse per le quali una apertura di credito è stata concessa. Tale ultima tesi presenta il pregio di assicurare una sufficiente duttilità e flessibilità alla gestione dei rapporti di credito e di privilegiare una rigida valutazione astratta, incapace di rapportarsi alle esigenze del caso concreto, una verifica della meritevolezza dell'assetto di interessi realizzato nel momento della loro effettiva applicazione, attraverso una indagine che abbia riguardo alle ragioni, ai tempi e alle modalità dell'esercizio del recesso, in relazione a tutte le circostanze esistenti al momento dello svolgimento e dello scioglimento del rapporto[14].

4. Sufficienza dell'agere della banca.

La lettura di cui sopra, cede ancora una volta il passo alla regola di correttezza e buona fede che rileva non soltanto ai fini della qualificazione della condotta, dunque alla "giustificazione" dell'iniziativa interruttiva, ma anche allo scopo di onerare la banca di un *agere* sufficientemente cauto ed adeguato a tutte le circostanze di fatto nelle modalità di esercizio del recesso e nello stabilire in concreto le modalità ed i tempi di rientro. La tesi appena esposta, non rappresenta l'unica ipotesi in cui i Giudici hanno avuto modo di riconoscere la censurabilità di una condotta che sia espressione di un diritto potestativo[15]. Ebbene è la legge stessa, che sancendo il dovere di correttezza non solo in capo al debitore ma anche al creditore (art. 1175 c.c.), attribuisce rilievo all'uso oggettivamente improprio o arbitrario che si faccia del proprio diritto, così come, del resto, si impone nell'agire

sociale, in virtù di numerosi precetti costituzionale (es. artt. 2 e 41 Cost.)[16]. La qualificazione in termini di antigiuridicità colpisce la condotta di chi violi un interesse meritevole di tutela non solo nel caso in cui difetti di qualsivoglia situazione soggettiva legittimante ma anche laddove le concrete modalità di esercizio del diritto denotino un superamento dei limiti che il legittimo uso del medesimo incontrano in funzione della tutela dei diritti concorrenti[17], ovvero quel comportamento che altrimenti "sarebbe lecito esercizio del diritto" cessi di essere tale in quanto "accompagnato da circostanze dequalificanti che lo rendono antigiuridico"[18]. Una tale lettura è in effetti coerente con la relazione al codice civile, che pur non invocando l'abuso del diritto, individua l'essenza del principio di buona fede nel dovere di non ledere gli interessi altrui fuori dalla legittima tutela dell'interesse proprio, indirizzo peraltro già ampiamente recepito in altre materie come quella lavoristica, ed in materia di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c. A maggior ragione non si comprendono le ragioni per cui analoga regola non si possa applicare al caso di recesso da rapporto negoziale già in corso, atteso, per di più, che la facoltà di sciogliere unilateralmente il contratto costituisce pur sempre eccezione al principio sancito dall'art. 1372 c. 2 c.c.[19]. Non può inoltre stupire che criteri simili vadano adottati nelle ipotesi in cui l'inopinato ed intempestivo rispetto delle originarie previsioni negoziali contrasti con le legittime aspettative suscitate dal cliente dalla condotta stabilmente tenuta nell'esecuzione del rapporto. È inoltre interessante la convergenza tra l'indirizzo suscitato ed i principi desumibili dalla normativa in materia di abuso di dipendenza economica L. 18 giugno 1998 n. 192. In fatti si può notare come la giurisprudenza abbia esteso oltre la sua portata originaria il divieto di cui all'art. 9 L. 192/1998, affermandone l'applicabilità "non solo ai rapporti di subfornitura, come definiti dall'art. 1 della medesima legge" ma, "a tutti i rapporti tra imprese"[20] che siano essenziali per lo svolgimento dell'attività del contraente debole e la cui stabilità e protrazione nel tempo suscitati in quest'ultimo un affidamento circa la loro regolare prosecuzione, sempre che, a causa della loro interruzione, l'impresa "dipendente" non sia ragionevolmente in grado di reperire nell'immediatezza una valida alternativa sul mercato.

