

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2022

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

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

COMITATO DI DIREZIONE

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

COMITATO SCIENTIFICO

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

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

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

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

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

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

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

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

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

SEDE DELLA REDAZIONE

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

La concessione abusiva del credito nell'epoca post pandemica: modello predittivo o fallibilità umana?

SOMMARIO: 1. Inquadramento della fattispecie e delle forme di responsabilità della banca connesse all'erogazione del credito: la perimetrazione del campo della presente indagine – 1.1. La responsabilità per la concessione abusiva del credito: abstract della riflessione – 2. I primi approcci alla ricostruzione della responsabilità della banca per la concessione abusiva del credito – 2.1. L'originaria ricostruzione della qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale – 3. L'originaria qualificazione dell'azione in termini di azione di massa o estranee alla massa dei creditori con la conseguente legittimazione del curatore fallimentare – 3.1. L'azione per il danno verso i terzi creditori – 3.2. L'azione per il danno verso il soggetto finanziato – 4. Il recentissimo arresto della Suprema Corte – 4.1. La nuova legittimazione della Curatela – 4.2. La diversificazione dei segmenti di responsabilità coinvolti e la loro differente natura giuridica – 5. Elementi costitutivi della responsabilità della banca verso il fallito quale responsabilità contrattuale da contatto sociale – 6. Conclusioni.

1. Inquadramento della fattispecie e delle forme di responsabilità della banca connesse all'erogazione del credito: la perimetrazione del campo della presente indagine

Si è a lungo discusso in ordine alla condotta dell'istituto di credito rispetto alla configurabilità e qualificazione di una responsabilità per l'erogazione abusiva del credito verso l'imprenditore fallito e la massa dei relativi creditori¹ e diverse sono, in termini qualificatori generali, le ipotesi in cui rileva tale forma di responsabilità della banca:

¹ Tra i numerosi approfondimenti sul tema, senza la pretesa di essere esaurienti: A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito*, in G. B. PORTALE (a cura di) *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978, p. 301 ss.; ID., *Revocatoria delle rimesse in conto corrente posizione della banca nei rapporti di concessione del credito*, in *Giur. Comm.*, 190, I, 290 ss.; successivamente B. INZITARI, *Concessione del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1993, II, 412, ove ampie indicazioni bibliografiche in relazione alla elaborazione della dottrina francese, ove la concessione abusiva del credito quale

a) *il concorso della banca nella responsabilità tipica degli amministratori per inadempimento ex artt. artt. 2392 e 2394 c.c.*

In tal senso infatti, nell'ipotesi in cui una banca abbia concesso credito in modo “abusivo” contribuendo a determinare il mantenimento in vita artificioso di una società - e specificamente una società di capitali - con il ritardo nell'apertura di una procedura concorsuale: è stato prospettato il *concorso* o *complicità* della banca nell'inadempimento da parte degli amministratori della società finanziata ai propri obblighi, fonte di responsabilità a loro carico ai sensi degli artt. 2392 e 2394 c.c.

b) *l'eventuale ingerenza della condotta della banca di grado più o meno severo e la possibilità di ricostruire la responsabilità dell'istituto di credito quale:*

responsabilità come amministratore di fatto dell'impresa ex art. 2639 c.c.

Spesso all'erogazione o al mantenimento del credito ad un'impresa in difficoltà si accompagnano forme di ingerenza più o meno penetranti della banca nella gestione di quell'impresa (per esempio, con la creazione, per effetto di apposite clausole – c.d. covenant – inserite nei contratti di finanziamento o nei concordati stragiudiziali, di strutture di monitoraggio e controllo).

Quando questa ingerenza abbia, in fatto, i contorni dell'assunzione del potere di alta amministrazione e direzione strategica, la banca potrebbe essere considerata appunto amministratore di

fattispecie di illecito ha mosso i suoi primi passi; ID., *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 265 ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità della banca per “concessione abusiva di credito”*, in *Dir. fall.*, 2002, I, p. 1077 ss.; E. ROPPO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Fall.*, 1997, p. 869 ss.; M. PORZIO, *Il paradosso del banchiere: la banca e l'impresa in difficoltà*, ivi, p. 1453 ss.; A. PRINCIPE, *Concessione abusiva di credito e problemi di responsabilità della banca*, in AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Milano, 1986, p. 355 ss.; A. BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione “abusiva” di credito?*, in AA.VV., *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, cit., p. 197 ss.; G. TERRANOVA, *La responsabilità della banca nei confronti dei creditori dell'impresa finanziata*, in *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, p. 193 ss.; F. GALGANO, *La responsabilità civile del banchiere*, in AA.VV., *Operazioni bancarie e responsabilità del banchiere*, Padova, 1987, p. 21 ss. Di recente, si segnala l'esauriente quadro ricostruttivo di: A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004, *passim*.

fatto dell'impresa, con tutte le conseguenze, in tema di responsabilità, connesse a questa qualificazione. In questo caso la responsabilità della banca non si connette direttamente all'erogazione del credito in quanto tale, ma alla posizione che la banca viene ad assumere a seguito di quell'erogazione ed al modo in cui vengano utilizzate le prerogative derivanti da tale posizione.

responsabilità per attività di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c.

È, inoltre, prospettabile, sempre con riferimento all'ipotesi di “ingerenza”, anche una responsabilità della banca per “abuso di controllo”, il cui fondamento viene individuato nell’art. 2497 c.c.: si tratta di una prospettazione che è diversa concettualmente da quella dell'amministratore di fatto, ma è a questa funzionalmente identica e che, naturalmente, esige una prova rigorosa dell'esistenza effettiva di un'attività di direzione e coordinamento da parte della banca².

1.1 La responsabilità per la concessione abusiva del credito: abstract della riflessione

La responsabilità per la concessione abusiva del credito rappresenta la fattispecie che impegna la presente indagine e che, preliminarmente, nella sua più recente e convincente accezione potrebbe definirsi, secondo l’ultimo arresto della Suprema Corte³, come “*l'erogazione del credito effettuata, con dolo o colpa, ad impresa che si palesi in una situazione di difficoltà economico-finanziaria ed in mancanza di concrete prospettive di superamento della crisi. Tale fattispecie integra un illecito del soggetto finanziatore, per essere egli venuto meno ai suoi doveri primari di una prudente gestione, che obbliga il medesimo al risarcimento del danno, ove ne discenda l'aggravamento del dissesto favorito dalla continuazione dell'attività d'impresa*”.

Rispetto al consolidato orientamento in tema di abusività nell'erogazione del credito l’ultimo richiamato orientamento della Suprema Corte ha innovato non pochi profili della responsabilità in esame.

² Cfr. M. CISOLLA, *La responsabilità della banca da (co)gestione dannosa dell'impresa finanziata*, in *Il caso.it*, 2020.

³ Cass., 30 giugno 2021, n.18610, in *www.dirittodellacrisi.it*, con nota di B. INZITARI, *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*, 2021.

In particolare, il recente orientamento della Suprema Corte ha determinato i seguenti arresti:

a) ha ammesso la natura di azione di massa e, quindi, la legittimazione del curatore per la reintegrazione del patrimonio sociale che – in sostanza – va a vantaggio sia della società sia dei creditori sociali.

Tale per cui è stato affermato che “*il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito, in caso di illecita nuova finanza o di mantenimento dei contratti in corso, che abbia cagionato una diminuzione del patrimonio del soggetto fallito, per il danno diretto all’impresa conseguito al finanziamento e per il pregiudizio all’intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.*”.

b) ha modificato – e questa è la novità assoluta – la natura giuridica dell’addebito in capo alla banca per l’erogazione abusiva di credito suddividendola in diversi segmenti di responsabilità ciascuno di diversa natura giuridica: responsabilità a titolo precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, per la concessione abusiva e immeritevole di un nuovo finanziamento; responsabilità a titolo contrattuale *ex art. 1218 c.c.*, quando venga imputata alla banca la prosecuzione di un finanziamento già in corso che doveva essere, invece, sospeso o revocato⁴. Intendendo entrambe come responsabilità da contatto sociale qualificato, la Suprema Corte, ha provato ad oggettivizzare la responsabilità creando un codice di

⁴ Propende per la natura “contrattuale” della responsabilità P. PISCITELLO, *Concessione abusiva di credito e patrimonio dell’imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, laddove si sofferma sulla responsabilità della banca nei confronti della stessa impresa finanziata; sarebbe invece di natura extra contrattuale la responsabilità nei confronti della massa dei creditori; secondo L. BALESTRA, *Crisi dell’impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, mentre nei confronti dei creditori danneggiati la responsabilità avrebbe natura extracontrattuale, nei confronti della stessa impresa finanziata la responsabilità avrebbe invece natura contrattuale, e si sostanzerebbe, laddove la linea di credito fosse stata già concessa, nell’inadempimento dell’obbligo di recesso. Sostiene, altresì, la natura contrattuale della responsabilità C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 124 ss. Alla responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi inerenti allo “status” di impresa bancaria si riferisce Cass., 8 gennaio 1997, n. 72, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 653.

condotta standard dell'agire del *bonus argentarius*⁵ di talché la violazione di tale dovere di diligenza tecnica e di protocolli e doveri comportamentali determina l'addebito dell'abusiva concessione⁶.

La linea di demarcazione – quindi – tra la concessione abusiva del credito e, quella, invece legittima, diventa la valutazione da parte dell'istituto di credito sulla base di un giudizio prognostico *ex ante* della possibilità di superamento della crisi da parte dell'impresa finanziata anche attraverso la erogazione di credito. La stessa sentenza ha, quindi, chiarito che non integra abusiva concessione di credito, quindi, la condotta della banca che, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi dell'impresa, abbia assunto un rischio non irragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito ad un'impresa suscettibile, secondo una valutazione *ex ante*, di superamento della crisi o almeno di proficua permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito ai detti scopi.

Con la presente riflessione una volta evidenziata la portata innovativa rispetto alla qualificazione previgente e chiariti i tratti più

⁵ 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. Vd. Cass. 7.05.1992 n. 5421 in Foro it., 1993; R. CARATOZZOLO, *La responsabilità delle banche per la violazione degli obblighi contrattuali*, Milano, 2007.

