

Officina
del Diritto
Giuffrè

IL CIVILISTA

Marzo | 2011

n. 3

Anno V - n. 3 - Sped. in A.P. - D.L. 353/2003, conv. L. 46/2004, art. 1, c. 1, DCB Varese - Prezzo Italia e U.E. € 15

Inserto **SCENARI**

La tutela
del privato contro
la prassi bancaria
scorretta

di Vincenzo Massimiliano
Di Fiore



GIUFFRÈ EDITORE

LA TUTELA DEL PRIVATO CONTRO LA PRASSI BANCARIA SCORRETTA

1. Principio di correttezza e tutela del correntista.
2. Incaglio e sofferenza bancaria.
3. Presupposto normativo della segnalazione in sofferenza.
4. Responsabilità per segnalazione erronea o abusiva.
5. Prassi bancaria illegale.
6. Mediazione bancaria. Sistema vacillante e iniquo.
 - 6.1. Criticità della "mediazione": esempi.
 - 6.2. Mediazione bancaria e prerogative della difesa: problematiche irrisolte.
7. Gli interventi a tutela del cittadino in tempo di crisi.
8. Conclusioni.

SCORRETTA

La tutela del privato contro la prassi bancaria scorretta

Vincenzo Massimiliano Di Fiore, Avvocato

Se il comportamento della banca risulta anomalo, irregolare, scorretto, diverso dagli schemi legali occorre chiedersi qual è attualmente la tutela legale che spetta al privato e alla sua famiglia.

1. Principio di correttezza e tutela del correntista

La premessa di ordine generale valida, cioè, per tutti i “contatti sociali” tra privato-famiglia e banca è la seguente: il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, espressione del dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico delle parti contrattuali a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge (T.U.B.).

La violazione di tale principio costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di **risarcire il danno** che ne sia derivato.

Nell'ambito del rapporto fra privato-famiglia e banca si parla di prassi bancaria inadeguata e di **pratiche bancarie scorrette, in quanto sorte oltre i limiti di correttezza e buona fede** di cui agli artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c., **nei seguenti casi**:

- il Tribunale di Latina con sentenza n. 409 del 16 dicembre 2009 ha affermato che nel caso in cui

le somme date a mutuo per l'acquisto della casa risultino, invece, utilizzate per ripianare debiti nei confronti della banca mutuante, l'operazione non risulta meritevole di tutela e l'intero contratto di mutuo è nullo ai sensi dell'art. 1418 c.c. (si veda, anche, Cass. civ., Sez. I, 8 aprile 2004, n. 8564);

- lo stesso dicasi nel caso in cui il mutuo è stato utilizzato per pagare interessi passivi bancari maturati sullo scoperto di conto corrente. Anche in tale evenienza il mutuo risulta stipulato in frode alla legge, cioè, in adempimento di una causa chiaramente illecita rilevandosi la nullità sia del contratto di mutuo che del pignoramento immobiliare attivato dalla banca (Trib. Brindisi 4 dicembre 2006);
- la Suprema Corte ha affermato che l'improvvisa revoca da parte della banca di un affidamento è qualificato come illegittimo potendo, in ogni caso, costituire titolo per l'azione di danni (Cass. n. 1250/20808);
- il contratto denominato “4 You” stipulato fuori dai locali della banca e propinato come piano di risparmio con rate mensili derivanti da incomprensibili formule matematiche nasconde e cela uno pseudo contratto di mutuo. Il mancato rispetto di precisi obblighi informativi dà luogo a severe censure. Difatti, tale accordo per quanto debitamente sottoscritto va, dunque, integralmente sciolto (Trib. Prato 18 marzo 2010, n. 439);
- stante la gravità della violazione degli obblighi informativi dettati dall'art. 30 T.U.F., i cosiddetti contratti derivati (swap) sottoscritti, ad esempio, nello studio dell'ingegnere Tizio, cioè, fuori dai locali della banca seguono la stessa sorte dei contratti “4 You” o “My Way” (App. Trento n. 46/2009);
- carenza d'informazione adeguata si registra anche per i casi depistanti in cui il correntista abbia sottoscritto POLIZZE INDEX LINKED, UNIT LINKED del tutto prive di ogni forma assicurativa, nonostante gli invitanti suggerimenti. Il danaro è investito in Borsa ed il reddito promesso esisterà solo se le quotazioni di quei determinati titoli avranno un esito positivo.

RIFERIMENTI NORMATIVI

ART. 1175 C.C.

Comportamento secondo correttezza

Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.

ART. 1375 C.C.

Esecuzione di buona fede

Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.

FAQ IURIS

- Nell'ambito del rapporto fra privato-famiglia e banca quando la prassi bancaria può definirsi inadeguata o le pratiche bancarie scorrette?
- Il privato-soggiogato dietro "minaccia" dell'apostazione a "sofferenza"- può davvero ritenersi vittima di reato?
- La "sofferenza bancaria" discende sempre e soltanto da un comportamento negligente del correntista o rappresenta, invece, la conseguenza di scelte propinate dall'istituto di credito senza la necessaria oculatezza e professionalità dell'accorto banchiere?
- Vi sono casi in cui la segnalazione di una posizione di rischio tra le sofferenze non è più dovuta?
- L'istituto della mediazione applicato alle controversie in materia bancaria consentono la tutela del correntista anche in assenza dell'assistenza legale?
- È necessario tutelare il cittadino in crisi o, piuttosto, il cittadino in tempo di crisi?

In buona sostanza, se tutto andrà bene, si avrà diritto al solo capitale versato detratto, ovviamente, le congrue commissioni. In caso contrario, si perderà come se il privato avesse negoziato direttamente in Borsa. Devono, pertanto, ritenersi contrarie alla buona fede ed ai principi di correttezza le condotte della compagnia assicuratrice che, nella stipulazione e nell'esecuzione della POLIZZA INDEX LINKED:

- 1) abbia consegnato le condizioni di polizza solo dopo l'accettazione della proposta;
- 2) non abbia reso edotto il cliente della connotazione finanziaria del prodotto che stava acquistando e da rischi che così si assumeva;
- 3) si sia rifiutata di corrispondergli il minimo garantito.

Il cliente ha diritto al **risarcimento del danno patrimoniale** (consistente nella ritardata disponibilità dell'importo costituito dal capitale minimo garantito) e **non patrimoniale** (consistente nella frustrazione che il rifiuto dell'assicuratore gli ha

procurato, nonché nell'ansia e apprensione per il suo futuro e quello dei suoi cari e nello stato di angoscia e rabbia derivante dall'illecita sottrazione di una somma ingente che riteneva invece di aver posto in sicurezza; v. Trib. Milano 12 febbraio 2010). Lo stesso dicasi per analoghe polizze assicurative e/o finanziarie.

L'attenzione ed il vaglio sui criteri adottati nei confronti di quel determinato privato o della sua famiglia deve essere oggetto di accorto approfondito esame da parte di professionisti abilitati che abbiano pratica specifica nel settore di riferimento.

La violazione di tali limiti dà luogo, sempre più spesso, a severissime censure da parte dell' Autorità giudiziaria.

2. Incaglio e sofferenza bancaria

L'ubicazione ad **incaglio** differisce da quella a sofferenza, in quanto **la prima deriva da una situazione di illiquidità che perdura nel tempo in ragione dei notevoli ritardi nei pagamenti** (ad es., si verifica il passaggio ad incaglio nel caso in cui la banca notifici a Tizio l'atto di pignoramento immobiliare dell'abitazione "prima-casa"), mentre la **sofferenza è data da una più complessa situazione di irrimediabile illiquidità e di instabilità economica** del privato o della sua famiglia che ostacola e impedisce alla banca l'effettivo recupero del credito.

Va, altresì, precisato che l'incaglio - a differenza della sofferenza - non dà luogo alla segnalazione alla Centrale Rischi di Bankitalia.

In caso di **conclamata sofferenza**, la legge (TUB) impone, inoltre, la revoca indirizzata dalla banca al privato con l'invio formale della raccomandata A/R.

Ci si chiede, tuttavia, se la "sofferenza bancaria" discende sempre e soltanto da un comportamento negligente del correntista o rappresenta, invece, la conseguenza di scelte propinate dall'istituto di credito senza la necessaria oculatezza e professionalità dell'accorto banchiere.

In altri termini, il nesso tra mancato pagamento dei ratei del mutuo ed il passaggio a sofferenza è sempre riconducibile all'assoluta incapacità patrimoniale di Tizio o, piuttosto, all'incauta sottoscrizione del mutuo fondiario propinato dalla banca al fine esclusivo di fargli estinguere una precedente (più antica) esposizione di conto corrente?

