

Umberto Morera

LO SCIoglimento DEI CONTRATTI DI CREDITO PARTICOLARE (ART. 40 T.U. BANCARIO) (*)

1.- L'art. 40 T.U. Bancario ⁽¹⁾ risulta suddiviso in due distinti commi.

Il primo, contempla la facoltà del finanziato di estinguere anticipatamente il proprio debito, disciplinando poi modalità ed effetti dell'estinzione stessa ⁽²⁾.

(*) Lo scritto riproduce l'intervento svolto a Bergamo, il 13 novembre 1998, nell'ambito del Convegno sul tema: "Mutui ipotecari. Riflessioni giuridiche e tecniche contrattuali", organizzato dal Comitato Regionale Notarile Lombardo e dal Consiglio Notarile di Bergamo. Esso apparirà anche negli *Atti* del Convegno.

⁽¹⁾ Le Istruzioni di Vigilanza in punto di "particolari operazioni credito", emanate a seguito della Delibera C.I.C.R. del 22 aprile 1995 (*Istruzioni Banca d'Italia del 26 giugno 1995, 119° Aggiornamento*), non dicono nulla – né del resto erano dalla legge richieste di farlo – in merito allo scioglimento dei rapporti di credito particolare. Il compito dell'interprete è quindi limitato all'analisi dell'art. 40 T.U. Bancario, unica norma di riferimento nell'attuale ordinamento. Su tale norma, cfr., principalmente: **G. Bozza**, *Il credito fondiario nel nuovo T.U. Bancario*, Padova, 1996, p. 93 ss.; **V. Carbone**, *Disciplina del credito fondiario. Il credito fondiario tra risoluzione speciale ed esecuzione singolare*, in *Il fallimento*, 1996, p. 1145 ss.; **A.U. Petraglia**, *Il credito fondiario dopo il testo unico: profili giuridici, modalità operative e di recupero crediti*, in **Aa.Vv.**, *La nuova disciplina del credito fondiario*, Roma, 1997, p. 115 ss.; **M. Piga**, *La risoluzione per inadempimento e il ritardo nell'adempimento nelle operazioni di credito fondiario*, in *Giust. civ.*, 1996, II, p. 43 ss.; **M. Sepe**, *Commento all'art. 40*, in **Aa.Vv.**, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Capriglione, Padova, 1994, p. 215 ss.; **C.-M. Tardivo**, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, Milano, 1995, p. 67 ss.; **S. Tondo**, *Nuovi appunti sul mutuo fondiario*, in *Vita not.*, 1995, p. 93 ss.; **G.L. Trequattrini**, *Norme relative a particolari operazioni di credito. Norme a tutela del debitore*, in **Aa.Vv.**, *La nuova legge bancaria. Commentario*, a cura di P.Ferro-Luzzi e G. Castaldi, Milano, 1996, p. 632 ss.; **F. Bacchi - M. Giacobbe**, *La derogabilità delle norme sul credito fondiario*, in *Riv. not.*, 1996, I, p. 811 ss..

Il secondo, contempla invece una disciplina del tutto particolare per quanto concerne il rapporto tra il ritardato pagamento e la risoluzione del contratto di credito particolare ⁽³⁾.

Tale normativa, ricompresa nella “Sezione” della legge dedicata al credito *fondario*, trova applicazione anche nei confronti dei contratti di credito alle *opere pubbliche* (art. 42, comma 4, T.U.) e di credito *agrario* (art. 44, comma 5, T.U.), qualora i finanziamenti risultino garantiti da ipoteca su immobili.

Manca invece il riferimento per l'applicabilità dell'art. 40 ai contratti di credito *peschereccio*.

2.- Il primo comma – di più semplice interpretazione – contiene una disposizione che va letta alla luce del principio contenuto nell'art. 1816 c.c., secondo cui, in ipotesi di mutuo (oneroso): “*il termine per la restituzione si presume stipulato a favore di entrambe le parti*”.