⁶ V. G. FALCONE, *Concessione abusiva del credito e concorso della banca nel ricorso abusivo del credito*, in *Fallimento*, 2020, secondo cui - una volta che si ammetta in principio che tra i soggetti direttamente danneggiati dalla condotta del finanziatore possa annoverarsi lo stesso soggetto finanziato – sia agevole accostare la figura della concessione abusiva del credito alla violazione del principio del “prestito responsabile” (che trae lo spunto dai principi normativi in materia di credito ai consumatori e di credito immobiliare ai consumatori), pervenendo alla conclusione che il dovere di protezione che connota l'erogazione di “prestito responsabile” possa predicarsi anche nel rapporto con il beneficiario imprenditore. A questa conclusione pervengono B. INZITARI - E. DEPETRIS, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Dir. fall.*, 2018, per il caso in cui “il mantenimento delle linee di credito o l'erogazione piuttosto che consentire la soluzione della crisi, la aggravino sino ad un livello di insostenibilità che comporta il dissesto e quindi la possibile liquidazione concorsuale dell'impresa”.

interessanti della fattispecie in esame, si proverà a trovare un comune denominatore sotteso alla nuova definizione ed al novellato inquadramento della responsabilità in parola.

Tale comune denominatore potrebbe essere ravvisato nella decisa emersione di un certo *favor creditorum* a discapito della condotta della banca, atteso che:

a) la responsabilità in parola qualificata quale responsabilità contrattuale da contatto sociale determina naturalmente un agevolato regime probatorio del danno risarcibile;

b) per l'effetto la standardizzazione di una serie di doveri comportamentali di diligenza tecnica e di codici di condotta dell'istituto erogatore – dalla cui violazione si ingenera la responsabilità per l'erogazione abusiva – determina un più agevole criterio discretivo di condotte rilevati o meno quali abusive nell'erogazione del credito;

L'azione contro la banca, qualificata come azione di massa, determina un evidente ampliamento non solo della legittimazione in favore del curatore (precedentemente esclusa) ma anche delle fattispecie di danno risarcibile (quello all'impresa e quello alla massa dei creditori) che – come si vedrà – in termini tutt'altro che tecnici ma decisamente pragmatici – è considerata un'azione a vantaggio di tutti i creditori indistintamente, poiché recuperatoria in favore dell'intero ceto creditorio con riferimento a quanto sia andato perduto, a causa dell'indebito finanziamento, del patrimonio sociale, visto che il fallimento persegue l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori nel rispetto della *par condicio creditorum*⁷.

Si valuterà, quindi, se la prolifica – per non dire anche frenetica – disciplina emergenziale in risposta alla crisi epidemiologia da Covid-19 rappresenta – in qualche modo – la spinta propulsiva cui ha fatto seguito la reazione della Suprema Corte che con un intervento, dal senso più pratico che tecnico, reagisce perimetrando la materia sia in termini di definizione dell'elemento oggettivo e soggettivo della

⁷ A tale riguardo G. FALCONE, *op. cit.*, evidenzia che al di là del danno diretto cagionato direttamente all'impresa finanziata, si assume che il procrastinare dell'apertura di una procedura concorsuale (dovuto alla dissimulazione dell'insolvenza consentita dal finanziamento) comporta, oltre al depauperamento del patrimonio dell'imprenditore, una lesione del “diritto all'integrità del patrimonio del debitore”, che costituisce garanzia generica di tutti i creditori.

predetta responsabilità contrattuale sia in termini di ampliamento e legittimazione del danno conseguente risarcibile.

A seguito della crisi economica post pandemia, infatti, la legislazione di settore – si veda la riforma della legge fallimentare, la stessa direttiva cd. *Insolvency* ed il D.L. cd. “liquidità” del dì 8 aprile 2020, n. 23 convertito nella l. 5 giugno 2020, n. 40 – manifesta un’attenzione particolare ed – in generale – favorisce l’accesso al credito per le imprese – o anche i debitori sovra indebitati per i quali addirittura è stata anticipata l’entrata in vigore della novella normativa – che si trovano in stato di difficoltà o insolvenza. Pertanto – per l’effetto inverso o per così dire di contenimento – i confini dell’erogazione del credito “non abusivo” devono essere tracciati nella misura più chiara possibile – anche se ciò rappresenta una standardizzazione della condotta rilevante della banca – e le azioni a relativa tutela vengono ampliate quanto a legittimazione e danno risarcibile al fine di garantire che l’accesso al credito per l’impresa in crisi sia facilitato – dato il contesto di crisi pandemica globale – ma mai abusivo.

A ben vedere il tema responsabilità delle banche nell’erogazione del credito è un argomento di grande attualità – non solo per il contesto di crisi post pandemica nel quale si inserisce – ma anche in relazione alla riforma delle procedure concorsuali per un duplice ordine di riflessioni.

Anzitutto nel nuovo diritto fallimentare, come sottolineato da autorevole dottrina⁸, hanno assunto particolare centralità le azioni risarcitorie a “compensazione”, per così dire, determinata dalla drastica riduzione degli spazi di operatività della revocatoria fallimentare.

I curatori fallimentari, quindi, “orfani” ormai, o quasi, della revocatoria fallimentare, sono stati, fino alla pronuncia della Suprema Corte, fatalmente spinti a tentare di percorrere, al fine di impinguare gli attivi delle procedure, proprio la strada di azioni risarcitorie e, in particolare, quelle nei confronti delle banche in relazione al credito concesso o mantenuto al debitore nell’imminenza del fallimento.

In tal senso, quindi, si inserisce l’ampliamento della legittimazione in capo alla Curatela (fin ora prevalentemente esclusa).

⁸ A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell’erogazione del credito delle imprese in crisi*, in *Giur. Comm.*, 2021, p. 305.

In secondo luogo, questo mutato contesto normativo delle procedure concorsuali privilegia le soluzioni concordatarie e, comunque, stragiudiziali della crisi d'impresa, per il cui successo assumono spesso un ruolo decisivo il mantenimento delle linee di credito e/o l'attivazione di nuova finanza in favore dell'impresa in difficoltà.

2. I primi approcci alla ricostruzione della responsabilità della banca per la concessione abusiva del credito

La fattispecie in esame, per la prima volta, è stata elaborata dalla dottrina francese negli anni 70/80 e sulla spinta della dottrina e giurisprudenza d'Oltralpe, la pionieristica dottrina nostrana⁹ ha recepito anche nel nostro ordinamento la concessione abusiva del credito circoscrivendo la responsabilità della banca a due fattispecie fondamentali:

l'abuso della banca che di fatto abbia assunto la gestione dell'impresa o ad essa abbia partecipato;

la concessione del credito da parte della banca nonostante il parere espressamente contrario della funzione di gestione dei rischi.

Il consolidato orientamento della giurisprudenza italiana sul punto¹⁰, ed in tal senso la principale definizione del fenomeno¹¹, è stata intesa quale la condotta della banca che “*eroghi credito in modo imprudente, nel senso, specificamente, che ha erogato (o mantenuto) il credito pur conoscendo o dovendo conoscere le condizioni di grave difficoltà economica del finanziato*”. L'intervento della banca in tal caso, grazie alla sua influenza nei mercati finanziari, altera la percezione dei terzi rispetto alle condizioni patrimoniali dell'impresa finanziata; ed altera anche le condizioni della stessa impresa, prolungandone lo stato d'insolvenza di modo che la massa patrimoniale verrà ulteriormente erosa dal dissesto finanziario.

La responsabilità della banca discende dal mancato rispetto di specifici criteri di comportamento che devono essere seguiti dalla banca nell'esercizio del credito in ottemperanza degli specifici obblighi

⁹ Cfr. A. CLARIZIA, *La responsabilité du banquier donneur de credit*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1976, I, 373 e cfr., in particolare, C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989.

¹⁰ Cass., 13 gennaio 1993, n. 343 in *Riv. banca merc. fin.*, 1993, I, pag. 399.

¹¹ A. NIGRO, *La responsabilità*, *op. cit.*, Milano, 1978.

previsti dall'ordinamento bancario per l'esercizio del credito, del principio della sana e corretta gestione che permea l'intera disciplina bancaria, della disciplina anche sovranazionale volta al controllo e alla ponderazione dei rischi riferita dalla pronuncia agli accordi di Basilea, ma indirettamente anche dalla disciplina della crisi bancaria¹².

2.1. *L'originaria ricostruzione della qualificazione in termini di responsabilità extracontrattuale*

La ricostruzione originaria della responsabilità in esame è argomentata sulla base della celebre sentenza n. 500/1999¹³, con la quale le Sezioni Unite avevano tratteggiato gli elementi della responsabilità *ex art. 2043 c.c.* in un modello di esemplare chiarezza.

Attesa la qualificazione della responsabilità oggetto di analisi, è opportuno riassumere brevemente gli originari tratti descrittivi al fine di evidenziare la portata innovativa dell'ultimo orientamento qualificatorio delle fattispecie oggetto di analisi, ascrivibile, in ultimo alla citata sentenza della Suprema Corte dello scorso giugno 2021.

Tradizionalmente gli elementi qualificatori della responsabilità extracontrattuale in commento erano così ravvisati:

Il fatto evento. Nel caso della concessione abusiva di credito l'evento veniva ricostituito proprio dall'incauta contrattazione con l'impresa insolvente o dall'incauta acquiescenza di coloro che sono già creditori, illusi sulla solvibilità del proprio debitore fino all'esternazione del

¹² Cfr. B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione di credito e rottura del credito*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2001; ID., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Le società*, 2007; ID., *Il curatore è legittimato all'azione di responsabilità verso gli amministratori e la banca per abusiva concessione di credito e aggravamento del dissesto*, in *Dir. Fall.*, n. 3n-4/2017; ID., *Abusiva concessione di credito, op. cit.*; P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 5, 664 ss.; C. ESPOSITO, *L'azione risarcitoria "di massa" per "concessione abusiva di credito"*, in *Fallimento*, 2005, 8, 861; V. anche Cass., 30 giugno 2021, n. 18610; Cass., 28 marzo 2006, n. 7029, 70, 30, 7031; Cass., 1 giugno 2010, n. 13413; Trib. Prato, 15 febbraio 2017, n. 2116, in *Ildirittodegliaffari.it*; Corte di Appello Firenze, 11 novembre 2019, in *Fallimento*, 2020.

¹³ Cass., 22 luglio 1999, n. 500, con nota di G. CORSO e G. FARES, in *La responsabilità della pubblica amministrazione. Casi di giurisprudenza*, 2009, p.168.

dissesto. Tale evento è appunto determinato, in termini di causalità, dalla condotta della banca, che finanziando l'impresa dissestata modifica le condotte degli altri *stakeholders*. Non vi è dubbio, infatti, che l'instaurazione o la prosecuzione di un rapporto creditizio procuri all'impresa finanziata la fiducia generalizzata degli operatori economici (*observers*) che la circondano.