Sul punto il TUB prevede, in taluni casi, una grave ipotesi di reato a carico della banca e così, ad esempio, è configurabile il **reato di falso interno bancario**, previsto dall'art. 137, comma 2, d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 nei confronti del funzionario bancario, anche, nel caso in cui

abbia consentito al titolare di conto corrente la immediata disponibilità delle somme corrispondenti all'importo di assegni versati su tale conto, senza attendere la conferma del loro buon esito, facendo sparire prima del tempo dal sistema informatico le segnalazioni che, secondo prassi, avvertono gli organi centrali della banca del fatto che detta conferma non è ancora pervenuta, costituendo anche siffatta condotta una omissione della doverosa segnalazione di dati o notizie di cui il funzionario è a conoscenza e dovendosi assimilare alla concessione di un credito (senza che ciò costituisca interpretazione estensiva *in malam partem*) la possibilità concessa al cliente di utilizzare somme di cui non è ancora accertata la effettiva disponibilità (Cass. pen., Sez. V, 7 luglio 2005, n. 835).

3. Presupposto normativo della segnalazione in sofferenza

La materia è disciplinata dalla delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) del 29 marzo 1994 (in G.U. n. 1 del 20 aprile 1994).

Tale provvedimento trae **fondamento normativo dal TUB** (d.lg. 1 settembre 1993 n. 385) ed, in particolare, in base agli artt. 53, comma 1, lett. b), 67, comma 1, lett. b) e 107, comma 2.

I prefati riferimenti legislativi attribuiscono pieno potere al CICR circa l'emanazione di precise istruzioni finalizzate, in via prioritaria, all'analisi e al contenimento del rischio creditizio.

L'**attuale criterio tecnico-applicativo** discende dal XIII Aggiornamento del servizio rilevazioni ed elaborazioni statistiche presso Bankitalia, datato 4 marzo 2010, in base al quale è dato evidenziare sulla base, altresì, dei recenti interventi giurisprudenziali che nella categoria di censimento cosiddetta "sofferenza" va ricondotta: «l'intera esposizione per cassa nei confronti di soggetti in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dall'azienda. Si prescinde, pertanto, dall'esistenza di eventuali garanzie (personali o reali) poste a presidio dei crediti».

Sono precluse le posizioni la cui situazione di anomalia sia riconducibile a profili attinenti al rischio-Paese. L'appostazione a sofferenza implica una **valutazione da parte dell'intermediario della complessiva situazione finanziaria del cliente** e non può scaturire automaticamente da un mero ritardo di quest'ultimo nel pagamento del debito.

La contestazione del credito non è di per sé condizione sufficiente per l'appostazione a sofferenza. Devono essere segnalati nella presente categoria di censimento i crediti

ristrutturati vantati nei confronti di clientela a sofferenza.

Costituiscono **un'eccezione al principio dell'attrazione** di tutti i crediti per cassa nelle sofferenze le posizioni di rischio destinate a confluire nella categoria di censimento "finanziamenti a procedure concorsuali" ed altri "finanziamenti particolari".

Gli importi relativi ai crediti in sofferenza vanno segnalati nella sola classe di dati "utilizzato". Indipendentemente dalle modalità di contabilizzazione adottate dagli intermediari, i crediti in sofferenza devono essere segnalati per un ammontare pari agli importi erogati inizialmente, al netto di eventuali rimborsi e al lordo delle svalutazioni e dei passaggi a perdita eventualmente effettuati. Detto ammontare è comprensivo del capitale, degli interessi contabilizzati e delle spese sostenute per il recupero del credito.

Tale criterio deve essere seguito anche dall'intermediario che si è reso cessionario di crediti in sofferenza. La segnalazione in sofferenza di una contestazione presuppone che tutti i cointestatari versino in stato di insolvenza.

Gli intermediari devono informare per iscritto il cliente la prima volta che segnalano lo stesso a sofferenza.

Tale obbligo non configura in alcun modo una richiesta di consenso all'interessato per il trattamento dei suoi dati, atteso che gli intermediari sono tenuti a fornire alla Banca d'Italia i dati relativi all'indebitamento della clientela per adempiere ad un obbligo previsto dalla legge (artt. 51, 66, comma 1 e 107, comma 3, TUB) e sono, pertanto, esonerati dall'obbligo di acquisire il consenso dell'interessato.

La **segnalazione** di una posizione di rischio tra le sofferenze **non è più dovuta quando:**

1. viene a cessare lo stato di insolvenza ad esso equiparabile;
2. il credito viene rimborsato dal debitore o da terzi, anche a seguito di accordo transattivo liberatorio, di concordato preventivo o di concordato fallimentare remissorio; rimborsi parziali del credito comportano una corrispondente riduzione dell'importo segnalato;
3. il credito viene ceduto a terzi;
4. i competenti organi aziendali della banca, con specifica delibera hanno preso definitivamente atto della irrecuperabilità dell'intero credito oppure abbiano rinunciato ad avviare o proseguire gli atti di recupero.

Il pagamento del saldo e/o la cessazione dello stato di insolvenza o della situazione ad esso equiparabile non comportano la cancellazione delle segnalazioni a sofferenza relative alle rivelazioni pregresse".

Va ribadito che il concetto di insolvenza, richiamato dalle suddette istruzioni, rimane completamente avulso rispetto

ai contenuti di insolvenza applicabili in sede fallimentare. La giurisprudenza di legittimità ha, infatti, precisato che ai fini dell'obbligo di segnalazione al "servizio per la centralizzazione dei rischi bancari" che incombe sulle banche, il credito può essere considerato in "sofferenza" allorché sia vantato nei confronti di soggetti in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente o che versino in situazioni sostanzialmente equiparabili; in particolare, la **nozione di insolvenza che si ricava dalle Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia**, sulla base delle direttive del Cibr, non si identifica con quella dell'insolvenza fallimentare, dovendosi piuttosto far riferimento ad una valutazione negativa della situazione patrimoniale, apprezzabile come "deficitaria", ovvero come "grave difficoltà economica", senza quindi alcun riferimento al concetto di incapienza ovvero di "definitiva irrecuperabilità" (principio espresso dalla Suprema Corte in una fattispecie di azione di risarcimento del danno conseguente ad ingiustificato inserimento del credito nella categoria delle "sofferenze"; *Cass., Sez. I, 12 ottobre 2007 n. 21428*).

Per chiarezza espositiva va precisato che **la segnalazione di una posizione in sofferenza** presso la centrale rischi della Banca d'Italia, secondo le istruzioni del predetto istituto, lungi dal poter discendere dalla sola analisi dello specifico o degli specifici rapporti in corso di svolgimento tra la singola banca segnalante e il cliente, **implica una valutazione della complessiva situazione patrimoniale** di questo ultimo, ovvero del debitore di cui alla diagnosi di sofferenza. L'accostamento che tali istruzioni hanno inteso stabilire tra stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente) e situazioni sostanzialmente equiparabili, inducono a preferire quelle ricostruzioni che, oggettivamente gemmate dalla piattaforma di cui all'art. 5 l. fall., hanno tuttavia proposto, ai fini della segnalazione, una nozione "*levior*" rispetto a quella della insolvenza fallimentare, così da concepire lo stato di insolvenza e le situazioni equiparabili in termini di valutazione negativa di una situazione patrimoniale apprezzata come deficitaria, ovvero - in buona sostanza - di grave (e non transitoria) difficoltà economica, senza - cioè - fare necessario riferimento all'insolvenza intesa quale situazione di incapienza, ovvero di definitiva irrecuperabilità.

Conclusivamente, ciò che rileva è la situazione oggettiva di incapacità finanziaria (incapacità non transitoria di adempiere alle obbligazioni assunte) mentre nessun rilievo assume la manifestazione di volontà di non adempimento, se giustificata da una seria contestazione sulla esistenza del titolo del credito vantato dalla

banca (*Cass., Sez. I, 24 maggio 2010, n. 12626*).

La segnalazione della sofferenza bancaria alla centrale rischi va temperata con la disposizione di cui all'art. 5, comma 3, d.lg. n. 28/2010 in base alla quale, in pendenza del procedimento stragiudiziale di mediazione-bancaria, è fatto salvo il diritto del correntista di ricorrere all'Autorità giudiziaria per proporre i rimedi urgenti e cautelari tra cui, ad esempio, il cosiddetto "innominato" (*ex art. 700 c.p.c.*) al fine esclusivo di ottenere la cancellazione della appostazione a sofferenza.