2.1.- Ora, avendo per consolidata opinione la presunzione di cui all'art. 1816 c.c. valore *relativo* e non già *assoluto*, è in principio senz'altro possibile prevedere un patto tra finanziatore e finanziato che contempli la facoltà di restituzione anticipata in capo a quest'ultimo.

Il problema, per quanto ora interessa, è però quello di stabilire se l'art. 40, comma 1, T.U.: (i) “*imponga*” un tale patto, con ciò allora sostanzialmente derogando alla regola di cui all'art. 1816 c.c.; ovvero (ii) lasci le parti del tutto libere di prevedere, o meno, un'estinzione anticipata del finanziamento.

Il tenore letterale della norma (“*I debitori hanno facoltà di estinguere corrispondendo*”) sembra deporre senz'altro nel

(2) Art. 40, comma 1, T.U.: “*I debitori hanno facoltà di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il proprio debito, corrispondendo alla banca un compenso, contrattualmente stabilito, correlato al capitale restituito anticipatamente*”.

(3) Art. 40, comma 2, T.U.: “*La banca può invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento quando lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive. A tal fine costituisce ritardato pagamento quello effettuato tra il trentesimo e il centottantesimo giorno dalla scadenza della rata*”.

primo senso: nel contratto dovrà quindi obbligatoriamente essere previsto il patto di estinzione anticipata.

2.2.- Circa poi il compenso da riconoscere alla Banca in caso di estinzione anticipata, ritengo che lo stesso sia perfettamente rinunciabile e che, quindi, non costituisca "elemento" essenziale della fattispecie contrattuale in esame.

Conforta tale conclusione anche la peculiarissima modifica operata dal legislatore del T.U. in sede di trasposizione, nell'art. 40, dell'art. 8, legge 6 giugno 1991, n. 175 (norma quest'ultima costituente, per l'appunto, il precedente dell'art. 40, comma 1).

L'originaria formulazione era assolutamente identica a quella attuale, se si eccettua la previsione relativa al compenso ⁽⁴⁾. Nell'art. 8 si faceva riferimento ad un compenso “*da stabilirsi contrattualmente*”, mentre nell'odierna formulazione ci si riferisce ad un compenso “*contrattualmente stabilito*”; e mi sembra che la ragione di tale modifica non possa che risiedere nella volontà di evitare ogni imposizione normativa in punto di compenso.

3.- Venendo ora all'analisi del secondo comma dell'art. 40 T.U., relativo, come visto, al rapporto tra il ritardato pagamento e la risoluzione del contratto di credito particolare, appare necessario, per comprendere appieno la portata della disposizione, ripercorrere brevemente l'evolversi della normativa precedente.

3.1.- a) art. 39, r.d. 16 luglio 1905, n. 646, Testo Unico sul credito fondiario ⁽⁵⁾;

b) art. 15, d.p.r. 21 gennaio 1976, n. 7, sugli enti di credito fondiario ⁽⁶⁾;

⁽⁴⁾ Art. 8, l. n. 175/1991: “*I debitori hanno facoltà di estinguere anticipatamente, in tutto o in parte, il proprio debito, corrispondendo agli enti un compenso, da stabilirsi contrattualmente, correlato al capitale restituito anticipatamente*”.

⁽⁵⁾ Art. 39, r.d. n. 646/1905: “*Nei contratti di credito fondiario intendesi stipulata la condizione risolutiva in caso di ritardato pagamento anche di una sola parte del credito scaduto; e l'istituto può chiedere esecutivamente il pagamento integrale di ogni somma ad esso dovuta*”.

c) art. 17, l. 6 giugno 1991, n. 175, recante revisione della disciplina del credito fondiario ⁽⁷⁾.

Per la prima norma, *nei contratti di credito fondiario* si intendeva stipulata la condizione risolutiva *in caso di ritardato pagamento anche di una sola parte del credito scaduto*.