Il danno. Secondo la dottrina il danno risarcibile non può coincidere con l'intero passivo rimasto insoddisfatto a seguito dei riparti fallimentari, ma si identifica con il danno in concreto subito da ciascun terzo e nella misura in cui il comportamento del finanziatore “abusivo” lo abbia indotto in errore nella percezione della reale situazione economica e finanziaria dell'imprenditore sovvenuto. In particolare, il danno derivante da tale forma di responsabilità sarà costituito, per i creditori anteriori (alla concessione abusiva), dal danno derivante dall'aggravamento del dissesto del comune debitore e dalla conseguente diminuzione delle possibilità di soddisfacimento e, per i creditori successivi, dal danno consistente nella perdita che possono subire per aver instaurato rapporti che non avrebbero posto in essere ove non vi fosse stata l'apparente solvibilità creata dal credito abusivamente concesso¹⁴.

L'interesse leso. Non era rappresentato da un diritto di credito, ancorché nella forma dell'aspettativa, quanto piuttosto dalla facoltà del creditore di autodeterminarsi liberamente e senza condizionamenti nelle scelte economiche: si parlava di *adverse selection*. E tale affermazione, se è pacifica quanto ai creditori divenuti tali successivamente all'atto di erogazione abusiva, varrebbe anche per coloro che erano già creditori, dissuasi dall'attivarsi nelle potestà riconosciute dall'ordinamento per l'autotutela del proprio interesse in caso di pericolo d'insolvenza proprio dalla concessione (abusiva) del credito da parte della banca¹⁵.

L'elemento psicologico. Sul punto l'analisi concerne il profilo se la banca sia responsabile solo quando la violazione degli obblighi di comportamento cui deve attenersi nell'erogazione del credito sia consapevolmente preordinata all'accaparramento di vantaggi illeciti

¹⁴ R. RICCI - V. DEL SOLE, *Responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*, in *Dir. e pratica delle società*, 3, 2006, p. 32

¹⁵ E. BERTACCHINI, *Concessione del credito, comportamenti abusivi e responsabilità della banca*, in *Impresa e istruzioni*, 1994, p.5.

nella prospettiva concorsuale ed a svantaggio dei diritti dei terzi, e, quindi, vi sia dolo, oppure se la loro mera violazione, secondo gli standard di diligenza che ci si può attendere dal *bonus argentarius*, comporti responsabilità, quindi, per colpa.

La dottrina sul punto era divisa e non si rinvenivano inizialmente precedenti giurisprudenziali. Parte della dottrina aveva circoscritto la responsabilità della banca alla sola ipotesi in cui si ravvisi il disegno di mascherare l'insolvenza per conseguire illeciti vantaggi¹⁶. Vi erano, però, anche opinioni pioneristiche rispetto a quella che sarebbe diventata la successiva ricostruzione dell'elemento psicologico della responsabilità in parola, per le quali dalla banca ci si dovrebbe attendere un grado di professionalità tale che l'erogazione del credito – in quanto atto complesso – sia sempre meditata ed accompagnata dalla consapevolezza della sua eventuale abusività per violazione della diligenza tecnico professionale, viceversa, ben potrebbe configurarsi un'ipotesi di responsabilità colposa a carico dell'istituto bancario¹⁷.

L'antigiuridicità. La dottrina trovava il requisito dell'antigiuridicità non già nei valori sottesi alle disposizioni penali che sanzionano il ricorso abusivo al credito (art. 218 l.f.) o la bancarotta semplice per tardivo ricorso all'auto-istanza di fallimento (art. 217, comma 1, n. 4, l.f.) o ancora il mendacio e falso interno bancario (art. 137 t.u.b.), ma semmai nelle disposizioni che impongono alla banca la diligenza della condotta nella valutazione di meritevolezza¹⁸ di credito del sovvenuto,

¹⁶ A. NIGRO, *La responsabilità*, op. cit., p. 320.

¹⁷ B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito*, op. cit., in *Le società*, 2007, p. 463; Id., *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2001, 562.

¹⁸ Il riferimento ad un concetto funzionale e dinamico quale è la diligenza suggerisce l'esigenza di eseguire un siffatto controllo sotto un duplice profilo: genetico, volto ad appurare se il consumatore abbia effettivamente contratto obbligazioni proporzionate alla propria capacità reddituale o patrimoniale; evolutivo, finalizzato a stabilire se il consumatore, pur obbligandosi adeguatamente rispetto alle sue capacità di produzione del reddito, ha successivamente assunto comportamenti palesemente imprudenti, tali da frustrare la propria idoneità di restituzione del finanziamento ottenuto. Declina in questi condivisibili termini il controllo di meritevolezza il Trib Cassino, nelle pronunce 3 febbraio 2019, 5 giugno 2019, 13 gennaio 2020, tutte reperibili in www.tribunalecassino.it. Nella sostanza, sembrerebbero condurre agli stessi risultati le considerazioni di A. VIGO MAJELLO, *L' "accordo" del debitore ed il "piano del consumatore": nozioni, presupposti e differenze*, in *La crisi del soggetto non fallibile*, A. Pisani Massamormile (a cura di),

disposizioni generali e settoriali, così come emergono dalle norme bancarie e dalle Istruzioni dell'Autorità di Vigilanza¹⁹.

In questo caso, infatti, è stato elaborato dalla dottrina il modello di responsabilità del c.d. *bonus argentarius* che è utile per valutare la meritevolezza di tutela della posizione del banchiere rispetto alla concessione del credito. Si tratta di uno standard di comportamento imposto secondo precisi protocolli che impone un'attività di informazione e monitoraggio alla Banca in relazione alla condizione di solvibilità del cliente finanziato.

Vi è da evidenziare che la dottrina²⁰ dal punto di vista evidenziato sembrava essere già pronta e matura alla svolta che, poi, con l'evoluzione della fattispecie in esame si è ravvista nei termini che seguono.

3. L'originaria qualificazione dell'azione in termini di azione di massa o estranea alla massa dei creditori con la conseguente legittimazione del curatore fallimentare

La ricostruzione originaria della responsabilità in esame in termini di azione di massa o estranea alla massa dei creditori e, quindi, con la conseguente sussistenza della legittimazione ad agire o meno da parte della curatela, si basava su una fondamentale differenza ovvero che si agisse per il danno verso i terzi creditori oppure verso il soggetto

Torino, 2016, p. 23 s: si ritiene, all'opposto, che la diligenza del consumatore sia da valutare solo al momento dell'assunzione delle obbligazioni C. SOLINAS, *Commento all'art. 12-bis*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, E. CAPOBIANCO, L. MEZZASOMA, G. PERLINGIERI (a cura di), p.961.

¹⁹ Particolarmente limpida, in proposito, la decisione del Trib. Cagliari, 11 maggio 2016, per la quale la mancata valutazione del merito creditizio da parte della banca non assurge a motivo di discolta del prestatore, in quanto il modello del debitore meritevole di salvaguardia è “quello di un soggetto mediamente in grado di capire il senso delle proprie scelte e di valutare in piena autonomia le conseguenze di un impegno economico, senza il bisogno che altri soggetti, ed in particolare il creditore, lo indirizzino e ne tutelino gli interessi impedendogli di assumere un debito poiché eccessivo rispetto al proprio patrimonio”.

²⁰ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e Diritto Privato*, 2006, p. 278; C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione degli obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1995, p. 35.

finanziato per il pregiudizio diretto causato al patrimonio di quest'ultimo dall'attività di finanziamento abusiva.

Prima della recente evoluzione giurisprudenziale anticipata nei termini della questione, infatti, tale differenza era di rilevante importanza.

3.1. *L'azione per il danno verso i terzi creditori*

Con riferimento alla responsabilità per il danno nei confronti dei terzi (creditori anteriori o successivi all'insolvenza) la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, con le sentenze gemelle del 2006²¹ e nella più recente pronuncia nel 2010²² ha escluso – come del resto ha fatto tutta la giurisprudenza che si è pronunciata sul punto, con l'unica eccezione di qualche tribunale di merito – che l'azione di danno da abusiva concessione del credito potesse essere configurata come azione di massa per cui era stata originariamente esclusa la legittimazione del curatore ad agire. Per la Suprema Corte, infatti, tale azione aveva lo scopo di reintegrare il patrimonio del singolo creditore così come le azioni di danno in favore del terzo direttamente danneggiato da atti dolosi o colposi degli amministratori ex art. 2395 c.c.

In tale fattispecie il danno doveva essere valutato caso per caso, sia nell'*an* che nel *quantum*, essendo possibile che creditori che hanno diritto di partecipare al riparto non abbiano altresì titolo per il risarcimento di cui si tratta non avendo subito alcun danno dalla condotta illecita della banca. La stessa circostanza, poi superata, che, nella valutazione del danno, debba distinguersi la posizione dei creditori anteriori – i quali avranno «*titolo a dolersi per la partecipazione al riparto, pur sempre all'esito delle azioni conservative del patrimonio da ripartire, dei creditori successivi*» – da quella dei creditori posteriori alla concessione abusiva del credito – i quali avranno titolo a dolersi «*esclusivamente dell'eventuale incapienza e per tale parte soltanto*» – rappresenta un indice ulteriore per escludere che possa parlarsi di un'azione indifferenziata come quella di massa.

²¹ Cass., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Foro it.*, 2006, 12, 3417.

²² Cass., 23 luglio 2010, n. 17284, in *Giur. comm.* 2011, 5, II, 1157.

La dottrina²³ inizialmente aveva evidenziato l'ineccepibilità di tale posizione in passato assunta dagli Ermellini, tenuto conto:

che nel nostro sistema non esiste in capo al curatore fallimentare un generale potere di rappresentanza dei creditori²⁴;

che due sono i principi fondamentali che reggono il regime della legittimazione "sostitutiva" del curatore fallimentare rispetto ai creditori: quello secondo il quale tale legittimazione sussiste per tutte le azioni c.d. di massa, cioè per le azioni spettanti ai creditori e dirette ad ottenere, nell'interesse degli stessi, la ricostituzione del patrimonio del debitore fallito; e quello secondo il quale tale legittimazione sostitutiva non sussiste per le azioni esercitabili individualmente ed a proprio diretto ed esclusivo vantaggio dai singoli creditori nei confronti di soggetti diversi dal fallito, sia pure in relazione ad obbligazioni di quest'ultimo²⁵;

²³A. NIGRO, *La responsabilità*, cit., 320; G. FAUCEGLIA, *Abusiva concessione*, cit., 643; G. BELLI, *La responsabilità della banca per erogazione abusiva del credito ad un'impresa in situation d'esperée*, in *La resp. civ.*, 2012, p. 93; F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie di concessione abusiva di credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, p. 692.