L'Esempio

Il Tribunale di Bari, Sez. IV, con pronuncia del 15 luglio 2010, ha accolto il ricorso ex art. 700 c.p.c., di inibitoria dell'esecuzione di addebiti per effetto di contratti di swap sui conti correnti intrattenuti con la banca e della segnalazione alla Centrale Rischi della Banca d'Italia, avente ad oggetto il soddisfacimento di un preteso credito della controparte, le cui conseguenze non appaiono riparabili patrimonialmente, tenuto conto che vi sarebbe uno scarto non colmabile fra danno subito e danno risarcibile, avuto riguardo agli effetti negativi di uno sconfinamento e della perdita del merito creditizio per la stessa esistenza di un'attività imprenditoriale esercitata dalla ricorrente, già in situazione di difficoltà secondo quanto emerge dall'ultimo bilancio sociale approvato.

All'operatore del diritto non sfuggirà il contenuto di un più ampio analogo provvedimento di merito in base al quale sussiste, altresì, il *periculum in mora* che giustifica la concessione di un provvedimento di urgenza (*ex art. 700 c.p.c.*) che ordini la cancellazione della segnalazione alla Centrale Rischi della Banca di Italia qualora tale segnalazione possa determinare la revoca di altri affidamenti da parte di altri istituti di credito, allarmati da una situazione di insolvenza in realtà inesistente, così determinando difficoltà anche insormontabili per l'accesso al credito bancario (Trib. Bari, 17 Giugno 2008).

Per ragioni di completezza appare doveroso segnalare, in limine, una **singolare pronuncia in tema di ricorso, ex art. 700 c.p.c.**, basato sulla tutela del diritto dell'imprenditore all'immagine e alla reputazione commerciale che è ritenuto ampiamente sacrificato di fronte alla preminente realizzazione dell'interesse pubblico, che si concreta in caso di segnalazione e di comunicazione dei crediti bancari in sofferenza. Sacrificio del diritto, a fronte dell'interesse pubblico, giustificato soltanto dalla effettiva posizione di sofferenza del credito; giacché altrimenti, in

manca di questa posizione giustificativa, la segnalazione effettuata da un istituto bancario alla Centrale Rischi della Banca di Italia è illegittima e lesiva del diritto dell'imprenditore all'immagine e alla reputazione; la lesione arrecata al diritto dell'imprenditore all'immagine, alla reputazione, peraltro, è di notevole gravità perché consiste nell'esclusione degli imprenditori dal credito bancario o nella difficoltà di accedervi, incidendo negativamente sull'esercizio dell'attività imprenditoriale, per il quale l'accesso al credito bancario è notoriamente essenziale (Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 marzo 2007).

4. Responsabilità per segnalazione erronea o abusiva

La questione postula, in primo luogo, l'inquadramento del tipo specifico di responsabilità civile della banca per il caso in cui risulti violata la normativa che regola il servizio di segnalazione alla Centrale Rischi (cfr. circ. 11 febbraio 1991, n.139 e XIII aggiornamento di cui sopra) e, in secondo luogo, l'individuazione del rimedio processuale a presidio di tale illecito.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente consente di inquadrare tale casistica nel novero della **responsabilità di tipo extracontrattuale**, *alias aquiliana*, per effetto della diretta applicazione dell'art. 2050 c.c. (responsabilità oggettiva) (Cass., Sez. I, 1 aprile 2009 n.7958).

La responsabilità oggettiva per "attività pericolosa ex art. 2050 c.c." va coniugata con la peculiare fattispecie di "illecito bancario" di cui alla segnalazione erronea e/o abusiva.

La casistica è, infatti, sussumibile nell'ambito della fattispecie di cui all'art. 2050 c.c. per espresso richiamo operato dal legislatore il quale, con l'introduzione della l. 31 dicembre 1996, n. 675 successivamente confluita nel "Codice in materia di protezione dei dati personali" di cui al d.lg. 3 giugno 2003, n. 196 ha previsto all'art. 15 D.lgs n. 675/1996 (ex art. 18 l. n. 196/2003) che chiunque cagioni danno ad altri per effetto del trattamento di

dati personali deve essere risarcito ex art. 2050 c.c. La surrichiamata pronuncia (Cass. n. 7958/2009) estende per la prima volta tale **responsabilità civile direttamente in capo alla Banca d'Italia** surclassando, in tal guisa, l'istituto di credito cosiddetto intermediario, alla luce del disposto di cui all'art. 152 del Codice della *privacy* in base al quale il Giudice con la sentenza provvede simultaneamente sulla domanda del correntista anche in deroga al divieto di cui all'art. 4 Legge 20 marzo 1865, n. 2248 e, quindi, espressamente per il caso di illegittima inserzione della sofferenza bancaria non qualificabile come tale nella centrale rischi (cfr. « Guida dir. » 2009, 16, 58).

La Dottrina

Non mancano, tuttavia, orientamenti che basano la responsabilità civile della banca su presupposti meramente contrattuali laddove sussista, come di sovente avviene, una specifica lesione riconducibile al rapporto obbligatorio insorto tra banca-debitore (F. GRECO)

L'argomento introduce l'aspetto che attiene ai **sistemi rimediali contro il predetto illecito**; primo fra tutti è il ricorso che il correntista presenterà all'Autorità giudiziaria ordinaria ex art. 152 d.lg. n. 196/2003 ed esattamente dinanzi al Tribunale, in composizione monocratica, del luogo ove risiede il titolare del trattamento. Si dà atto che la predetta norma al sesto comma attribuisce al Giudice ampi poteri anche in relazione alla emanazione di provvedimenti interinali ed urgenti adottabili inaudita altera parte, previa fissazione della successiva udienza per il legittimo contraddittorio con la banca non oltre i successivi quindici giorni dall'adozione con decreto delle misure "cautelari" come tali provvisorie ed urgenti.

Il rimedio predetto **non esclude una autonoma azione ordinaria** volta a conseguire la declaratoria giudiziale di illegittimità della segnalazione alla centrale rischi oltre alla consequenziale condanna della banca al risarcimento del danno.

La Dottrina

Il ricorso ex art. 700 c.p.c. è, tuttavia, il rimedio maggiormente idoneo per il solo fatto che sottrae il correntista dai lunghi tempi della ordinaria cognizione. La ricorrenza dei requisiti del *periculum in mora* s'incentra prevalentemente sul fatto che la situazione patrimoniale del soggetto leso subirebbe un serio aggravamento durante il tempo previsto per il processo ordinario, soprattutto, tenuto conto che, a seguito dell'appostazione in sofferenza, il correntista-impresa subisce frattanto il blocco di ulteriori approvvigionamenti di nuova finanza, affi-

RIFERIMENTI NORMATIVI

ART. 2050 C.C.

Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose

Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno.

damenti, aperture di credito o altre analoghe forme di accreditamento bancario (TOSCHI VESPASIANI, *La responsabilità della banca da illegittima segnalazione di "sofferenza" del debitore alla Centrale Rischi della Banca d'Italia*, «Resp. civ.» 2008, 920).

In relazione al contestuale requisito del *fumus boni juris* (che attiene al giudizio di verosimiglianza circa la fondatezza nel merito) è opportuno valutare i precedenti giurisprudenziali che, sul punto, rendono più chiara l'applicabilità della norma in esame rispetto alla specifica tipologia di illecito bancario.

E così, ad esempio, è ammissibile il rimedio, ex art. 700 c.p.c., anche in corso di causa laddove il ricorrente abbia agito in giudizio, in via ordinaria, al fine di ottenere la cancellazione della segnalazione di sofferenza deducendo che gran parte della sua posizione debitoria era riconducibile alla illegittima applicazione di interessi anatocistici. Il Tribunale, verificato l'esito della consulenza tecnica d'ufficio che ha accertato una differenza complessiva a favore del correntista, ha ordinato alla Banca di comunicare alla Centrale Rischi che «il credito è in contestazione e che, allo stato attuale, risulta una posizione a credito del correntista in considerazione della espletata consulenza tecnica d'ufficio in corso di causa» (Trib. Lecce, Sez. dist. Galatina, 2 luglio 2009 e App. Milano 20 settembre 2006, «Foro it.» 2007, I, 2893, con nota di Valdarnini e osservazioni di Palmeri).

Altra giurisprudenza di merito ha precisato che la segnalazione alla Centrale Rischi della Banca d'Italia di un debito contestato come posizione di "sofferenza" è illegittima e può essere inibita con provvedimento d'urgenza, ex art. 700 c.p.c., qualora la contestazione abbia i caratteri della non manifesta infondatezza e sia posta a fondamento del rifiuto di adempiere (Trib. Pescara 22 dicembre 2006).

Più problematico è, invece, il **tema del risarcimento del danno conseguente alla segnalazione erronea e/o illegittima**.

La questione dà luogo a diversi orientamenti, soprattutto, in relazione alla prova del danno.