La seconda norma riproduceva, nella sostanza, in modo del tutto conforme la prima.

La terza norma *consentiva di applicare la condizione risolutiva* nel caso di quattro ritardati pagamenti, secondo certi meccanismi, in verità piuttosto complessi, per non dire tortuosi.

3.2.- Ora, a me non pare dubbio che fossimo in presenza di *condizioni risolutive* del contratto determinate *ex lege*: cioè che fossero stati dalla legge "predeterminati" dei fatti (di inadempienza) (ritardato pagamento anche di una sola rata nel 1901 e 1976; ritardato pagamento reiterato quattro volte nel 1991) che potevano – di per sé stessi – costituire condizione risolutiva del contratto ⁽⁸⁾.

L'espresso riferimento, in tutte e tre le normative, alla "condizione risolutiva" mi pare consenta pienamente questa lettura.

Ciò significava, nella sostanza, che il ritardato pagamento, nelle fattispecie previste dalla legge, costituiva un fatto di inadempimento "*presunto importante*", cioè un *fatto di inadempimento* la cui gravità non avrebbe dovuto soggiacere al controllo del giudice *ex art. 1455 c.c.*.

Insomma, mi pare si possa affermare come la legislazione in materia (precedente l'odierno T.U. Bancario) avesse creato dei meccanismi di *clausole risolutive espresse legali*, con una predeterminazione dell'importanza dell'inadempimento compiuta quindi

⁽⁶⁾ Art. 15, d.p.r. n. 7/1976: "Ai contratti di credito fondiario si intende apposta la condizione risolutiva per il caso di ritardato pagamento anche di una sola parte del credito e l'ente può chiedere esecutivamente il pagamento integrale di ogni somma ad esso dovuta".

⁽⁷⁾ Art. 17, n. 175/1991: "Il pagamento ritardato oltre i trenta giorni di almeno due rate consecutive ripetuto per ulteriori due volte consente di applicare la condizione risolutiva nel caso di pagamento ritardato oltre i trenta giorni di una sola ulteriore rata".

⁽⁸⁾ *Contra* tuttavia: Cass. 14 dicembre 1990, n. 11916, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, II, p. 18; Cass. 10 aprile 1991, n. 3763, in *Giust. civ.*, 1991, p. 2023, le quali, invece, ravvisano (almeno nelle norme del 1905 e dl 1976) soltanto un'ipotesi di perdita, da parte del debitore, del beneficio del termine; senza quindi alcun effetto *risolutivo* del rapporto di mutuo (e v. *infra*).

direttamente dal legislatore, in luogo dei contraenti (banca e soggetto finanziato).

3.3.- L'art. 40, comma 2, T.U. non fa più alcun riferimento alla “*condizione risolutiva*” (come visto sempre presente nella passata legislazione), ma stabilisce che la banca *può invocare* come *causa di risoluzione* il ritardato pagamento ripetuto sette volte ecc..

È allora lecito, per l'interprete, porsi una domanda: perchè il legislatore ha eliminato ogni riferimento alla *condizione risolutiva*, “*inserita automaticamente in contratto*” (1901 e 1976), ovvero “*applicabile direttamente*” (1991), adoperando espressioni del tutto nuove, quali “*invocare*” (nella Relazione illustrativa, addirittura: “*richiedere*”) e “*causa di risoluzione*”, le quali – francamente – mi sembrano condurre piuttosto lontano dal fenomeno della condizione risolutiva espressa ?

In altri termini, occorre chiedersi se il legislatore del Testo Unico abbia inteso riproporre oggi (pur con altre parole) il vecchio sistema delle *clausole risolutive legali*, ovvero non abbia invece voluto prevedere una particolare ed autonoma *causa di inadempimento* (il ritardato pagamento reiterato sette volte) “*invocabile*”, per l'appunto, dalla banca davanti al giudice al fine di ottenere la risoluzione del contratto (questa volta allora con sentenza *costitutiva*) dopo il consueto controllo richiesto dall'art. 1455 c.c. in punto di importanza dell'inadempimento.