²⁴ Qui è da ricordare che i casi di "sostituzione processuale" del curatore sono stabiliti nella legge fallimentare dall'art. 146 l.f. (nel d.lgs. n. 14 del 2019, "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza", la materia delle azioni di responsabilità al cui esercizio è legittimato il curatore è trattata nell'art. 225, che, rispetto all'art. 146 l. fall. predilige una impostazione analitica delle singole situazioni, piuttosto che un loro richiamo, per così dire, "*rationae materiae*"), e, tra questi, l'ipotesi prevista dal comma 2, lett. a) dell'articolo – ancora prima dell'introduzione dell'art. 2394 *bis* c.c. ancorché alquanto "lata", veniva interpretata nel senso di escludere che il curatore fosse legittimato all'esercizio dell'azione ex art. 2395 c.c. Sul punto v. B. INZITARI, E. DEPRETIS, *Abusiva concessione di credito*, *op. cit.*, 1046-1050. Giova, altresì, ricordare che il "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza" (D.Lgs. n. 14 del 2019) ha introdotto un nuovo comma 6 nell'art. 2476 c.c., contenente, per le società a responsabilità limitata, una disposizione corrispondente a quella, relativa alla società per azioni, contenuta nell'art. 2394 c.c.: anche per l'esercizio di detta azione l'art. 255 del medesimo codice attribuisce espressamente la legittimazione del curatore fallimentare.

²⁵ Cass., 30 giugno 2021, n.18610, richiamando alcuni propri precedenti giurisprudenziali, ha affermato che la curatela, in caso di fallimento, è legittimata ad agire nei confronti delle banche per i danni cagionati alla società fallita allorquando venga dedotta la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto causato al patrimonio di quest'ultimo dall'attività di finanziamento. Il curatore, hanno evidenziato i Giudici di legittimità, non è invece legittimato all'azione di risarcimento del danno diretto patito dal singolo creditore per

che la responsabilità per concessione abusiva di credito, almeno nella sua originaria configurazione tipica, costituisce strumento di reintegrazione, non già del patrimonio del debitore nell'interesse della generalità dei creditori, ma del patrimonio personale dei singoli creditori, e, quindi, strumento di tutela diretta ed immediata degli stessi (identicamente a quel che si ha nella responsabilità *ex art. 2395 c.c.*);

che in tale responsabilità non è in principio configurabile un pregiudizio della massa neppure (in ipotesi) come “sommatoria” dei pregiudizi subiti dai singoli creditori per la semplice ma decisiva ragione che il pregiudizio per i singoli creditori, da un lato, è diverso da caso a caso (essendo sufficiente pensare alla distinzione fra creditori anteriori e creditori posteriori alla concessione di credito, che rileva anche e proprio in termini di danno risarcibile); e, dall'altro, può non esservi neppure: come nel caso dei creditori anteriori che abbiano concesso credito conoscendo o dovendo conoscere, a loro volta, lo stato di insolvenza del loro contraente o nel caso dei creditori posteriori che non siano in grado di dimostrare l'impossibilità di conoscere, con l'ordinaria diligenza, la effettiva situazione patrimoniale del debitore²⁶;

l'abusiva concessione del credito quale strumento di reintegrazione del patrimonio di quest'ultimo. In tal senso si veda Cass., 1 giugno 2010, n. 13413 in *Giust. civ.* 2011, 5, 1283; Cass, 20 aprile 2017, n. 9983 in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2018, 2, II, 162.

²⁶ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, *op. cit.*, che non solo fornisce una ricostruzione completa ed esaustiva del tema, ma fornisce anche articolate risposte ai maggiori problemi interpretativi; del medesimo autore v. anche *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 2004, 648; F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione di credito*, Napoli, 2004; Id., *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento dell'impresa insolvente*, in *Riv., dir. civ.*, 2004, I, 145. L'argomento costituisce ormai un capitolo obbligato nei trattati e nei commentari sulla responsabilità civile come pure sulla banca e i contratti bancari, v. M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti artt. 2043-2096-2059*, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al Codice civile*, Bologna-Roma, 2004, 157; M. MONTANARI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 1998, 789; G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2005, 246. B. INZITARI, *Concessione abusiva di credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione della autonomia contrattuale*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1993, 412 ss; Id., *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, I, 280.

che per la configurabilità di una responsabilità della banca per concessione abusiva di credito non è affatto necessario, in linea di principio, né che il sovvenuto sia un imprenditore né, tanto meno, che esso si trovi ad essere sottoposto ad una procedura concorsuale e che, comunque, il rapporto danneggiante (banca)-danneggiati (creditori) rimane come tale ed in principio fuori dell'ambito della eventuale procedura concorsuale aperta a carico del sovvenuto, potendo tale procedura assumere solo il ruolo, al più, di evento produttivo di danno o, forse più esattamente, di evento che evidenzia e cristallizza il danno.

3.2. *L'azione per il danno verso il soggetto finanziato*

Con tale fattispecie si designa l'agire del finanziatore che conceda, o continui a concedere incautamente, credito in favore dell'imprenditore che versi in stato di insolvenza o comunque di crisi conclamata e che cagioni danno all'imprenditore medesimo.

In relazione all' assunto originario se l'abusiva concessione del credito potesse cagionare un danno direttamente al patrimonio dell'imprenditore, la dottrina ed anche la giurisprudenza avevano lungamente dubitato, per varie ragioni:

in forza di una ritenuta neutralità dell'operazione per l'impresa finanziata, in quanto l'incremento del passivo è specularmente compensato dall'incremento delle disponibilità liquide, sempre che si tratti di un'operazione compiuta a condizioni di mercato;

per l'operatività dell'art. 1227, comma 1, c.c., in forza del quale sarebbe piuttosto l'utilizzo improprio che della disponibilità finanziaria ottenuta compiono gli amministratori dell'impresa a cagionare il pregiudizio in capo a quest'ultima.

Sul punto negazionista era stata stato anche l'orientamento della Cassazione²⁷.

²⁷ Di questo avviso è l'orientamento giurisprudenziale di legittimità che esclude che l'impresa finanziata abbia subito un danno, proprio in virtù del fatto che l'erogazione del finanziamento (quand'anche abusiva) non potrebbe mai determinare un danno per l'impresa finanziata, comportando invece per definizione un vantaggio (Cass, 9 ottobre 2001, n. 12368, in *ilcaso.it*); anche la giurisprudenza di merito ha sostenuto l'esclusione di ogni danno in capo all'impresa finanziata (Trib. Milano, 9 maggio 2001, in *Dir. banca merc. fin.*, 2002, I, p. 259, a cui aderisce M. ROBLES, *Erogazione "abusiva" di credito, responsabilità della banca finanziatrice e*

È evidente, tuttavia, che tali affermazioni, che vorrebbero vedere nel finanziamento sempre e per definizione un arricchimento per chi lo riceve, si riferiscono ad un'impresa efficiente che agisce nella normalità patrimoniale. Essa è, infatti, in grado di utilizzare con profitto i finanziamenti ricevuti.

Al contrario, quando un siffatto utile ed efficiente impiego non è possibile, e comunque non viene attuato dall'imprenditore, sarà proprio il finanziamento ricevuto (che si aggiunge il più delle volte ad altri elementi negativi), a pesare come un macigno sempre più schiacciante sull'impresa. E questo avverrà il più delle volte in modo progressivo sino al punto di non ritorno, che di solito si individua nel momento in cui anche l'imprenditore o i soci dell'impresa societaria, non trovano più conveniente reintegrare o ricostituire il capitale, in quanto l'investimento da effettuare dovrebbe essere di dimensioni talmente elevate per poter ripianare il debito, che nessun utile futuro potrebbe realisticamente ripagare l'investimento erogato.

Le condizioni che infatti rendono utile o meno l'ingresso di una somma di danaro nel patrimonio dipendono strettamente dalle modalità di utilizzazione delle stesse: questo vale per la somma incassata dal creditore che, se non viene utilmente impiegata viene dispersa e non si consolida nel patrimonio e vale logicamente ancor di più per una somma che è ricevuta a titolo di finanziamento, in quanto anche se questa non viene adeguatamente consolidata nel patrimonio inevitabilmente viene dispersa mentre nello stesso tempo resta e si consolida nel patrimonio dell'*accipiens*, il debito, anzi un crescente debito, di restituzione aumentato degli interessi.

In conclusione, se la somma ricevuta col finanziamento non viene utilmente impiegata essa non solo non arreca in ogni caso alcun vantaggio ma, al contrario, allarga ed aggrava l'esposizione diretta e indiretta del debitore, il quale viene ad assumere altre obbligazioni, schiacciando così con crescenti debiti il suo patrimonio.

(presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare sovvenuto, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2002, II p. 52); in tal senso anche le affermazioni che sono state avanzate al riguardo, che vorrebbero vedere nel finanziamento sempre e per definizione un arricchimento per chi lo riceve: Corte App. Bari, 17 giugno 2002, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, 582-583; Corte App. Bari, 2 luglio 2002, in *Fallimento*, 2002, 1164; Corte App. Bari, 18 febbraio 2003, in *Fallimento*, 2004, 427.

4. *Il recentissimo arresto della Suprema Corte*

Per ciò che concerne la legittimazione attiva del curatore in passato era stato ritenuto che quest'ultima non potesse essergli riconosciuta in relazione alla tutela dei singoli soggetti, creditori e fallito, in quanto la stessa gli spetta unicamente per le azioni di massa, da identificarsi in quelle che mirano a ricostituire il patrimonio del fallito con riferimento alla garanzia generica che esso esprime e, quindi, purché ne derivi un indiscriminato beneficio a favore di tutti i creditori; secondo le S.U. – al contrario nell'azione per abusiva concessione del credito, al pari della domanda giudiziale *ex art. 2395 c.c.* - si avrebbe invece di mira la reintegrazione del patrimonio del singolo creditore ed in relazione al pregiudizio che lo stesso, caso per caso possa aver subito²⁸, in quanto la posizione dei creditori non potrebbe mai in questa fattispecie predicarsi in termini di omogeneità dovendosi perlomeno distinguere fra creditori anteriori e quelli posteriori, cioè divenuti tali dopo l'erogazione illecita del finanziamento.

Tale impostazione è stata condivisa dalla successiva giurisprudenza di legittimità, sia pure dovendosi ricordare come Cass., 23 luglio 2010, n. 17284²⁹, con un *obiter dictum* collegato all'avvenuta condanna in sede penale per concorso in bancarotta fraudolenta dell'amministratore della società sovvenzionata e del direttore della filiale bancaria erogante il credito, avesse ritenuto che in tal caso il curatore – in virtù delle norme che disciplinano le obbligazioni solidali, avrebbe potuto far valere le proprie pretese risarcitorie anche nei confronti della banca, senza essere obbligato ad agire contemporaneamente anche contro l'amministratore infedele.

Approfondendo tale intuizione, l'ancora successiva Cass., 20 aprile 2017, n. 9983³⁰, ha invece espressamente ritenuto che ben possa il curatore, *utendo iuribus* del fallito, richiedere il risarcimento ad amministratori e banche per il danno subito dal patrimonio sociale in conseguenza del credito erogato allorché la società aveva già da lungo

²⁸ Da tali considerazioni la Corte (Cass., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031) faceva discendere come conseguenza la non configurabilità di una competenza funzionale del tribunale fallimentare a giudicare sulla domanda giudiziale di risarcimento danni per abusiva erogazione di credito.