La giurisprudenza è divisa su due fronti.

Con sentenza n. 1496 del 5 agosto 2008 il Tribunale di Lecce afferma che è indispensabile e necessario offrire al giudice la piena prova della esistenza del danno patito.

Di senso contrario è, invece, la pronuncia della Corte Suprema (Sez. I, 24 maggio 2010 n. 12626) secondo cui l'erronea segnalazione presso la Centrale rischi è idonea di per sé a cagionare danni all'immagine e alla reputazione economica del soggetto indebitamente segnalato.

Sul punto, va nuovamente richiamata la **norma specia-**

le di cui all'art. 15 d.lg. n. 196/2003 secondo cui è previsto, in primo luogo, che chiunque cagioni danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali deve essere risarcito ex art. 2050 c.c. ed, in secondo luogo, che il danno non patrimoniale è risarcibile anche in caso di violazione dell'art. 11 (quest'ultima norma prevede che i dati personali, oggetto di trattamento, debbono essere:

- a) trattati in modo lecito e secondo correttezza;
- b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi;
- c) esatti e, se necessario, aggiornati;
- d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati;
- e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati.

I dati personali trattati in violazione della disciplina rilevante in materia di trattamento dei dati personali non possono essere utilizzati.

Lo spettro completo delle violazioni che discendono dalla segnalazione erronea e/o abusiva comporta una doverosa precisazione:

Indipendentemente dalla natura di tale specifico danno, va sottolineato che in tema di responsabilità contrattuale è **ampiamente riconosciuto il ristoro dei danni non patrimoniali**, sicché la lesione in esame dà ugualmente diritto al risarcimento da liquidarsi in via equitativa indipendentemente dalla fonte contrattuale o extracontrattuale della responsabilità della banca (art. 2059 c.c.; Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26792-26793-26794-26795).

La casistica è davvero ampia tanto più che lo stesso orientamento delle Sezioni unite che nel 2008 faceva leva sul presupposto del riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale per diritti inviolabili della persona, costituisce il risultato del collegamento ad altre diverse fonti del diritto vivente quali, ad esempio, i **Principi Unidroit afferenti i contratti commerciali internazionali** che all'art. 7.4.2. intitolato "Risarcimento integrale" prevede che «il creditore ha diritto al risarcimento integrale del danno subito in conseguenza dell'inadempimento. Il danno comprende sia ogni perdita sofferta che ogni mancato guadagno, tenuto conto dei vantaggi economici che il creditore ha ottenuto evitando spese e danni». Inoltre, «il danno può essere di natura non patrimoniale e comprende, per esempio, la sofferenza fisica e morale».

Parimenti si registra simile contenuto anche tra i Principi di diritto europeo dei contratti che all'art. 9.501, intitolato "Diritto al risarcimento", dispone che l'inadempimento

del debitore è causa di una perdita che deve comprendere: «il danno non patrimoniale e la perdita futura che è ragionevolmente prevedibile». In senso conforme si evidenziano, infine, i «Principi di diritto europeo della responsabilità civile» per i quali «il danno postula una lesione materiale o immateriale ad un interesse giuridicamente protetto» precisando che il danno non patrimoniale impiega una fattispecie a tal punto ampia da non escludere che la sua fonte possa essere un (mero) inadempimento (qual è quello posto in essere dalla banca in caso di segnalazione erronea e/o abusiva).

5. Prassi bancaria illegale

Il problema insorge nel momento in cui il conto corrente bancario del correntista subisce il cosiddetto **passaggio ad "incaglio"**.

Non mancano, tuttavia, casi in cui - ancor prima di tale evento - il privato che "sconfina" subisce estenuanti ripetuti solleciti telefonici da parte della banca realizzandosi, in tal modo, l'ipotesi di violenza privata (art. 610 c.p.) o di esercizio arbitrario delle proprie ragioni (art. 392 c.p.) o, più semplicemente, di molestia e disturbo col mezzo del telefono (art. 660 c.p.).

Ci si chiede, tuttavia, se in questi casi il privato avrà davvero elementi sufficienti per sporgere denuncia-querela consapevole, da un lato, dell'inasprimento di ogni rapporto con l'interlocutore bancario e, dall'altro, dell'inevitabile azione che di lì a poco subirà per il recupero delle somme dovute all'istituto di credito.

Il privato - soggiogato dietro "minaccia" dell'appostazione a "sofferenza"- può davvero ritenersi vittima di reato? L'alternativa «... o rientri immediatamente di 70 mila euro, oppure verrai segnalato alla Centrale Rischi con pignoramento di tutti i tuoi beni ...» potrebbe configurare uno o più reati penalmente perseguibili?

La risposta va valutata caso per caso.

È certamente configurabile l'ingiustizia di tale condotta se il privato è costretto a compiere un atto dispositivo (es. lauto mutuo) - senza possedere tutti i presupposti soggettivi e oggettivi (età e reddito) - al mero fine di soddisfare l'esigenza della banca consistente nella creazione di una nuova "copertura" del vecchio "scoperto di conto corrente" con gravi svantaggi per il correntista (doppiamente) in debito nei confronti dello stesso e/o di diversi istituti di credito.

L'Esempio

Integra il reato di truffa contrattuale la condotta del funzionario di banca il quale, minimizzando i rischi (come

spesso accade) e non rivelando con completezza tutti gli elementi dell'operazione proposta al cliente (*swap*) consapevolmente tragga vantaggio per conto dell'istituto di credito dell'inesperienza ed ignoranza del cliente stesso (Cass. pen., Sez. II, 15 ottobre 2009 n. 43347).

Integra il reato di esercizio abusivo di attività finanziaria il rilascio di più atti di fidejussione, in quanto costituisce attività di intermediazione finanziaria, risolvendosi nella prestazione di un servizio a pagamento (Trib. Genova, 27 novembre 2008 e Cass. pen., Sez. VI, 6 febbraio 2007 n. 10189).

Integra il reato di truffa l'attività dell'impiegato di banca che inganna il cliente facendogli sottoscrivere, a sua insaputa, un atto di fidejussione (Cass. pen., Sez. II, 16 aprile 2009 n. 20528).

In ogni caso, premura ed attenzione impongono di valutare adeguatamente ogni singola vicenda, soprattutto, con riferimento agli elementi utili ai fini della necessaria prova a carico della banca, cioè, a dimostrazione della fondatezza di ciò che gravemente viene addossato al proprio istituto di credito ed ai suoi funzionari.

6. Mediazione bancaria. Sistema vacillante e iniquo

La recente introduzione del d.lg. 4 marzo 2010 n. 28 placa i suddetti interventi di censura da parte della magistratura italiana prevedendo obbligatoriamente dal 20 marzo 2011 che il cittadino-leso concili con la stessa banca-usurpatrice l'ingiustizia subita attraverso la stipulazione del cosiddetto "verbale di mediazione stragiudiziale" rimesso, cioè, alle determinazioni di un terzo che non è un "Giudice".

La mediazione-bancaria è obbligatoria, essa costituisce **condizione di procedibilità della domanda giudiziale** nel senso che non si può ricorrere al Magistrato senza aver preventivamente esperito il predetto procedimento.

L'improcedibilità sarà, infatti, eccepita a pena di decadenza dalla parte che ne ha interesse (o d'ufficio dal Giudice) non oltre la prima udienza di trattazione. Il Giudice che dichiara tale improcedibilità assegnerà alle parti il termine di giorni 15 per presentare la domanda di mediazione sospendendo l'insorto processo civile per mesi 4, ossia, per la durata massima del procedimento stragiudiziale.

6.1. Criticità della "mediazione": esempi

La legge prevede la **obbligatorietà della mediazione-bancaria**, ma non altrettanto obbligatoriamente la no-

mina da parte del correntista del difensore abilitato che abbia esperienza nello specifico settore.

Le conseguenze del sistema così congegnato possono gravemente incidere nella sfera privata.

La legge prevede che in caso di raggiungimento dell'accordo il verbale di mediazione omologato con decreto del Presidente del tribunale ha efficacia di titolo esecutivo (art. 12 d.lg. n. 28/2010).

In poche parole, il privato che affronta (in solitudine) i termini dell'accordo, senza la presenza e l'intervento di un legale esperto, subirà le stesse conseguenze di una sentenza pronunciata da un "vero giudice" in un processo ordinario, ma con un'unica macroscopica differenza: nel procedimento civile ordinario il principio del contraddittorio è rispettato in quanto i contendenti godono ciascuno della difesa tecnica di un avvocato esperto che, nella mediazione, è semplicemente ipotizzabile.

Un rilievo più incisivo.