5. L'abusivo o brutale recesso dal contratto di affidamento da parte della banca.

È evidente che laddove si estendesse all'ipotesi dell'abusivo o brutale recesso dal contratto di affidamento da parte della banca, la disciplina dell'abuso ex art. 90 L. 192/1998 sorgerebbe in capo al danneggiato un diritto alla prosecuzione della relazione commerciale, seppur nei limiti di tempo strettamente necessari per far fronte all'imprevisto, mediante ricorso ad altro interlocutore. Seguendo tale tesi, la banca, anche laddove fosse abilitata a sospendere o revocare l'utilizzo del credito senza preavviso dovrebbe comunque concedere un tempo ragionevole per il rientro, tenuto ovviamente conto dei motivi del recesso, delle altre circostanze del caso concreto e dell'interesse del banchiere ad un sicuro recupero di quanto erogato. In conclusione si deve pervenire a reprimere le fattispecie che si pongono in palese contrasto con quel criterio di adeguatezza del comportamento agli altrui interessi protetti, criterio che, anche alla luce della relazione al Codice Civile, consente di affermare che l'esercizio di un diritto, di una libertà, di una facoltà o, comunque, la possibilità di trarre un'utilità dalla propria attività, trova un limite insormontabile nel "dovere di non ledere gli interessi altrui al di fuori dei limiti della legittima tutela dell'interesse proprio" e, quindi, nel divieto, sia di strumentalizzare i propri diritti o le proprie libertà allo scopo esclusivo di nuocere ad altri, sia di esercitarli con modalità tali da integrare un eccesso di tutela dei propri interessi, incompatibile con le altrui posizioni soggettive giuridicamente protette. Tale conclusione appare tanto più calante alla materia bancaria se si tiene conto della impostazione giuspubblicistica dell'ordinamento del credito (artt. 41 e 47 della Cost.).

6. La giustizia contrattuale.

Appare, a questo punto, evidente come l'argomento in trattazione debba trovare la sua collocazione sistematica in un istituto ben più vasto e, quello della *giustizia contrattuale*. Essa è formula divenuta ormai di uso corrente nella dottrina civilistica italiana, con significative relazioni, di corrispondenza o di derivazione, con analoghe espressioni usate da giuristi di altri paesi. Essa è certo stimolante e suggestiva,

ma, nella sua genericità, può implicare significati differenti, evocare valori ed esprimere direttive non agevolmente riducibili a termini univoci. Il suo impiego è spesso ambiguo anche rispetto allo stesso ordine di riferimento delle proposizioni che la contengono: etico, ideologico, economico, sociologico, giuridico. Così, nel discorso che su di essa svolgono i giuristi, non è agevole discernere, l'una dalle altre: la pura e semplice rivendicazione di un primato dei valori etici rispetto alle soluzioni del diritto positivo; la sintesi descrittiva di regole legali del diritto contrattuale; la proposta ermeneutica, costruttiva di una più ampia direttiva dell'ordinamento; la critica ideologica di tendenze dominanti, presentate come, a loro volta, ideologicamente orientate; l'indicazione di linee di politica legislativa ovvero di politica giudiziaria. L'argomento interessa lo studio della buona fede in quanto questa è spesso considerata come possibile strumento di attuazione, in ambito contrattuale, di valori di giustizia. È questa l'interferenza tra i due temi ed esulano dalla nostra trattazione approfondimenti di più vasta portata. Si tratta, in particolare, di discernere i significati della formula che possono assumere, ai nostri fini, rilievo, e di identificare l'ambito propriamente giuridico dei problemi ai quali essa allude.

Conviene tuttavia soffermarsi su alcune considerazioni preliminari che, per la stessa ricchezza di implicazioni della formula e per la complessità delle connessioni tematiche, non potranno essere circoscritte in termini di stretta aderenza alle indicate finalità.