²⁹ Cass., 23 luglio 2010, n. 17284 in *Fallimento*, 2010, 305.

³⁰ Cass., 20 aprile 2017, n. 9983 in *Giur. comm.*, 2018, 262.

tempo interamente perduto il capitale sociale, ed era quindi già in stato di scioglimento, avendo tutti concorso al ritardo nell'emersione del dissesto.

Il più recente orientamento della Cassazione³¹ ha modificato il precedente esposto orientamento per diversi ordini di motivi:

ha ammesso la natura di azione di massa e, quindi, la legittimazione del curatore per la reintegrazione del patrimonio sociale che – in sostanza – va a vantaggio sia della società sia dei creditori sociali:

ha modificato – e questa è la novità assoluta – la natura giuridica dell'addebito in capo alla banca per l'erogazione abusiva di credito suddividendola in diversi segmenti di responsabilità ciascuno di diversa natura giuridica;

ha provato ad oggettivizzare la responsabilità creando un codice di condotta standard dell'agire del *bonus argentarius* di talché la violazione di tale dovere di diligenza tecnica e di protocolli e doveri comportamentali determina l'addebito dell'abusiva concessione

Ma andiamo con ordine.

4.1. *La nuova legittimazione della curatela*

Nel ricomprendere nella legittimazione della curatela il danno alla società ed ai creditori sociali la Suprema Corte segue un ragionamento più empirico che non tecnico.

Il ragionamento che segue la Corte è che se pure è vero che il curatore non può sostituirsi ai singoli creditori che abbiano subito un proprio danno, diretto e specifico, dall'attività di finanziamento abusiva³², nondimeno lo stesso può senza dubbio agire per tutelare

³¹ Cass., 30 giugno 2021, n.18610, in *www.dirittodellacrisi.it*, con nota di B. INZITARI, *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*, 2021.

³² Cfr. Cass., 28 marzo 2006, n. 7029 in *DeG - Dir. e giust.* 2006, 1, 16, secondo cui il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta, suscitando così nel mercato la falsa impressione che si tratti di impresa economicamente valida, sul presupposto, da un lato, che la funzione del curatore è quella di conservare il patrimonio del debitore, come sua garanzia generica, attraverso l'esercizio delle così dette azioni di massa, dirette ad ottenere la ricostituzione del patrimonio predetto e caratterizzate dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo; dall'altro, che siffatta legittimazione ad

l'interesse di tutti i creditori alla ricostituzione del patrimonio dell'impresa ed al ripristino della garanzia patrimoniale che lo stesso rappresenta, ex art. 2740 c.c., per tutti i creditori³³.

In altri termini il curatore agendo a tutela dell'interesse della società, agirebbe al contempo per la salvaguardia di tutti i creditori che potrebbero poi soddisfarsi sul patrimonio così ricostruito secondo le regole del concorso, dovendosi riconoscere quale presupposto comune la diminuzione del patrimonio sociale a causa dell'artificiosa prosecuzione.

E pertanto *“Il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito, in caso di illecita nuova finanza o di mantenimento dei contratti in corso, che abbia cagionato una diminuzione del patrimonio del soggetto fallito, per il danno diretto all'impresa conseguito al finanziamento e per il pregiudizio all'intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.”*

Si tratta, quindi, di un'azione a vantaggio di tutti i creditori indistintamente, poiché recuperatoria in favore dell'intero ceto creditorio con riferimento a quanto sia andato perduto, a causa dell'indebito finanziamento, del patrimonio sociale, visto che il fallimento persegue l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori nel rispetto della *par condicio creditorum*.

Si tratta, anzitutto, di un danno al patrimonio dell'impresa, con la conseguente diminuita garanzia patrimoniale della stessa, ai sensi dell'art. 2740 c.c., scaturita dalla concessione abusiva del credito, che le abbia permesso di rimanere immeritadamente sul mercato, continuando la propria attività ed aumentando il dissesto.

agire, sostitutiva dei singoli creditori, non sussiste in presenza di azioni esercitabili individualmente, in quanto dirette ad ottenere un vantaggio esclusivo e diretto del creditore nei confronti di soggetti diversi dal fallito, come avviene mediante le azioni di cui agli artt. 2395 e 2449 c.c., G. BERSANI, *Legittimazione attiva della curatela fallimentare nell'azione di concessione abusiva di credito*, in *Il caso.it*, 2018 vedi anche E. DEPETRIS, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Il dir. Fall. e delle soc. comm.*, 2018, 1035.

³³ Per l'affermativa: Trib. Foggia, 12 dicembre 2000, in *Dir. banc.*, 2002, 2, I, 259; Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in *Il Fallimento*, 2002, 1166, con nota di G. LO CASCIO; in *Dir. fall.*, 2002, 3, II, 510.

Pertanto, la Corte sembra non assumere una posizione tecnica rispetto alla legittimazione della Curatela- come fatto in passato escludendola per le azioni de qua - ma in maniera più pratica arriva a dire che il curatore ristorando il danno alla società tutela, nel contempo, la massa creditoria dalla diminuzione patrimoniale.

Si verifica, quindi, in questo caso un danno che riguarda tutti i creditori, vale a dire quelli che avevano già contrattato con la società prima della concessione abusiva del credito, perché vedono aggravarsi le perdite e ridursi la garanzia ex art. 2740 c.c., nonché quelli che avevano contratto con la società dopo la concessione di credito perché vedranno progressivamente aggravarsi l'insufficienza patrimoniale della società con pregiudizio alla soddisfazione dei loro crediti³⁴.

Ne discende, in conclusione, che il curatore è investito della legittimazione a richiedere al soggetto finanziatore c.d. abusivo il risarcimento non solo per i danni diretti cagionati alla società, ma anche per i danni indiretti cagionati alla massa dei creditori.

Il curatore agisce infatti, in questi casi, per la reintegrazione del patrimonio sociale pregiudicato dalla abusiva concessione del credito.

La differenza di portata è notevole rispetto all'originario orientamento.

Nel caso in cui il curatore agisca per il danno patito dalla massa dei creditori, si verifica, infatti, una fattispecie di danno differente ed ulteriore rispetto a quella per le quali le Sezioni Unite della Cassazione con le sentenze gemelle n. 7029, n. 7030 e n. 7031 del 2006, hanno escluso la legittimazione attiva del curatore fallimentare.

Come ricostruito, infatti, le citate sentenze avevano decretato il difetto di legittimazione attiva del curatore fallimentare a proporre, nei confronti della banca finanziatrice, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai singoli creditori dall'abusiva

³⁴ Per tale ricostruzione I. PAGNI, *La concessione abusiva di credito tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Società*, 2007, 442 ss., A tale riguardo, peraltro, B. INZITARI, E. DEPETRIS, evidenziano la difficoltà di rintracciare un fondamento processuale alla esperibilità di tale azione, alla luce del principio di cui all'art. 81 c.p.c.; nella citata ricostruzione di I. PAGNI, peraltro, si assume che in tale circostanza si sarebbe di fronte non tanto e non semplicemente ad un caso di sostituzione processuale del curatore ai creditori, quanto, più radicalmente, di un passaggio al curatore del diritto attribuito ai creditori sul patrimonio.

concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta.

Nel caso esaminato dalla Cassazione il danno fatto valere era invece quello cagionato alla massa dei creditori, quale posizione indistinta e riflessa del pregiudizio al patrimonio sociale, essendo indubbio che il peggioramento delle condizioni patrimoniali societarie arreca un danno a tutti i creditori, che vedono pregiudicata la garanzia patrimoniale generica e ridotta matematicamente la *chance* di soddisfare il loro credito.

L'azione della Curatela fallimentare è così indirizzata, nel caso di specie, alla ricostituzione del patrimonio del soggetto sottoposto a fallimento a vantaggio anche di tutti i creditori in concorso³⁵.

4.2. *La diversificazione dei segmenti di responsabilità coinvolti e la loro differente natura giuridica*

Come anticipato la seconda novità attiene alla natura giuridica dell'addebito in capo alla banca per l'erogazione abusiva di credito ed alla suddivisione della stessa in diversi segmenti di responsabilità ciascuno avente distinta qualificazione della relativa natura giuridica, e precisamente:

la responsabilità della banca nei confronti del ceto creditorio deve essere inquadrata come responsabilità aquiliana *ex art. 2043 c.c.* se del caso anche in concorso con quella degli organi sociali³⁶. Mentre la responsabilità della banca verso il fallito è a titolo precontrattuale *ex art. 1337 c.c.*, per la concessione abusiva e immeritevole di un nuovo finanziamento in quanto il finanziatore ha contrattato senza il rispetto delle prescrizioni speciali e generali che ne debbono presiedere l'agire

³⁵ R. BATTAGLIA, *Le azioni di massa. Tra garanzia patrimoniale e concorso in atmosfera protetta*, Torino, 2012; I. PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Fall.*, 2007, 9, p. 1037; N. RASCIO, *La legittimazione attiva alle azioni risarcitorie del curatore del fallimento*, in *Giur. Comm.*, 2013, I, p. 147; S. M. FABIANI, *Competenza del Tribunale fallimentare*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, Tomo I, Torino, 2006, p. 427.

³⁶ Secondo l'originario modello enucleato dalla dottrina - e anche recentemente parte della dottrina lo sostiene - la responsabilità aquiliana sarebbe l'unica ravvisabile, nei confronti dei terzi, in quanto l'illecito lesivo non preesiste un rapporto giuridico tra banca e terzi danneggiati. V. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, I, 2009, p. 3.

disattendendo, dolosamente o colpevolmente, gli obblighi di prudente ed accorto operatore professionale ed acconsentendo alla concessione di credito in favore di un soggetto destinato, in caso contrario, ad uscire dal mercato³⁷;

la responsabilità della banca verso il fallito è, invece, a titolo di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. quando venga imputata alla banca la prosecuzione di un finanziamento già in corso che doveva essere, invece, sospeso o revocato intesa come responsabilità da contatto sociale qualificato.

Per i Giudici di legittimità si tratta di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente e la condotta abusiva pregiudizievole si esprime nella violazione di obblighi specifici ovvero nella violazione del generale obbligo di buona fede ai sensi dell'art. 1375 c.c.

Se la responsabilità extracontrattuale – nell'esaminare la originaria qualificazione giuridica della concessione abusiva del credito – è stata affrontata sia per la definizione che per la qualificazione dei tratti costitutivi essenziali, merita – invece – riflessione la citata responsabilità di natura contrattuale da contatto sociale data la portata innovativa della sentenza.