La legge prevede che, nel **caso in cui l'accordo non venga raggiunto**, il mediatore formula una **proposta finale di risoluzione della controversia**, che ciascuna delle parti dovrà decidere se accettare o meno (art. 11).

Senza l'obbligatorietà della difesa si crea un primo vantaggio ingiusto, in favore delle banche, in quanto il privato - pur di risparmiarne apparentemente i costi della facoltativa difesa - sarà incapace di scegliere se accettare o rifiutare la "proposta" discrezionalmente fatta dal mediatore (che non è un giudice), peraltro, senza mai

averne compreso le conseguenze ed i presupposti per modificarla o respingerla.

Più **grave anomalia** si riscontra nel predetto testo normativo nel caso in cui il **privato rifiuta il "suggerimento" del mediatore** ed il giudice, che definisce il successivo giudizio ordinario, accoglie con sentenza l'originario accordo di mediazione; in tale evenienza, il Legislatore ha apoditticamente previsto che il privato debba pagare tutte le spese processuali, anche, se ha vinto la causa contro la banca (art. 13 d.lg. n. 28/2010).

Pertanto la mancata previsione della difesa obbligatoria dà luogo, altresì, allo stravolgimento più totale del principio di soccombenza giudiziale (art. 91 e ss. c.p.c.).

La vittoria nel giudizio civile dà sempre luogo alla condanna del soccombente alla rifusione delle spese di lite, salvo rare e motivate eccezioni.

Pertanto, le conseguenze negative che derivano al correntista dal mero rifiuto alla proposta del mediatore comprimono la pienezza dell'inviolabile diritto alla difesa (artt. 24 e 111 Cost.) risultando del tutto irragionevole il previsto "addebito delle spese processuali" nel successivo processo civile, anche, per il caso in cui il privato risulti vittorioso sulla soccombente banca.

È ovvio, dunque, aborreire tutto il contenuto di tale disposizione normativa risolvendosi la stessa in prerogative di favore del sistema bancario in danno della sfera economico-patrimoniale del privato e della sua famiglia. Il criterio auspicabile.

ESEMPI PRATICI

- ▶ Se Tizio deve impugnare il contratto di Swap e deve, quindi, contestare alla banca la carenza dei requisiti di **"operatore qualificato"** sarà in grado di farlo senza l'assistenza di un difensore e direttamente dinanzi ad un terzo-mediatore che non è un Giudice?
- ▶ Con quale criterio Tizio accetterà o rifiuterà la proposta del mediatore obbligandosi automaticamente per legge ed in base al solo rifiuto a pagare anche le spese giudiziali del futuro giudizio civile?
- ▶ Se Tizio avesse avuto adeguata consapevolezza delle incongruenze cui è incorso per il tramite della banca, avrebbe mai firmato l'originario ed ingiusto *Swap*?
- ▶ E se Tizio non aveva tali capacità a quel tempo potrà mai acquisire tale consapevolezza, dopo il 20 marzo 2011, davanti al Mediatore?
- ▶ Se in sede di mediazione manca il legale esperto, il rispettivo verbale di mediazione potrebbe essere assimilato al primordiale contratto *Swap* propinatogli dalla stessa banca contendente?
- ▶ Se la banca nel termine di legge (4 mesi) non ha prodotto, dinanzi al Mediatore, tutta la necessaria documentazione contrattuale ed il privato rifiuta la "proposta di accordo" dovrà ugualmente sostenere le spese giudiziali nel successivo processo ordinario? Ed anche in caso di vittoria?
- ▶ Ed ancora, il privato sprovvisto di idoneo difensore saprà discernere e rilevare al Mediatore fatti e circostanze ai fini della frode contrattuale o di altro reato perseguibile d'ufficio?
- ▶ Il privato sarà in grado di vagliare (in solitudine) tali evenienze dinanzi ad un Mediatore terzo che non è un Giudice?

Il cittadino leso siederà obbligatoriamente attorno al tavolo di mediazione con la banca, ma soltanto dopo aver conosciuto da vicino l'effettiva consistenza di ogni singolo rapporto bancario, munito di esaustiva relazione di consulenza del commercialista e sotto il controllo della difesa tecnica obbligatoria.

Dunque, è **necessario che il correntista sappia dapprima i limiti entro i quali "contenere" il fattibile accordo da trascrivere**, poi, nel cosiddetto **verbale di mediazione** con la partecipazione effettiva ed esclusiva di uno o più legali di fiducia.

Per vero, in sede giudiziale, il giudice civile - se ravvisa nei fatti della banca uno o più reati perseguibili d'ufficio - senza ritardo deve, *ex art. 331, comma 4, c.p.p.*, trasmettere gli atti al pubblico ministero sospendendo (*ex art. 295 c.p.c.*) l'insorto processo civile.

Appare, dunque evidente che la mancanza di una specifica previsione normativa che imponga l'obbligatorietà della difesa appesantisce il sistema comprimendo la già collassata fascia economica della famiglia media che, alla mercé della banca e del mediatore, saranno costrette a subire dal 20 marzo 2011 gravi lesioni del diritto di difesa in violazione del principio di parità del contraddittorio (artt. 24 e 111 Cost.).

A dirimere ogni altra aporia sovviene, infine, la regola secondo cui nel nostro ordinamento **la difesa personale è esclusa, persino, davanti al giudice di pace** (giudice non togato), ad eccezione delle sole questioni per le quali il valore è contenuto nei limiti della somma di euro 1.100,00.

Appare ovvio che nelle controversie contro le banche è davvero raro che l'importo delle questioni dibattute possa dirsi contenuto entro tale limite.

La legge evidentemente ha veduto nella "mediazione-bancaria" di cui al d.lg. n. 28/2010 una soluzione esclusivamente di tipo deflattivo.

Diversamente da tale proposito si ritiene, invece, che la mancata previsione della obbligatorietà della difesa tecnica comprometterà la finalità suddetta dando luogo ad un più massiccio intasamento delle aule di tribunale e più di quanto sarebbe accaduto se il legislatore avesse consentito tale prerogativa qual è il diritto di difesa necessario e imprescindibile per la tutela del privato e delle famiglie contro ogni forma di abuso bancario-finanziario.

Il sistema della mediazione-bancaria, così come concepito, è **destinato a mitigare i conflitti in senso aprioristicamente più vantaggioso per le banche piuttosto che per il privato** e la sua famiglia.

L'allettante vantaggio fiscale che discende sicuramente dalla cosiddetta Mediazione non può rappresentare lo

strumento per eludere la tutela effettiva che spetta al correntista-leso addirittura soggiogandolo soprattutto quando la lesione dei diritti abbia dato luogo ad irreversibile incapacità economico-finanziaria o scaturisca da fattispecie penali.

Attenzione, dunque, alla mediazione-bancaria-obbligatoria alla cui adunanza il cittadino dovrà recarsi soltanto dopo aver ricostruito l'intera "sofferenza" in uno alle cause che hanno dato origine alla stessa non senza, dunque, l'apporto professionale di un avvocato esperto nello specifico settore e di un commercialista in grado di ricostruire numericamente la lesione subita.

Tutela del privato in tempo di crisi. I mezzi di tutela di cui può disporre il difensore possono essere diversi, se pienamente apprestati dall'ordinamento per la specifica risoluzione delle liti tra privato e banche. Sul punto, il vigente sistema legislativo appare, di contro, precario e deficitario.

6.2. Mediazione bancaria e prerogative della difesa: problematiche irrisolte

La mediazione bancaria, priva del connotato della obbligatoria assistenza legale, implica una serie di problematiche che incidono direttamente sulla libertà del diritto della difesa (art. 24 Cost.), quale indiscutibile baluardo inespreso e sottaciuto dal d.lg. n. 28/2010, nonostante l'imminente **estensione**, prevista **per il 20 marzo prossimo** venturo, **della obbligatorietà della mediazione anche nelle controversie contro le banche.**

Prima fra tutte è l'eccezione, *ex art. 331, comma 4, c.p.p.*, che resterà, in punto di diritto, impraticabile per il difensore escluso dalla obbligatoria mediazione rispetto a quanto accade di sovente in sede giudiziale laddove, cioè, è consentito circostanziare e scandagliare tecnicamente il rapporto bancario evidenziando al Giudice civile tutte le ipotesi di reato alla stregua delle quali può derivare la nullità (*ex art. 1418 c.c.*) di tutti o parte dei contratti conclusi con l'istituto di credito.

Sul punto, la Cassazione ha più precisato che la contrarietà a norme imperative di legge comporta la consequenziale declaratoria di nullità e/o inefficacia, ai sensi dell'art. 1418 c.c., di tutte o parte delle convenzioni con la banca, soltanto se i fatti evidenziati costituiscono reato.