Si riduce ad un mero esercizio retorico, è sterile o, peggio, distorsivo ogni impiego della formula che vada disgiunto dalla identificazione dei problemi di disciplina dei rapporti cui essa dovrebbe pur riferirsi, la varietà dei quali non consente alcun serio e attendibile discorso o ragionamento indifferenziato. Si pensi soltanto all'ineludibile articolazione problematica che riguarda i diversi aspetti di un ipotetico sindacato di giustizia da esercitarsi dai giudici sul contratto; e così, il suo stesso oggetto, che potrebbe consistere nelle condizioni economiche dello scambio, in quelle normative del rapporto, ovvero in entrambe, nella loro integrata correlazione, ovvero anche nella valutazione di compatibilità del contenuto del contratto con i valori della persona; i termini e i criteri del controllo, che potrebbero concernere

valori etici di giustizia, commutativa o distributiva, e di solidarietà sociale, ovvero essere desunti da parametri economici e normativi consistenti negli stessi indici offerti dal mercato e dalle prassi contrattuali; gli elementi e le circostanze rilevanti, rispetto al giudizio, che potrebbero consistere nello stesso assetto economico-normativo risultante dalla convenzione in rapporto a un ideale modello di equilibrio giusto, ovvero potrebbero essere identificati nella relazione causale che possa essere intercorsa tra le condizioni soggettive e oggettive in cui ciascuna delle parti si trovava e le condotte da esse tenute nella fase negoziale e formativa, da un lato, e, dall'altro, il contenuto delle pattuizioni che ne sia stato l'effetto; l'ambito dei rapporti rispetto al quale il controllo di giustizia possa esperirsi, e cioè quello corrispondente a determinate categorie di contratti e di contraenti, ovvero quello, illimitato, della generalità dei rapporti contrattuali.

7. Il significato unitario di giustizia contrattuale.

Pur con queste avvertenze, ed anzi proprio in vista delle indispensabili articolazioni problematiche, può cogliersi un significato unitario e comprensivo di "giustizia contrattuale". Questa, nella sua letteralità, potrebbe ricomprendere la stessa forza vincolante del contratto e le regole che la assicurano, assumendosi lo stesso *pacta sunt servanda* quale precetto etico espressivo di valori di giustizia. Ma il significato che appare implicato dall'uso corrente della formula sembra piuttosto esprimere una contrapposizione, o quantomeno una tensione, una conflittualità potenziale, tra vincolo contrattuale e giustizia, tra osservanza del contenuto delle pattuizioni e salvaguardia di interessi che sono da esse pregiudicati e che sia invece giusto proteggere. Questo ampio significato è tale da accogliere la stessa descrizione sintetica e un loro comune fondamento delle regole, e delle esigenze che le ispirano, che in vario modo limitano o escludono la forza vincolante dei patti in presenza di determinate situazioni tipiche previste dalla legge; e ciò con riguardo a settori tradizionali della disciplina dei contratti: regime delle incapacità, dei vizi della volontà, della rescissione, regole che impongono lo scioglimento del vincolo a ragione di circostanze sopravvenute considerate

con esso incompatibili. Questi rimedi sono tutti volti alla rimozione del vincolo su iniziativa del contraente da essi protetto, il quale però spesso non dispone di strumenti che gli consentano di soddisfare, invece, il suo positivo interesse alla realizzazione dell'operazione contrattuale a condizioni ricondotte a giustizia. Solo il regime della rescissione implica un sindacato sul contenuto del contratto, che è invece estraneo alla disciplina degli altri rimedi; ma anche per la rescissione occorrono presupposti ulteriori rispetto alla considerazione dell'equilibrio economico contrattuale. A ragione di questi caratteri, non ha avuto modo di affermarsi nella nostra tradizione la costruzione, dall'insieme di queste regole, di un principio generale, di una portata che le trascendesse, sul quale fondare un controllo circa la conformità del contratto a un modello ideale di giusto equilibrio economico normativo e un conseguente controllo e adeguamento giudiziale delle condizioni convenute dalle parti. Al contrario, se ne è tratto argomento in particolare dalla disciplina della rescissione per negare l'ammissibilità di operazioni siffatte. Pertanto, rispetto a tali regimi, la formula "giustizia contrattuale" non sembra possa avere altro significato che quello di una loro sintesi descrittiva. Più problematico appare il contenimento della formula nei limiti di un significato descrittivo di regole e rimedi specifici stabiliti dall'ordinamento riguardo alle direttive evolutive che si sono affermate con la disciplina delle clausole abusive dei contratti dei consumatori, dell'abuso di dipendenza economica nei contratti tra imprese, dei termini di pagamento dei corrispettivi contrattuali. Questi nuovi regimi implicano infatti, a differenza dei rimedi tradizionali, un sindacato sull'equilibrio contrattuale. E, seppur esso è circoscritto a determinati contenuti pattizi e non è per lo più di per sé rilevante, disgiunto dalla considerazione delle condizioni dei contraenti e della loro condotta nella fase negoziale e formativa, tuttavia appare legittimo l'interrogativo se sia ricostruibile una direttiva di più generale portata, o mutuabile al diritto comune dei contratti, e in quali termini. La verifica dell'esistenza di un fondamento di diritto positivo di un supposto principio di giustizia contrattuale, e di sindacabilità e modificabilità giudiziaria, alla stregua di esso, dei contenuti delle private convenzioni, può prospettarsi, oltre che riguardo all'attendibilità di una generalizzazione di regole e rimedi specifici stabiliti dalla legge, anche nel senso della ricerca di enunciati normativi da cui possa direttamente desumersi, in via ermeneutica, costruttiva,