5. Elementi costitutivi della responsabilità della banca verso il fallito quale responsabilità contrattuale da contatto sociale

Nell'integrazione della riferita fattispecie, risultano altresì di fondamentale rilievo la regola generale prevista dall'art. 1176 c.c. sulla diligente esecuzione della prestazione professionale e la disciplina primaria e secondaria di settore.

³⁷ Non è superfluo rammentare che è ormai acquisita, tanto in dottrina (cfr., fra gli altri, già G. GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 348, e poi: M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 462; F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 90 ss., che richiama anche la disciplina delle pratiche commerciali scorrette; A.C. NAZZARO, *Obblighi di informazione e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p. 267 ss.); quanto alla giurisprudenza di legittimità (cfr., ad es., Cass., 23 marzo 2016, n. 5762 in *Foro it.* 2016, 5, I, 1703.

La Corte di Cassazione ha osservato come, sebbene nel nostro ordinamento non esista un generale dovere, a carico di ciascun consociato, di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, tuttavia vi sono molteplici situazioni da cui nascono, per i soggetti coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra la conseguente responsabilità.

Con specifico riferimento alla normativa che regola il sistema bancario la legge impone, a tutela del sistema e dei soggetti che vi operano, comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, la cui inosservanza può costituire *culpa in omittendo*, in quanto si può ravvisare la violazione dei doveri gravanti sul soggetto banca.

Ne discende pertanto che sulle banche gravano obblighi di comportamento più specifici rispetto a quello comune del *neminem laedere* che possono essere ricondotti nella responsabilità contrattuale attraverso il ricorso al concetto di responsabilità da contatto sociale³⁸ che possono essere così individuati:

Elemento oggettivo fattuale: l'inadempimento contrattuale della banca determina l'individuazione e qualificazione dei doveri di condotta a carico della banca la cui violazione rappresenterebbe l'elemento oggettivo della condotta. Infatti, la concessione del credito da parte degli istituti bancari non rappresenta un mero affare interno alle due parti della relazione contrattuale, ma – in particolare per la notoria professionalità ed affidabilità del soggetto finanziatore – è esso stesso fenomeno che intercetta una pluralità di interessi con ricadute in termini di “particolare affidamento” che tale contegno può ingenerare rispetto ai terzi, con speciale rilievo per i creditori dell'impresa cui il credito sia abusivamente elargito o mantenuto³⁹.

³⁸ Cass., ord., 14 settembre 2021, n. 24725: “*nel caso di concessione di credito, è invero convincente l'inquadramento della stessa, se si vuole operare secondo categorie classificatorie, nell'ambito della responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., da cui derivano, a carico delle parti, reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c.*” (cfr., per tale ricostruzione, altresì, Cass. 12 luglio 2016, n. 14188 in *Ridare.it* 2016, 26 settembre; seguita da Cass. 25 luglio 2018, n. 19775 in *Foro Amministrativo (Il)* 2019, 4, 628; e v., in sede di regolamento di giurisdizione, Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8236 in *Resp. Civ. Prev.* 2020, 4, 1181).

³⁹ F. DI MARZIO, *Illiceità penale della condotta e invalidità del contratto* in *Contratti*, 2013; Id., *L'abuso nella concessione del credito*, *op. cit.*, 318; si v. anche

Il riferimento alla “sana e prudente gestione dei soggetti vigilati” (così l'art. 5 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, c.d. TUB), come pure la necessità che la Banca d'Italia intervenga al fine di assicurare, fra l'altro: a) l'adeguatezza patrimoniale; b) il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni (art. 53 TUB); c) l'estensione degli obblighi di verifica del “merito creditizio” persino al settore del credito al consumo (si v. art. 124-bis TUB), non rappresentano mere disposizioni interne all'ordinamento bancario operanti nella sola relazione fra autorità di vigilanza e soggetti bancari vigilati, ma sono espressione di regole di condotta più generali la cui violazione può determinare effetti diretti in capo ai terzi.

Tale conclusione, peraltro, è espressamente affermata – anche sulla scorta di molteplici ulteriori disposizioni, anche sovranazionali – in particolare in ordine alla ricostruzione della responsabilità della banca per violazione dei doveri di diligenza professionali, *ex artt.* 1176, comma 2, e 2082 c.c.

Elemento soggettivo: è invece ravvisabile nell'addebito a titolo di colpa alla banca intesa quale violazione di una regola generale di prudenza e perizia tecnica nella valutazione del “rischio ragionevole” della concessione sulla base della probabilità di superamento della crisi⁴⁰.

Rispetto alla richiesta di una proroga o reiterazione di un finanziamento, la scelta del “buon banchiere” si presenta

L. BALESTRA, *Responsabilità per abusiva concessione del credito e legittimazione del curatore*, in *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, Milano, 2016, pp. 191-218.

⁴⁰ Trib. Palermo, 10 agosto 2021, in *Giurisprudenza delle Imprese, online*, che stabilisce che la banca che abbia concesso finanziamento in mancanza di requisiti di continuità aziendale presso la società finanziata, omettendo di effettuare un'attività istruttoria preliminare alla concessione del finanziamento (consistente nell'acquisizione di tutta la documentazione necessaria ad effettuare un'adeguata valutazione del merito creditizio, sia sotto il profilo patrimoniale che reddituale) viene meno al generale obbligo di diligenza imposto dall'art. 5 TUB che prevede che “*la Banca deve seguire i principi di sana e prudente gestione valutando il merito di credito in base ad informazioni adeguate*”, nonché viola le regole di comportamento dettate dalla Banca d'Italia nelle Istruzione di vigilanza per gli enti creditizi (cfr: Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 e successivi aggiornamenti). Tale violazione rende illegittima la concessione di credito e costituisce un comportamento gravemente colposo per la banca.

particolarmente complessa in quanto si viene a trovare nella condizione di scegliere tra:

a) il rischio di mancato recupero dell'importo in precedenza finanziato e la compromissione definitiva della situazione economica del debitore;

b) la responsabilità da incauta concessione del credito.

Secondo quanto osservato dalla Suprema Corte di legittimità, ogni accertamento, ad opera del Giudice di merito, dovrà in questo caso essere particolarmente rigoroso in quanto è necessario tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto, al fine di valutare se il soggetto finanziatore abbia agito, a prescindere dal caso del dolo, con imprudenza, negligenza, violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ai sensi dell'art. 43 c.p. od abbia viceversa attuato ogni dovuta cautela al fine di prevenire l'evento pur avendo concesso il credito. Questa situazione che si verifica quando la banca abbia operato -pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi d'impresa- nell'intento del risanamento aziendale, erogando credito ad impresa suscettibile, secondo una valutazione *ex ante*, di superamento della crisi o almeno di razionale permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito allo scopo del risanamento aziendale, secondo un progetto oggettivo, ragionevole e fattibile.

Per i Giudici di legittimità è in detto contesto che, nella formulazione delle proprie valutazioni, la banca proceda secondo lo standard di conoscenze e di capacità, alla stregua della diligenza esigibile da parte dell'operatore professionale qualificato, e ciò sin dall'obbligo *ex ante* di dotarsi di metodi, procedure e competenze necessarie alla verifica del merito creditizio⁴¹.

⁴¹ R. SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, Torino, 2020, p. 42, il quale segnala la perdurante assenza, tanto nell'ordinamento europeo quanto nel nostro diritto domestico, di una disciplina generale del merito creditizio, benché la normativa prudenziale italiana astringa le banche, da oltre un trentennio, ad un approfondita istruttoria preliminare in sede di concessione di un fido e ad una rielaborazione delle informazioni originariamente acquisite in caso di rinnovo del rapporto di finanziamento. In tal senso B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito*, *op. cit.*, p. 273 s., che cita la deliberazione CICR 26 marzo 1987 (in BANCA D'ITALIA, Bollettino di vigilanza sulle aziende di credito, n. 89,

La Banca d'Italia ha emanato recentemente, nel luglio 2021, degli orientamenti di vigilanza che recepiscono le linee guida EBA in materia di concessione e monitoraggio dei crediti (EBA/GL/2020/06). Nell'ottica di armonizzare i comportamenti delle banche a livello europeo, tali linee guida forniscono indicazioni in merito ai requisiti procedurali per la valutazione del merito creditizio dei clienti e per la gestione delle informazioni e dei dati necessari a questo fine. Elemento di novità è la previsione di una quantità minima non vincolante di informazioni e dati che gli intermediari dovrebbero prendere in considerazione durante la fase di raccolta delle informazioni propedeutica alla valutazione del merito creditizio.

Alla luce di tali disposizioni, risulta più agevole per il Giudice di merito individuare lo spazio ammissibile per il finanziamento lecito, e valutare se sussistevano ragionevoli prospettive di risanamento, allorché, il finanziamento sia stato concesso in presenza di una situazione di difficoltà economico finanziaria dell'impresa.

Secondo quanto affermato dalla Cassazione, ciò che rileva non è dunque più il fatto in sé che l'impresa finanziata sia in stato di crisi o d'insolvenza, pur noto al finanziatore, onde questi abbia cagionato un ritardo nella dichiarazione di fallimento: è invece fondamentale l'insussistenza di fondate prospettive, in base a ragionevolezza e ad una valutazione *ex ante*, di superamento della crisi.

In altri termini, il confine tra finanziamento meritevole e finanziamento abusivo si fonderà sulla ragionevolezza e fattibilità del piano aziendale proposto dall'impresa in crisi.

Proprio il caso di sostegno finanziario per le ipotesi di imprese in crisi il giudizio della fattispecie diventa di particolare interesse. Come noto, infatti, la legislazione di settore auspica ormai, in molteplici disposizioni della legge fallimentare -ed anche nella stessa Direttiva c.d. *Insolvency*- il sostegno finanziario alle imprese in crisi.

L'art. 3, comma 2, D.L. n. 118/2021, convertito, con modifiche, dalla L. n. 147/2021, ha inoltre, introdotto un altro importante elemento di novità che agevola la valutazione del "rischio ragionevole" della concessione. Esso consiste in un test pratico che consente a ciascuna impresa di verificare la sua attuale situazione e la ragionevole

p. 14) e l'edizione di ottobre 1989 delle Istruzioni di vigilanza per gli enti creditizi della Banca d'Italia, XXXIX, par. 4.

perseguibilità del risanamento⁴². Collegandosi alla piattaforma telematica disponibile sul sito della camera di commercio sarà possibile comprendere in maniera oggettiva, semplice e rapida se sussistono i presupposti per la sostenibilità del debito e la reversibilità dello squilibrio⁴³.