In altri termini, la violazione di una norma penale comporta contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418 c.c., qualora il contratto sia vietato direttamente dalla norma penale, nel senso che la sua stipulazione integra reato, mentre non rileva il divieto che colpisca soltanto il comportamento materiale delle parti (così, Cass. Civ., Sez. II, 10 luglio 2008, n. 19030).

La pregiudiziale penale comporta per il difensore il deposito della consequenziale istanza, *ex art.* 295 c.p.c., a seguito della quale il giudice provvede alla necessaria sospensione del processo civile, in attesa delle determinazioni da parte della locale Procura della Repubblica. L'assioma difensivo testé formulato appare davvero insostenibile dinanzi al cosiddetto Mediatore la cui finalità istitutiva (d.lg. n. 28/2010) è ben lungi da analoghi riscontri e, pertanto, resta non assimilabile alla difesa tecnica di sovente spiegata dinanzi al Giudice civile, quale complesso di presidii a tutela della posizione soggettiva del correntista privato/impresa contro la banca.

Ma v'è di più.

Tutte le prerogative difensive utilizzate in sede giudiziale nell'ultimo decennio resterebbero, di fatto, prive di senso soprattutto se il legislatore persisterà nell'escludere la difesa tecnica obbligatoria dalla sede "innaturale" e "coattiva" della mediazione bancaria.

Sul punto è il caso di evidenziare alcuni esemplari riscontri, conseguiti in sede giudiziale con l'apporto della necessaria difesa sia in rango penale che civile, al fine di comprendere quanto complessa ed articolata sia la materia in esame e quanto, invece, risulti distante il legislatore da esigenze difensive concrete che, in sede di mediazione, resteranno prive di valido ed efficace contraddittorio con inimmaginabili ripercussioni negative nel consequenziale giudizio civile.

È il caso di evidenziare pronunce ai fini della responsabilità civile solidale della banca per i danni provocati a terzi dal promotore finanziario anche se conseguenti a responsabilità penale di questi, prevista dall'art. 31 TUIF (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria): la giurisprudenza di legittimità ha parlato del nesso di occasionalità necessaria tra l'attività dei due soggetti, che trova fondamento nel fatto che l'agire del promotore è uno degli strumenti di cui si avvale l'intermediario nell'organizzazione della propria impresa, traendone benefici cui è ragionevole far corrispondere dei rischi. (Nella fattispecie tale nesso è stato ritenuto sussistente poiché l'operazione, ancorché con modalità diverse da quelle contrattualmente previste dalla banca fu attuata nell'ambito di un rapporto in cui l'imputato era il promotore assegnato dalla banca al cliente e utilizzando la struttura dell'intermediario, il che consentiva al cliente di inquadrare quell'operazione nell'ambito di quel medesimo rapporto) (App. Milano, Sez. IV, 3 giugno 2008).

In rango civile, non possiamo non annoverare la sentenza n. 24418 del 2 dicembre 2010 con cui le Sezioni Unite della Corte Suprema hanno stabilito che la **prescrizione**

del diritto del correntista, volta ad ottenere la restituzione degli importi illegittimamente addebitati dalla banca in conto corrente, decorre dalla chiusura del rapporto non già dalla data della singola annotazione a debito sul relativo conto corrente consacrando, altresì, il divieto dell'anatocismo trimestrale ed annuale e sottolineando, infine, anche la illegittimità della capitalizzazione annuale.

Due significative pronunce che dimostrano, anche, la complessità e la difficoltà delle argomentazioni difensive che, in sede di mediazione bancaria, arrischiano il correntista lasciandolo alla mercé dell'esperta banca nell'impari contraddittorio dinanzi al mediatore.

A nostro sommo avviso, tale carenza normativa rende il d.lg. n. 28/2010 costituzionalmente illegittimo per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui il testo normativo prevede l'obbligatorietà della mediazione bancaria senza la necessaria assistenza tecnica del difensore abilitato.

Auspichiamo che le macroscopiche **violazioni dei principi costituzionali in materia di tutela del diritto alla difesa** vengano sollevate, quanto prima, nelle opportune sedi per via dell'evidente irragionevole sbilanciamento del d.lg. n. 28/2010 rispetto alle prerogative che fanno capo all'esperta banca anche in sede di mediazione, in una materia per la quale le garanzie di difesa e di tutela del contraddittorio debbono essere necessariamente improntate a canoni di reale effettività e di parità evitando disparità di trattamento rispetto a situazioni identiche per le quali il legislatore ha sì predisposto sistemi conciliativi, ma meramente facoltativi giusta il d.lg. 8 ottobre 2007, n. 179 ed il d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 (*ex art.* 12-*bis* e successive mod.) (TUB).

La violazione delle facoltà connesse alla pienezza dell'esercizio dell'inviolabile diritto alla difesa è reso ancor più evidente dalla disposizione del d.lg. n. 28/2010 che all'art. 6 prevede che il periodo necessario alla mediazione (non inferiore a 4 mesi e 15 giorni) non si computa agli effetti della durata irragionevole del processo ai sensi della legge n. 89/2001.

Di contro, si ritiene che la mancata previsione della obbligatoria assistenza legale, in sede di mediazione, renda di per sé irragionevole l'intero procedimento stragiudiziale rendendosi, perciò, doveroso computare anche tale periodo ai fini della ingiusta durata del processo.

7. Gli interventi legislativi a tutela del cittadino in tempo di crisi

È necessario tutelare il cittadino in crisi o, piuttosto, il cittadino in tempo di crisi? La questione implica un primo riscontro.

Nel nostro ordinamento manca, innanzitutto, un preciso ausilio legislativo volto ad arrestare la crescente instabilità economica finanziaria delle famiglie italiane. Tralasciamo i contenuti del **d.m. 21 giugno 2010, n. 132** (pubblicato in G.U. 18 agosto 2010, n. 192) (che, come tutti sanno, prevede la sospensione del rate del mutuo afferenti la prima-casa, ad esempio, per il caso-morte del coniuge che rappresenta l'unica fonte economica della famiglia, sempreché il valore della casa bene non superi i 250 mila euro in concorso con ulteriori requisiti) e affrontiamo, invece, un tema non ancora regolato dal moderno legislatore, sebbene da tempo conosciuto sotto il nome di esdebitazione per i casi di insolvenza civile. In ogni caso, il predetto d.m. n. 132/2010 va criticato in relazione al suddetto limite di valore della prima-casa che il legislatore ha prefissato in euro 250.000,00. Sul punto va fatta una semplice riflessione.

Con grave ed evidente **disparità di trattamento**, saranno in grado di beneficiare della sospensione delle rate di mutuo soltanto le famiglie delle piccole città italiane laddove, cioè, il prezzo delle case risulti pressoché ridotto e contenuto rispetto, invece, agli immobili acquistati in più grandi centri come, ad esempio, Roma, Milano, Firenze, Torino il cui valore delle abitazioni, anche, le più modeste e ridotte supererà di gran lunga il tetto predeterminato dei 250 mila euro rendendo, in modo tautologico, del tutto privo di senso l'intero decreto ministeriale, quale **strumento di vantaggio soltanto apparente per il privato** e la sua famiglia rappresentando, invece, un vero e proprio favore per il preponderante sistema autarchico delle banche italiane.

Ad avviso di chi scrive il legislatore avrebbe dovuto utilizzare una precisa percentuale con ulteriore ragguaglio e differenziazione a seconda delle diverse zone o aree urbane sentite ovviamente le competenti Agenzie delle entrate e del territorio.

Il vero problema è un altro: la sospensione delle rate del mutuo è poca cosa se raffrontata con le prerogative offerte ai privati da altri Paesi europei.

A differenza della Spagna, in Italia **non esiste una legge che tuteli il cittadino** e, quindi, la famiglia **in materia di esdebitazione per il caso di insolvenza civile**.

Il credito al consumo cresce a dismisura, così come cresce inevitabilmente il costo del prezzo del danaro preso a credito in ragione, soprattutto, dei rischi elevatissimi legati all'insolvenza di debiti nascenti dall'uso delle carte *revolving* o simili, cioè, per pagamenti a rate o per finanziamenti a breve e, di sovente, anche per lautissimi importi. Vi sono diversi progetti anche a livello parlamentare che, in tema di esdebitazione per insolvenza civile, si spera

abbiano riscontro effettivo almeno nei prossimi anni. Se la legge italiana dà diritto all'impresa di godere del procedimento di esdebitazione di cui all'art. 142 ss. l. fall., non si comprende la ragione per cui si deve impedire a tutti coloro che risultano esclusi dal fallimento e, cioè, ai privati e alle loro famiglie (oltre ai professionisti, ai piccoli imprenditori e agli imprenditori agricoli) la possibilità di "sanare" e, quindi, estinguere i propri debiti liberando se stessi e gli eredi (ex art. 2740 c.c.) dal "peso" di scelte fatte in passato, talvolta, erronee o semplicemente opportunistiche.