In quest'ultima prospettiva potrebbe allora spiegarsi la locuzione “*invocare come causa di risoluzione del contratto* [il ritardato pagamento per sette volte ...] ”, posta la possibilità del giudice di compiere l'analisi di meritevolezza prevista dall'art. 1455 c.c. prima di dichiarare risolto il contratto per la causa di risoluzione “*invocata*”.

A ben vedere, se il fatto del ritardato pagamento per sette volte non costituisse condizione risolutiva espressa, bensì mera causa di risoluzione “*invocabile*” davanti al giudice, allora tale fatto dovrebbe dal giudice essere valutato in punto di importanza e magari – a tal fine (cioè al fine della valutazione dell'importanza dell'inadempimento) –

potrebbe, ad esempio, venir considerato "inadempimento importante" un fatto rappresentato da una serie continua di sette ritardi ai limiti dei centottanta giorni ed "inadempimento non importante" un fatto rappresentato da una serie non continua di sette ritardi di poco superiori ai trenta giorni.

Non vorrei insomma che fosse stata creata dal legislatore una soglia minima di inadempimento (i sette ritardi tra i trenta ed i centottanta giorni), al di sotto della quale la banca non possa neanche richiedere ("invocare") la risoluzione del contratto, ed oltrepassata la quale si trovi di fronte ad una ipotesi di inadempimento "predeterminata *ex lege*" che le consente di invocare la risoluzione nei modi ordinari, con applicazione, allora, dell'art. 1455 c.c..

Il problema è aperto e merita riflessione, ben al di là di queste brevi considerazioni, apparendo ricco di conseguenze pratiche.

È infatti di tutta evidenza la differenza tra una fattispecie conducente all'*automatica* risoluzione del contratto, rispetto ad una fattispecie che può condurre alla risoluzione del contratto soltanto dopo un controllo del giudice in punto di (valutazione dell') importanza dell'inadempimento.

Differenza, che si riflette poi – anche praticamente – sul come la banca deve azionare il meccanismo di tutela, richiedendo una pronuncia costitutiva di risoluzione, ovvero limitandosi a dichiarare al cliente – *ex art. 1456 c.c.* – che intende avvalersi della clausola risolutiva.

3.4.- Quanto sopra, naturalmente, vale soltanto in ipotesi di *ritardato* pagamento.

L'*omesso* pagamento, ovvero quello effettuato *dopo* 180 giorni, integrano l'ipotesi di *mancato* pagamento, invocabile allora dalla banca come normale, classica, causa di risoluzione, suscettibile poi del consueto controllo sull'importanza a' sensi dell'art. 1455 c.c..

Con la conseguenza che un pagamento effettuato al 181° giorno da un cliente sino a quel momento assolutamente puntuale, potrebbe con ogni probabilità essere considerato poco importante *ex art. 1455 c.c.*, proprio alla luce della "complessiva" *ratio* dell'art. 40, comma 2, T.U..

3.5.- Salva sempre, comunque, la possibilità per la banca di applicare, dopo il 180° giorno, l'art. 1819 c.c., che consente di richiedere al cliente l'intero *senza effetti risolutivi del contratto*.

È infatti mia opinione che con l'introduzione del meccanismo di cui all'art. 1819 c.c. il legislatore abbia in realtà inteso consentire al soggetto mutuante di cambiare l'obbligazione del mutuatario (non più: "rate nel tempo"; bensì: "tutto subito"). È tale *nuova* obbligazione, sorgente in capo al debitore soltanto dopo che la banca avrà richiesto l'immediata restituzione dell'intero, che – se non adempiuta – potrà legittimare, allora sì, la richiesta di risoluzione del contratto.