Ruolo propulsivo nell’emanazione del D.L. n. 118/2021 hanno assunto:

la Direttiva Insolvency 1023/2019, che sollecita gli Stati membri ad avvalersi di tecnologie informatiche in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza, segnalando al debitore la necessità di agire senza indugio;

il Codice della Crisi e dell’insolvenza d’impresa (d.lgs. 12 gennaio 2019, n.14) che affida al Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili il compito di elaborare gli indici che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell’impresa.

Alla luce di tali novità, che da un lato agevolano il compito del giudice e dall’altro prevedono una maggiore responsabilizzazione del debitore, l’analisi tecnica specialistica dell’istituto di credito sulla situazione patrimoniale e contabile – quale elemento per escludere una eventuale responsabilità – resta di centrale importanza. Infatti, allorquando risulti che la banca si sia limitata alla mera acritica acquisizione dei dati forniti dalla società poi fallita, omettendo di verificarne la congruenza con quelli reali, alla luce di elementi acquisiti autonomamente e con particolare attenzione ai dati prospettici di cui va controllata la coerenza anche con quelli storici, valutando la solidità e la concretezza delle ipotesi poste a fondamento delle previsioni ne è stata ravvisata la relativa responsabilità.

⁴² M. SPIOTTA, *Responsabilità della banca “approfittatrice” (con una postilla sul recente D.L. n 118/2021)*, in *Giur. It.*, 2021, 12, 2669.

⁴³ D.L. n. 118/2021, Art. 3 co. 2: Sulla piattaforma è disponibile una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati. Il contenuto della piattaforma, la lista di controllo particolareggiata, le indicazioni per la redazione del piano di risanamento e le modalità di esecuzione del test pratico sono definiti con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia da adottarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

Il danno risarcibile: l'aggravamento del dissesto e la diminuzione della consistenza del patrimonio. Le condotte di "abusivo ricorso e di abusiva concessione del credito" possono cagionare alla società amministrata o finanziata, sul piano economico, un danno da diminuita consistenza del patrimonio sociale e, sul piano contabile, l'aggravamento delle perdite favorite dalla continuazione dell'attività d'impresa.

Sul punto sovviene la giurisprudenza di merito, richiamando i suoi precedenti⁴⁴, che, in ipotesi di azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore della società fallita e della banca finanziatrice, con lui solidalmente responsabile per concessione abusiva di credito, la liquidazione del danno derivante dalla ritardata dichiarazione di fallimento e dalla prosecuzione dell'attività può avvenire secondo il criterio della differenza dei netti patrimoniali in una prospettiva liquidatoria. In tal caso, dunque, viene considerato il valore potenzialmente realizzabile all'esito della fase di liquidazione; si applica, infatti, un criterio presuntivo che consiste nella comparazione dei patrimoni netti registrati alla data in cui l'amministratore avrebbe dovuto avviare la liquidazione della società o chiederne il fallimento e alla data della effettiva dichiarazione fallimento della società, tenuto conto dei costi necessari per il compimento della liquidazione⁴⁵.

L'onere della prova: per quanto concerne il profilo probatorio ai fini della configurabilità dell'accertamento della responsabilità del soggetto

⁴⁴ Corte Appello Milano, 21 giugno 2018, n. 3081, con nota di E. DEPETRIS, *Concessione abusiva di credito e aggravamento del dissesto: la quantificazione del danno al patrimonio sociale* in *Il dir. Fall. e delle soc. comm.*, 2018, p.468, che in applicazione dei principi enunciati da Cass. 20 aprile 2017 n. 9983 in www.ildirittobancario.it, condanna le banche che hanno erogato abusivamente credito all'imprenditore in stato di dissesto a risarcire, in solido con gli amministratori responsabili di atti di *mala gestio*, il danno cagionato al patrimonio della società per l'aggravamento del passivo conseguente al protrarsi della sua attività. La pronuncia merita di essere segnalata in quanto conferma il consolidarsi a livello giurisprudenziale di quell'interpretazione, da tempo propugnata in dottrina, che individua nell'ingiustificata erogazione di credito all'imprenditore privo dei necessari requisiti di meritevolezza la fonte di un danno diretto al patrimonio della società, rispetto al quale viene riconosciuta la legittimazione del curatore a domandare il risarcimento, da liquidarsi attraverso il criterio della differenza dei netti patrimoniali.

⁴⁵ Trib. Palermo, 27 maggio 2020, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, con nota di M. SPADARO, *Azione di responsabilità e concessione abusiva di credito*, 2020, n. 8/9, p. 1151.

finanziatore, i Giudici di legittimità hanno chiarito che il curatore ha l'onere di dedurre e provare:

a) la condotta violativa delle regole che disciplinano l'attività bancaria, caratterizzata da dolo o quantomeno da colpa, intesa come imprudenza, negligenza, violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ai sensi dell'art. 43 c.p.;

b) il danno-evento, dato dalla prosecuzione dell'attività d'impresa in perdita;

c) il danno-conseguenza, rappresentato dall'aumento del dissesto;

d) ed infine il rapporto di causalità tra i danni e la condotta tenuta dal finanziatore⁴⁶.

L'affermazione della responsabilità della banca richiede infatti non solo la rigorosa indagine circa la situazione di negligenza professionale dell'istituto di credito, ma anche l'attenta verifica del nesso di causalità ai sensi dell'art. 1223 c.c. alla stregua della "teoria della causalità adeguata" come enunciata dalla giurisprudenza di legittimità.

Da ultimo si ricorda che la responsabilità in capo alla banca, qualora abusiva finanziatrice, può sussistere in concorso con quella degli organi

⁴⁶ Cfr. A. FAROLFI, *Sulla concessione abusiva di credito e la legittimazione del curatore*, nota a sentenza Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in *giustiziacivile.com*; secondo cui vi sono le premesse per un necessario intervento chiarificatore delle Sezioni Unite sul punto in quanto, se la dottrina prevalente e le stesse precedenti decisioni della S.C. sembravano opinare nel senso di una nozione extracontrattuale della responsabilità qui affrontata, fondata cioè sul *neminem laedere*, secondo il paradigma dell'azione *ex art. 2395 c.c.*, oppure – secondo l'alternativa teoria della corresponsabilità con gli organi sociali, nel quadro del concorso del fatto illecito del terzo nell'inadempimento contrattuale dell'amministratore, la proposta natura contrattuale (ma nei termini esposti dalle S.U. del 2007 che ne ricostruivano la figura quale *species* del *genus* da contratto o da "contatto sociale") o contrattuale *tout court* porta con sé le inevitabili conseguenze in termini di onere della prova, spettando a quel punto all'istituto di credito convenuto dimostrare di aver correttamente adempiuto ai doveri di prudenza e "adeguata verifica" del merito creditizio sullo stesso incumbente. Tale diverso atteggiarsi dell'*onus probandi* che ne potrebbe derivare, pur mitigato dal necessario assolvimento di oneri di allegazione specifica da parte del curatore e dalla necessità per il medesimo di offrire una prova specifica del danno che ne sia derivato, appare conseguenza forse eccessiva rispetto ad un quadro normativo che, non solo considera lecito di per sé il finanziamento alle imprese in crisi (che non abbiamo già irrimediabilmente perduto le proprie *chances* di ristrutturazione), ma giunge anche con recenti interventi emergenziali ad incentivarlo, offrendo al riguardo un'ampia serie di garanzie pubbliche tramite il Fondo per le P.M.I. e l'intervento di SACE.

sociali di cui all'art. 146 l.f., in via di solidarietà passiva anche ai sensi dell'art. 2055 c.c., quali fatti causatori del medesimo danno, senza che, peraltro, sia necessario l'esercizio congiunto delle azioni verso gli organi sociali e verso il finanziatore, trattandosi di mero litisconsorzio facoltativo.

6. Conclusioni

L'evoluzione fin qui illustrata impone di rimeditare il percorso che la responsabilità sta compiendo, nella tutela dei diritti, nell'ambito dei settori dell'economia incidendo, in modo determinante, nella tutela dei valori sottesi. Invero, allargando la prospettiva di analisi in settori nei quali la responsabilità ha già compiuto percorsi più profondi, la responsabilità medica rappresenta un campo nel quale la normativa ha, di recente, profondamente inciso aumentando la sfera della tutela del paziente e tratteggiando i corretti comportamenti che gli operatori sanitari devono tenere nell'adempimento dell'obbligazione e nell'erogazione della prestazione del servizio.

Le linee guida rappresentano il modello comportamentale al quale gli operatori sanitari devono adeguarsi per poter dimostrare il corretto rispetto delle finalità preventive, diagnostiche e terapeutiche fatte salve le specificità del caso concreto che possono, comunque, rappresentare fonte di responsabilità⁴⁷.

Esaminando l'evoluzione giurisprudenziale sul tema che ci occupa si può spingere la riflessione verso un sistema che potrà essere dettato, sempre più, da linee guida e raccomandazioni sulle quale dovrà adeguarsi il comportamento dell'operatore per poter, come avviene in

⁴⁷ La definizione più nota di Linee Guida è quella formulata dall'Institute of Medicine nel 1992 che le definisce come "raccomandazioni sviluppate in modo sistematico per assistere medici e pazienti nelle decisioni sulla gestione appropriata di specifiche condizioni cliniche", in tal senso Institute of Medicine, *Guidelines for clinical practice: From Development to Use.*, Washington DC; National Academic Press, 1992; v., altresì, R. GRILLI, A. PENNA, A. LIBERATI, *Le linee guida: caratteristiche e requisiti generali in Migliorare la pratica clinica. Come produrre ed implementare linee guida*, in *Il Pensiero Scientifico*, 1995, Roma, pp. 21-32; A. CARTABELLOTTA, C. POTENA, *Sole 24 Ore Sanità e management*, 2001, 35-41; M. MCQUEEN, *Challenges for Evidence Based Laboratory Medicine Clin Chem* 2001, 1536-1546; JM GRIMSHAW, IT RUSSELL, *Effect of clinical guidelines on medical practice: a systematic review of rigorous evaluations.*

ambito sanitario, ai sensi dell'art. 5, comma 1, della legge Gelli-Bianco attenersi alle raccomandazioni previste nelle linee guida, fatte però salve le specificità del caso concreto. Nel giudizio di risarcimento del danno promosso a titolo contrattuale il paziente dovrebbe limitarsi ad allegare l'inadempimento e l'operatore dovrà dimostrare l'assenza di colpa, avendo egli tenuto una condotta corrispondente alle linee guida (o alle buone pratiche) stabilite in relazione al caso concreto oppure discostarsene completamente a causa della specificità del caso. Invece, nel giudizio di risarcimento del danno promosso a titolo di responsabilità extracontrattuale, il paziente dovrebbe allegare e provare gli elementi della fattispecie e, quindi, anche la condotta che il professionista stesso avrebbe dovuto correttamente tenere in base alle linee guida tipizzate o alle buone pratiche clinico-assistenziali.