Tale **carezza normativa** dà luogo non soltanto ad un più massiccio ricorso al credito al consumo (*moral hazard*) senza poter distinguere il debitore bisognoso da quello opportunistico (di colui, cioè, che sa dapprima di non pagare), ma dà luogo anche ad una evidente e ingiusta ripartizione collettiva degli aumenti del costo del danaro preso a credito.

L'attuale scenario favorisce, in pratica, soltanto i **debitori opportunisti**, ossia, coloro i quali adoperano il "sistema" a proprio vantaggio e a scapito della collettività che soffre la crisi e paga, anche, l'aumento del costo del danaro per via degli oneri derivanti dalla insolvenza dei primi.

Ci si attende, dunque, dal legislatore l'introduzione di una specifica disciplina di **esdebitazione dalle insolvenze civili** che favorisca i privati e le famiglie, anche, mediante **forme di assicurazione** (c.d. *fresh start* per le persone fisiche) come talvolta si riscontra sul mercato bancario, ad esempio, con la polizza "Cardif" a garanzia dei ratei del mutuo per il caso-morte del coniuge detentore dell'unica fonte di reddito familiare.

L'esdebitazione dall'insolvenza civile mediante polizza assicurativa obbligatoria tutelerebbe non soltanto il debitore contro il rischio di insolvenza, ma anche la collettività da ingiusti rialzi del costo del credito legati alle ingenti perdite subite dagli istituti di credito a seguito di inconsistenti, inutili e costosi recuperi giudiziari.

8. Conclusioni

Occorre, in sostanza, un intervento normativo che dia l'opportunità concreta al cittadino e alla sua famiglia di liquidare tutti i cespiti posseduti con facoltà di cedere, in favore dei creditori, l'intero assetto patrimoniale, in tal guisa, definitivamente liberandosi della residua parte, cioè, di quella che resta priva di soluzione soddisfattiva, ovviamente, sotto il controllo dell'Autorità giudiziaria ovvero, in via stragiudiziale, mediante un "Piano Attestato di Esdebitazione" analogamente a quanto già previsto dalla legge per le imprese relativamente al piano attestato di risanamento.

GIURISPRUDENZA RILEVANTE

SOFFERENZA BANCARIA: DEFINIZIONE

Orientamento prevalente

Cass. civ., sez. I, 24.05.2010 n. 12626, «Guida dir.» 2010, 33-34, 67 (s.m.)

La segnalazione di una posizione in sofferenza presso la centrale rischi della Banca d'Italia, secondo le istruzioni del predetto istituto, lungi dal poter discendere dalla sola analisi dello specifico o degli specifici rapporti in corso di svolgimento tra la singola banca segnalante e il cliente, implica una valutazione della complessiva situazione patrimoniale di questo ultimo, ovvero del debitore di cui alla diagnosi di sofferenza. L'accostamento che tali istruzioni hanno inteso stabilire tra stato di insolvenza (anche non accertato giudizialmente) e situazione sostanzialmente equiparabili, inducono a preferire quelle ricostruzioni che, oggettivamente gemmate dalla piattaforma di cui all'art. 5 l. fall., hanno tuttavia proposto, ai fini della segnalazione, una nozione "levior" rispetto a quella della insolvenza fallimentare, così da concepire lo stato di insolvenza e le situazioni equiparabili in termini di valutazione negativa di una situazione patrimoniale apprezzata come deficitaria, ovvero - in buona sostanza - di grave (e non transitoria) difficoltà economica, senza - cioè - fare necessario riferimento all'insolvenza intesa quale situazione di incapienza, ovvero di definitiva irrecuperabilità. Conclusivamente, ciò che rileva è la situazione oggettiva di incapacità finanziaria (incapacità non transitoria di adempiere alle obbligazioni assunte) mentre nessun rilievo assume la manifestazione di volontà di non adempimento, se giustificata da una seria contestazione sulla esistenza del titolo del credito vantato dalla banca.

Cass. civ., Sez. I, 12.10.2007 n. 21428, «Mass. Giust. civ.» 2007, 10

Ai fini dell'obbligo di segnalazione al "servizio per la centralizzazione dei rischi bancari" (cosiddetta Centrale dei rischi) che incombe sulle banche, il credito può essere considerato in "sofferenza" allorché sia vantato nei confronti di soggetti in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente o che versino in situazioni sostanzialmente equiparabili; in particolare, la nozione di insolvenza che si ricava dalle "Istruzioni" emanate dalla Banca d'Italia, sulla base delle direttive del Ccr, non si identifica con quella dell'insolvenza fallimentare, dovendosi piuttosto far riferimento ad una valutazione negativa della situazione patrimoniale, apprezzabile come "deficitaria", ovvero come "grave

difficoltà economica", senza quindi alcun riferimento al concetto di incapienza ovvero di "definitiva irrecuperabilità". (Principio espresso dalla Suprema Corte in una fattispecie di azione di risarcimento del danno conseguente ad ingiustificato inserimento del credito nella categoria delle "sofferenze").

Trib. Bari, Sez. IV, 15.07.2010, «Giurisprudenzabarese.it» 2010

Va accolto il ricorso ex art. 700, c.p.c., volto a conseguire un provvedimento a carattere anticipatorio rispetto al "petitum" di merito, di inibitoria dell'esecuzione di addebiti per effetto di contratti di swap sui conti correnti intrattenuti con la banca e della segnalazione alla Centrale rischi della Banca d'Italia, laddove sussista il "fumus" - ravvisabile nella nullità dei predetti contratti per mancanza di causa, ed alla conseguente azione di ripetizione - ed il "periculum in mora", ravvisabile nell'irreparabilità del pregiudizio denunciato, avente ad oggetto il soddisfacimento di un preteso credito della controparte, le cui conseguenze non appaiono riparabili patrimonialmente, tenuto conto che vi sarebbe uno scarto non colmabile fra danno subito e danno risarcibile, avuto riguardo agli effetti negativi di uno sconfinamento e della perdita del merito creditizio per la stessa esistenza di un'attività imprenditoriale esercitata dalla ricorrente, già in situazione di difficoltà secondo quanto emerge dall'ultimo bilancio sociale approvato.

RESPONSABILITÀ PER SEGNALAZIONE ERRONEA O ABUSIVA

Orientamento prevalente

Cass. civ., Sez. I, 1.04.2009 n. 7958, « Mass. Giust. civ. » 2009, 4, 561

Nella gestione della Centrale dei rischi, la Banca d'Italia non si sottrae alla disciplina generale in tema di trattamento dei dati personali, dettata dal d.lg. 3 giugno 2003, n. 196, in quanto la riconducibilità di tale trattamento all'ipotesi prevista dall'art. 8, comma 2, lett. d, del d.lg. cit. esclude soltanto l'applicabilità della tutela amministrativa e di quella alternativa alla tutela giurisdizionale, ma non anche di quella giurisdizionale prevista dall'art. 152 e di quella dinanzi al Garante nelle forme previste dall'art. 141, lett. a) e b): è pertanto configurabile una responsabilità civile della Banca d'Italia in relazione ai danni cagionati dal predetto trattamento, ai sensi dell'art. 11 del d.lg. cit., con la conseguenza che spetta alla medesima Banca la legittimazione passiva in ordine all'azione proposta dall'interessato per

ottenere la rettifica o la cancellazione della segnalazione erroneamente effettuata, in ordine alla quale il giudice, ai sensi dell'art. 152, comma 12, può provvedere anche in deroga al divieto di cui all'art. 4 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E.

Trib. Lecce, Sez. I, 5.08.2008 n. 1496, « Resp. civ. e prev.» 2009, 12, 2541 (s.m.), nota di GRECO

Accertata l'erronea segnalazione alla Centrale dei rischi è necessario verificare l'esistenza di un danno patito dall'attore.

Orientamento contrario

Cass. civ., Sez. I, 24.05.2010 n. 12626, «Dir e giust.» 2009, 4, 561, nota di PAPAGNI

L'erronea segnalazione presso la Centrale rischi è idonea di per sé a cagionare danni all'immagine ed alla reputazione economica del soggetto indebitamente segnalato. La liquidazione può avvenire con criteri equitativi, ai sensi degli art. 1226 e 2056 c.c., qualora l'attività istruttoria svolta non consenta di dare certezza alla misura del danno stesso, come avviene quando, essendone certa l'esistenza, risulti impossibile o estremamente difficoltoso provare la precisa durata del pregiudizio economico subito.