una direttiva siffatta. Ed è naturale che i fautori di tendenze innovative, in mancanza di precetti più definiti dai quali trarre il principio, si siano volti al valore costituzionale di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost.) e alla clausola generale di buona fede, onde fruire di più estesi spazi di argomentazione. Di questi profili giuridici ci occuperemo più avanti, nella specifica loro connessione con la prospettiva della buona fede. Conviene però brevemente intrattenerci su altri aspetti, anche non propriamente giuridici, che di quelli costituiscono in certo senso il contorno e in vario modo possono con essi interferire. Innanzitutto, la stessa formulazione dell'interrogativo circa la sussistenza nel nostro ordinamento di un principio di giustizia contrattuale impone di discernere diversi possibili significati del medesimo. Si ricerca un precetto di contenuto etico, pur destinato ad essere trasferito nell'ordine giuridico, ovvero un precetto da mutuari dall'ordine economico? ovvero un valore etico destinato ad essere attuato mediante il riferimento a parametri economici? E secondo la distinzione aristotelica, che nei discorsi dei giuristi, oltre che in quelli degli studiosi di filosofia morale e di teoria della giustizia, mostra una persistente attualità vuole assumersi una qualificazione di giustizia in senso distributivo o commutativo? Rispetto a queste alternative si prospettano differenti problematiche con riguardo: alla stessa teorica legittimità e attendibilità di un sindacato sul contratto in termini di sua conformità a giustizia, a seconda che esso attenga soltanto all'oggettiva valutazione dell'equilibrio contrattuale o si estenda anche all'apprezzamento delle circostanze e delle condotte inerenti alla fase delle trattative e della formazione del vincolo; alle considerazioni circa le condizioni, i modi e i criteri di pratica esperibilità di un intervento del giudice di controllo e conformazione dell'affare privato; alle ragioni di policy che possono rispettivamente sostenere l'affermazione o la negazione del principio, o, nel primo caso, orientarne i criteri di attuazione.

8. ... Ne consegue un obbligo di diligenza *qualificato*.

La Corte di Cassazione (tra le altre, con le sentenze n. 4571 del 15.04.1992, n. 72 del 8.01.1997 e n. 12093 del 27.09.2001) ha ritenuto di dover giudicare il comportamento della banca in modo più rigoroso e specifico richiedendo un grado elevato di diligenza necessario per evitare il verificarsi di eventi dannosi

per la clientela. Tale principio trae la sua origine dal generale dovere a carico di ciascun consociato di attivarsi al fine di impedire eventi dannosi dal quale la giurisprudenza ha tratto doveri e regole d'azione la cui violazione può integrare ipotesi di responsabilità civile. Nel settore bancario tale principio è connotato dal ruolo della banca che assume sul piano funzionale un ruolo preminente innalzando, agli istituti di credito, un l'obbligo di diligenza e buona fede dal livello medio del buon padre di famiglia a quello qualificato, diligenza, caratterizzata da condotte in parte tipizzate in parte enucleabili caso per caso la cui violazione genererà responsabilità per culpa in omettendo [21]. Infatti, la normativa di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni, prevista da molteplici norme del nostro ordinamento (artt. 1175, 1374, 1375 ed altre), e confortata dal precetto costituzionale (art. 2 Cost) che impone il rispetto dell'inderogabile dovere di solidarietà sociale, esige attuazione piena, nei limiti di compatibilità con altri valori di pari grado e dignità. Ciò comporta che diritti ed obblighi, seppure specificamente regolati dalle norme che li prevedono, non possono mai prescindere dall'osservanza del principio di buona fede, operante all'interno delle posizioni soggettive, non potendo l'autore di un comportamento scorretto trarre da esso utilità con altrui danno [22]. È pur vero che nel nostro ordinamento non esista un generale dovere, a carico di ciascun, di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, vi sono tuttavia molte situazioni da cui possono nascere, per i soggetti coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra una omissione imputabile e quindi responsabilità civile. La giurisprudenza [23] ha rilevato che nel sistema bancario vengono imposti, a tutela del sistema stesso, e dei soggetti che vi sono inseriti, comportamenti, in arte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso", la cui violazione può costituire *culpa in omettendo* [24]. La Corte ha affermato, con precedenti (Cass. 13 gennaio 1993, n. 343; Cass. 8 gennaio 1997, n. 72) "che sebbene nel nostro ordinamento giuridico non esista un dovere generale di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, vi sono molteplici situazioni dalle quali possono nascere, per i soggetti che vi sono coinvolti, doveri e regole d'azione, la cui inosservanza integra gli estremi di una omissione imputabile e la conseguente responsabilità civile. In particolare, dalla normativa che regola il sistema bancario vengono imposti, a tutela del sistema stesso e dei soggetti che vi sono inseriti, comportamenti in parte tipizzati, in

parte enucleabili caso per caso, la cui violazione può costituire *culpa in omittendo*. Il dovere primario dei soggetti dell'ordinamento bancario, informato alla tutela dell'interesse pubblico collegato alla raccolta del risparmio ed alla erogazione del credito (come si desumeva dall'art. 1 del r.d.l. n. 375 del 1936, vigente all'epoca dei fatti, secondo cui "la raccolta del risparmio... e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico" e come si desume oggi dall'art. 5 del d.lgs. n. 385 del 1993, secondo cui "le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza... avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza ed alla competitività del sistema finanziario"), consiste "in una corretta erogazione del credito, nel rispetto non soltanto delle ragioni dell'utenza, ma di quelle delle altre imprese inserite nel sistema, con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche" [25].

9. La diligenza del *bonus argentarius*

In altri termini è stato ritenuto che per il carattere dell'attività svolta dalle banche è dovuto un maggior grado di attenzione e prudenza nonché l'adozione di ogni cautela utile o necessaria richiesta dal comportamento diligente dell'accorto banchiere [26]. La c.d. diligenza del *bonus argentarius* qualifica il maggior grado di prudenza ed attenzione che la connotazione professionale dell'agente richiede. Essa deve trovare applicazione non solo in riferimento ai contratti bancari in senso stretto ma anche ad ogni tipo di atto o di operazione posta in essere, nell'esercizio della sua attività, dalla banca la quale deve predisporre qualsiasi mezzo idoneo onde evitare il verificarsi di eventi pregiudizievoli comunque prevedibili [27]. Merita di essere sottolineata quell'attenta dottrina [28] che ha tratto dagli art. 1218 e 2729 c.c. spunto per ritenere sussistenti i presupposti di una vero e propria presunzione di responsabilità della banca in caso di azione diretta a far dichiarare l'inadempimento contrattuale invertendo altresì l'onere della prova: spetterà quindi alla banca, utilizzando ogni mezzo di prova, dimostrare di aver adottato la diligenza necessaria sufficiente a dimostrare il proprio adempimento. In tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione con sentenza n. 2058 del 23.02.2000 che così ha scritto: "nel nostro ordinamento

l'attività bancaria nel suo complesso, quale comprensiva dell'esercizio del credito e della raccolta di risparmio risulta disciplinata in modo tale da configurare non solo una delle forme di esercizio d'impresa, già di per sé sottoposta a particolari forme di controllo, ma soprattutto, proprio in quanto riservata in via esclusiva agli istituti di credito ed in conformità al dato della tutela costituzionale del risparmio di cui all'art. 47 Cost. predisposta in favore della collettività, un servizio per il pubblico con tipiche forme di autorizzazione, vigilanza e trasparenza. Da ciò deriva che i profili di responsabilità nell'espletamento di tale attività vanno individuati e, ove sussistenti, sanzionati in conformità dell'elevato grado di professionalità".