PRASSI ILLEGALE BANCARIA

Orientamento prevalente

Cass. pen., Sez. II, 15.10.2009 n. 43347, «Ced Cass. pen.», 2009
Integra il reato di truffa contrattuale la condotta del funzio-

nario di banca il quale, minimizzando i rischi e non rivelando con completezza tutti gli elementi dell'operazione finanziaria proposta al cliente (nella specie: vendita di prodotti finanziari atipici, cosiddetti "swaps"), consapevolmente tragga vantaggio per conto dell'istituto di credito, ai fini della vendita medesima, dall'inesperienza e dalla ignoranza in materia del compratore. (Ha specificato la Corte che il reato in oggetto è a consumazione prolungata, cioè si realizza ogni volta in cui si determina - alla scadenza di ogni contratto sottoscritto dall'investitore - la sua perdita economica con il profitto ingiusto per la banca, mentre la condotta dell'agente perdura, ugualmente, fino alla scadenza di ogni singolo contratto).

Cass. pen., Sez. II, 16.04.2009 n. 20528, «Foro it. » 2009, 11, 577

Posto che il momento consumativo del reato di truffa va fissato all'atto dell'effettiva, concreta e definitiva lesione del bene tutelato e può consistere anche nella sola assunzione dell'obbligazione di effettuare una prestazione economica, costituisce truffa consumata e non tentativo di truffa l'attività dell'impiegato di banca che inganni i clienti facendogli sottoscrivere a loro insaputa un atto di fideiussione, consistendo l'ingiusto profitto per la banca nel poter contare su una garanzia patrimoniale artatamente realizzata e l'altrui danno nella soggezione del patrimonio del sottoscrittore alla diminuzione patrimoniale nella misura equivalente all'importo garantito.

ORGANIZER

MEMO

Il privato ricorrente

- ✓ che ha proposto denuncia-querela, dinanzi all'Autorità giudiziaria, per fatti che integrano l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni (art. 392 c.p.) potrà (in caso di successivo accordo con la banca) rimettere l'azione penale intrapresa. Non potrà farlo, invece, per il caso in cui i fatti costituiscano il diverso reato di violenza privata (art. 610 c.p.) ovvero per il caso di molestia e disturbo col mezzo del telefono (art. 660 c.p.) (Cass. pen. n. 25045/2002), in quanto tali fatti-reato sono sottoposti al vincolo della perseguibilità d'ufficio;
- ✓ che ha richiesto la cancellazione del proprio nome dalle banche-dati degli istituti di credito, Crif, C.T.C. ed Experian, deve presentare ricorso contenente i requisiti di cui agli artt. 13 e 29 legge 31 dicembre 1996, n. 675 conformemente, altresì, agli artt. 18, 19 e 20 D.P.R. 31 marzo 1998, n. 501;
- ✓ potrà utilizzare forme alternative di tutela, peraltro, suggerite dall'art. 5 d.lg. n. 28/2010 relativamente al sistema rimediabile di cui al d.lg. 8 ottobre 2007, n.179 ovvero dal d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 (TUB). Il primo prevede la procedura di conciliazione e arbitrato presso la Consob per soggetti-investitori diversi dai clienti-professionali in caso di violazioni di obblighi di informazione, correttezza e trasparenza previsti nei rapporti contrattuali. È prevista, in tale evenienza, la decisione con lodo-arbitrale con erogazione a forfait del cosiddetto "indennizzo". Il secondo, invece, è completamente gratuito (a parte il diritto fisso di euro 20,00) ed è rappresentato dal reclamo proposto dal privato (nell'accezione non soltanto di cliente-consumatore) che, ai sensi della delibera CICR n. 275/2008, provvederà ad inoltrarlo a Bankitalia per questioni insorte contro l'istituto di credito per importi non superiori a euro 100 mila, sempreché

sia stato esperito il preventivo reclamo dinanzi al competente Ufficio dell'intermediario, cioè, dinanzi all'Ufficio reclami della banca contendente. Per completezza ed al di fuori dei predetti richiami normativi ricordiamo, altresì, l'organismo collegiale dell'Ombudsman che ha sede in Roma ed al quale potranno rivolgersi privati e imprese per questioni il cui valore risulti contenuto entro i 50 mila euro purché la controversia non sia già stata proposta dinanzi all'Autorità giudiziaria o non sia stata introdotta in rango arbitrale;

- ✓ avrà cura di illustrare al Mediatore le circostanze a sostegno di eventuali fatti-reato al fine di far valere la nullità totale o parziale dei contratti conclusi con la banca (Cass. civ. n. 19030/2008);
- ✓ dovrà, se ricorre alla Mediazione-bancaria, nel caso in cui la banca eccepisca la decadenza del termine semestrale per la contestazione formale degli errori di calcolo risultanti dall'estratto conto trimestrale inoltrato a domicilio, difendersi da tale ingiusta apparente decadenza perché essa resta superata dal Protocollo d'Intesa concluso tra ABI e Associazione dei Consumatori esattamente all'art. 11 comma 3 che consente al cliente-privato di sollevare errori di calcolo nel termine di 10 anni di prescrizione. Peraltro, con sentenza n. 24418 del 2 dicembre 2010, le Sezioni Unite hanno precisato che il termine per richiedere alla banca la restituzione gli interessi anatocistici è decennale e decorre dalla data di chiusura del conto per tutte le operazioni effettuate dal correntista dall'apertura sino alla chiusura del conto corrente bancario.

SCADENZE

Il privato ricorrente

- ✓ per la domanda giudiziale proposta senza il preventivo esperimento della mediazione (art. 5 d.lg. n. 28/2010), la parte deve eccepire siffatta improcedibilità non oltre la prima udienza di trattazione e, cioè, non oltre l'udienza di prima comparizione se la lite è insorta dinanzi al Tribunale (art. 183 c.p.c.) ovvero non oltre gli adempimenti previsti per la trattazione della causa dinanzi al Giudice di Pace (art. 320 c.p.c.) per il caso in cui la lite contro la banca non superi l'importo di euro 5.000,00;
- ✓ se non è stata presentata a domanda di mediazione entro 15 giorni dalla declaratoria di improcedibilità, l'art. 5 d.lg. n. 28/2010, prevede, altresì, un ulteriore termine decadenziale. La domanda di mediazione è a forma libera e può essere inoltrata anche via email se l'organismo (ad es. presso il Tribunale) possiede l'apposito regolamento esplicativo delle precise modalità circa l'inoltro del ricorso;
- ✓ termine breve di decadenza di 6 mesi da quando il privato riceve dalla banca la modifica delle originarie condizioni contrattuali ed omette, altresì, di spedire all'istituto di credito nel predetto termine la raccomandata di recesso dal contratto di conto corrente (art. 118 TUB). Inoltre, in mancanza della copia dell'originario contratto di conto corrente debitamente sottoscritto (art. 117 TUB), il privato dovrà contestare alla banca la nullità del rapporto contrattuale e potrà sostenere che non le è dovuto alcun tasso di interesse;
- ✓ termine decennale di prescrizione la domanda di risarcimento del danno promossa dal privato contro la banca per violazione delle norme in materia di circolazione di assegni come nel caso in cui l'istituto di credito abbia consentito l'incasso di un assegno bancario non trasferibile a persona diversa dal beneficiario (Cass., Sez. un., n. 14712/2007)

LETTURE CONSIGLIATE

- ✓ Atti del XVI Convegno nazionale di studi Città Di Alba, 4 dicembre 2010;
- ✓ Atti del Convegno, *La prova ed il contenzioso nelle operazioni e nei servizi bancari*, Tidona Comunicazioni Srl, Palazzo Mezzanotte, Milano 26 maggio 2010;
- ✓ Atti del convegno, *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, presso Banca Popolare di Lanciano e Sulmona, Auditorium, Avv. G. PAONE, Lanciano 26 e 27 novembre 2010.
- ✓ P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, 2009;
- ✓ R. CAFARO, *Il conto corrente bancario*, Giuffrè, 2011;
- ✓ G. CELONA, *Credito e finanza*, Giuffrè, 2010;
- ✓ A. DI AMATO, *I reati bancari*, vol. III, Cedam, 2004;
- ✓ F. FIORUCCI, *I mutui bancari*, Giuffrè, 2008;
- ✓ A. FREDDI, *Codice annotato delle sanzioni per l'intermediazione finanziaria*, Giuffrè, 2001;
- ✓ M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. R. FARINA, V. SANTORO, *Testo Unico Bancario*, Giuffrè, 2010;
- ✓ L. STANGHELLINI, "Fresh Start" implicazioni di policy, *Analisi Giuridica dell'Economia* 2/2004.