NOTE:

[1] Cass. civ. Sez. I 22.11.2000 n. 15066 E' obbligata al risarcimento del danno la banca che con comportamento arbitrario ed imprevisto, contrario anche alle legittime aspettative del debitore, recede dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato e, in pendenza del termine di preavviso, fissato per la restituzione delle somme, "temerariamente", ovvero senza la necessaria prudenza, propone ricorso per decreto ingiuntivo ed ottenutolo provvisoriamente, immediatamente iscrive ipoteca sui beni della società e dei fideiussori, i quali nelle more comunque adempiono.

[2] Cass. 15066/2000; Cass. 9321/2000; Cass. 4538/1997; Prert. Torinói 2 gennaio 1989; Trib. Milano 20 giugno 1991; Trib Roma 29 febbraio 1997; Trib. Spoleto 8 aprile 1998; App. Bologna 1 settembre 1998; Trib Roma 9 agosto 2001; Trib. Roma 28 dicembre 1983 – sentenza che mette in luce i limiti all'esercizio del potere discrezionale del contraente forte, censurando l'"inesatto comportamento" di una banca che, dopo aver elargito largamente credito, aveva improvvisamente esercitato il recesso esigendo l'immediato rientro

[3] Cass. civ. Sez. I 14.07.2000 n. 9321

[4] Cass. civ. Sez. I 14.07.2000 n. 9321

[5] anche sulla scia degli orientamenti consolidatisi in altri ordinamenti, specie francese e tedesco

[6] Cass. 20 aprile 1994 n. 3775

[7] principio ribadito in Cass. 8.4.2009 n. 8481; Cass. 20.3.2009 n. 6800; Cass. 17.10.2008 n. 29776; Cass. 4.6.2008 n. 14759; Cass. 11.5.2007 n. 10838).

[8] Cass. civ. 20 aprile 1994, n. 3775

[9] Confr. Cass. civ. 1[^], 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. civ. sez. un. 25 novembre 2008, n. 28056

[10] Cass. n. 8128 del 1990

[11] Cass. n. 4358 del 1997

[12] Galgano, Abuso del diritto pag. 25 - Trib. Roma 20 febbraio 1997; Cass. 15 marzo 1999 n. 2284; Trib. Roma 9 agosto 2001; Trib. Roma 24 febbraio 1997

[13] Cass. 14 luglio 2000 n. 9321; Trib. Roma 9 agosto 2001

[14] Morera, Il fido bancario pag. 214

[15] Natoli, Note preliminari pag. 18

[16] Santoro, L'abuso p. 767; Di Marzio, Abuso e lesione pag. 155 ss.

[17] Sacco, L'abuso del diritto pp. 324 e ss.; Breccia, L'abuso del diritto pp. 5 e ss.; Natoli, Note preliminari, p. 35

[18] Sacco, L'abuso del diritto p. 340; Di Marzio, Abuso e lesione pag. 152

[19] Santoro, L'abuso p. 770

[20] Trib. Bari 6 maggio 2002

[21] Cass. 13.01.1993 n. 343, ex plurimis: Cass. N. 72 del 8.01.1997; Cass. 07.06.1999 n. 5562

[22] Cass. 13.01.1993 n. 343

[23] Cass. 13.1.1993 n. 343

[24] Cass. N. 72 del 8.01.1997

[25] Cass. n. 343-1993 cit., Cass. 07.06.1999 n. 5562

[26] Cass. 12.10.1982 n. 5267

[27] Cass. 7.05.1992 n. 5421; R. Caratozzolo, La responsabilità delle banche per la violazione degli obblighi contrattuali in nota n. 12 pag. 12 – Università di Messina, Milano Giuffré 2007.

[28] G.Pettarin, La responsabilità civile in materia di contratti bancari, in La responsabilità civile Vol. V a cura di P. Cendon, UTET 2002.