Limitandosi a questi riferimenti essenziali e senza poter ulteriormente approfondire la sconfinata letteratura in tema di responsabilità medica, si può osservare che il terreno della responsabilità nel campo sanitario può ben rappresentare un campo nel quale la giurisprudenza ha già esaminato l'applicazione delle linee guida ed è in una fase avanzata di applicazione⁴⁸.

Spingendo la riflessione più a fondo si deve verificare se gli approdi normativi e giurisprudenziali in tale campo possano essere terreno fertile per un approfondimento rispetto al campo della responsabilità della banca per abusiva concessione del credito.

Se sarà possibile applicare agli incerti confini della responsabilità della banca il meccanismo delle linee guida, previsto per il settore medico, si dovrà anche tener conto degli svantaggi che possono presentare le linee guida per il paziente, perché possono fungere da scudo (come nella cd. medicina difensiva) per il medico che, con l'idea dell'impunità, è indotto ad attenersi sempre e comunque, in quanto l'applicazione dei meccanismi della responsabilità, inducono sovente l'operatore sanitario a difendersi non attivandosi nel rispetto delle stesse linee guida. La medicina difensiva rappresenta, quindi, sotto certi profili, il limite nell'applicazione delle linee guida rispetto all'attività medica a tutela del paziente in quanto il loro corretto rispetto rappresentano una tutela per l'operatore sanitario.

⁴⁸ Cass., 16 maggio 2013, n. 11950 in CED, 2013; Cass., 9 maggio 2017, n. 11208 in CED 2017; Cass., 20 marzo 2018, n. 15749 in www.rivistaresponsabilitamedica.it

Passando ora il discorso al campo di analisi fin qui approfondito nell'ipotesi di erogazione del credito il passaggio dalla corretta all'abusiva erogazione non è ancora ben delimitato e lo sconfinamento nell'erogazione abusiva deve trovare dei confini specialmente quando, a differenza della responsabilità sanitaria, la responsabilità in esame non determina, la maggiore parte delle volte, un danno immediato, ma che si concretizza a distanza di tempo rispetto all'erogazione del credito. In tal caso, infatti, la determinazione della responsabilità è resa ancor più difficile essendosi modificate le circostanze di tempo e di luogo ed essendo intervenuti diversi soggetti nell'ambito dell'attività dell'impresa che, con il loro comportamento, possono aver inciso nel danno poi verificatosi a distanza di tempo.

I comportamenti dei presunti danneggianti sono, tuttavia, inversi: mentre nell'attività sanitaria consistono nel non agire dell'operatore sanitario (comportamento omissivo), nell'attività bancaria, invece, consistono nell'erogazione del credito (comportamento attivo). In tale ottica, la banca potrebbe porre in essere un atto difensivo rispetto al recupero del credito già erogato a favore del paziente-impresa finanziata in quanto l'ingente esposizione debitoria, in molti casi, induce la banca a continuare ad erogare il credito per poter, poi, in questo modo tentare di rientrare dei capitali investiti.

Ciò induce a riflettere che in questo momento storico di erogazione del credito post-pandemia le "corsie della responsabilità civile" potrebbero riempirsi di pazienti-impresе alle quali le banche erogano credito non per difendere, nel senso più stretto del termine le impresе, ma il credito già erogato dalle stesse banche⁴⁹.

Si deve allora correttamente intendere quali siano i valori tutelati dal sistema per poter correttamente porre le basi della responsabilità:

⁴⁹ Resta inteso che nel campo la normativa in merito è quasi alluvionale a tutela delle banche che erogano il credito, si pensi ai Decreti Cura Italia e Liquidità, che hanno derogato alle condizioni di accesso alla garanzia pubblica. Difatti, a differenza del sistema previgente che prevedeva controlli molto rigidi per accedere alla garanzia pubblica offerta dal Fondo "PMI", i Decreti Curaitalia e Liquidità hanno stabilito un accesso "semplificato", eliminando la necessità del modello di valutazione per il rischio di inadempimento. A ciò si aggiunga che, per i finanziamenti non superiori a € 25.000 di cui all'art. 13, lett. m, l'accesso alla garanzia sarà oltretutto concesso senza attendere l'esito definitivo dell'istruttoria da parte del fondo.

da un lato pare indubbio che il sistema della responsabilità sanitaria tutela il valore salute dei pazienti con delle regole che permettano di creare un meccanismo di adempimento dell'obbligazione e di erogazione del servizio corretto ed adeguato in linea con le migliori conoscenze della scienza medica;

dall'altro, invece, il sistema della responsabilità, nella corretta erogazione del credito, deve tutelare sia la banca che eroga e che non deve poi essere "aggredita" dal curatore che ritiene non adeguata l'erogazione del credito, sia il soggetto finanziato che ha ricevuto il credito e che, invece, non avrebbe dovuto ottenere.

I valori che si devono tutelare nell'erogazione del credito sono da un lato il mercato e dall'altro l'impresa finanziata.

Si deve, da un lato, correttamente intendere quale sia il "paziente" che, poi, può agire, sotto le mentite spoglie del curatore fallimentare, per recuperare il danno provocato dalla banca con l'erogazione del credito e, dall'altro, i valori da tutelare che possono essere il mercato ovvero il soggetto finanziato e cioè l'impresa. Sembra, allora, giusto ritenere che il vero paziente da salvaguardare sia il mercato ed il valore dell'iniziativa economica privata correttamente ed adeguatamente finanziata dalle banche per la migliore tutela del mercato.

Se, quindi, si ritiene che il paziente-mercato debba essere tutelato con una corretta erogazione del credito a favore delle imprese che meritano di restare sul mercato allora le linee guida da seguire per la tutela del mercato devono essere rapportate al diverso spirito che impronta l'operatore sanitario rispetto all'istituto di credito. Infatti, mentre nel campo della responsabilità medica, come si è detto, la tutela dell'operatore sanitario attraverso la medicina difensiva passa per il rispetto delle linee guida al fine di evitare interventi medici "a rischio", invece, la tutela dell'istituto di credito a volte passa per l'erogazione del credito al fine di tutelare il recupero del credito già erogato e che, in caso di mancata nuova finanza, comporta l'immediata perdita delle somme non più recuperabili.

Quindi lo spirito delle linee guida, che devono tutelare il mercato, a differenza della salute dei pazienti deve essere ispirato ad una minore erogazione di credito quando questa tiene in vita pazienti-imprese non "adeguati" al mercato e la cui sopravvivenza tutela *in primis* l'istituto di credito e, poi, solo eventualmente il mercato permettendo a soggetti

con encefalogramma già piatto di restare sul mercato creando nuovi debitori che difficilmente recupereranno il proprio credito.

La banca, secondo la regola del *bonus argentarius*, non deve erogare il credito perché la tutela del mercato è determinata anche dalla sua stabilità e quindi, l'erogazione di credito non meritevole determina i cd. danni lungolatenti che hanno trovato nella giurisprudenza della responsabilità medica già affermazione e risarcimento⁵⁰. Per le imprese che non possono sopravvivere in modo corretto sul mercato con erogazioni di crediti, la banca crea dei danni latenti che esplodono a distanza di anni determinando instabilità nel mercato economico.

In realtà il sistema bancario ha già in essere dei metodi di ponderazione dei rischi se si fa riferimento agli accordi di Basilea⁵¹, nonché al Regolamento UE n. 575/2013 all'art. 142 e ss., relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento, laddove descrive il metodo basato sui *rating* interni, ai fini della valutazione delle esposizioni di credito: si intende per "sistema di *rating*", l'insieme di metodi, processi, controlli, meccanismi di raccolta dati e sistemi informativi che fungono da supporto alla valutazione del

⁵⁰ Il concetto di danno lungolatente, specie nell'ambito della responsabilità sanitaria, si fonda sul rilievo secondo cui in alcune circostanze il nesso tra contegno lesivo e conseguenze pregiudizievoli non è sincronico ma diacronico, ossia il danno-evento ovvero il danno-conseguenza si "esternalizza" non già immediatamente ma dopo uno stacco temporale, di durata variabile – e, a volte, anche a distanza di anni –, dall'integrazione del fatto illecito. Con l'ulteriore corollario che solo al momento in cui il nocumento si esplicita può essere rintracciato il collegamento eziologico con una specifica condotta lesiva e può essere formulato un giudizio di imputabilità (*rectius* addebitabilità) di quest'ultima ad un responsabile precisamente individuato. Finché l'agente patogeno innescato dal fatto illecito del terzo – e, in specie, del medico – non si manifesti, non si realizza alcuna perdita del "valore uomo" – e, in specie, del valore sotteso alla persona del paziente – e, dunque, fino a quando la lesione della salute non sia concretamente percepibile, non ricorre alcun danno. Ne discende che il c.d. danno lungolatente, anziché emergere nell'attimo in cui viene causato, rimane occulto ed inerte per un lasso di tempo più o meno considerevole, determinando così una sfasatura temporale tra la sua inflizione e la sua percezione da parte del soggetto leso. Questa ricostruzione del nocumento ha una diretta incidenza sull'individuazione del *dies a quo* della prescrizione C. TRAPUZZANO, *I danni lungolatenti nella responsabilità medica*, in <https://ridare.it/articoli/focus/i-danni-lungolatenti-nella-responsabilit-medica>.

⁵¹ In <https://www.bis.org/publ/bcbs128ita.pdf>.

rischio di credito, all'attribuzione delle esposizioni a classi o *pool* di *rating* e alla stima quantitativa dei *default* e delle perdite per un dato tipo di esposizione. La normativa prevede che se le condizioni indicate sono rispettate, l'autorità competente autorizza gli enti a calcolare gli importi delle esposizioni ponderati per il rischio utilizzando il metodo basato sui *rating* interni ("metodo IRB"). L'ambito di applicazione di un sistema di *rating* comprende tutte le esposizioni che rientrano nel tipo di esposizione per la quale tale sistema è stato sviluppato. L'ABE elabora progetti di norme tecniche di regolamentazione per specificare le condizioni per valutare la rilevanza dell'uso di un sistema di *rating* esistente per altre esposizioni aggiuntive che non sono già coperte da tale sistema di *rating* e delle modifiche ai sistemi di *rating* o ai metodi di calcolo delle esposizioni in strumenti di capitale basati su modelli interni nel quadro del metodo IRB⁵².

La valutazione del merito creditizio del consumatore viene sempre più spesso condotta, dagli operatori finanziari, avvalendosi di dati e modalità di analisi c.d. "alternativi", che sfruttano strumenti quali *Big Data*, algoritmi e *predictive modelling*, per analizzare un numero potenzialmente illimitato di dati su ciascun singolo richiedente, ivi inclusi quelli appartenenti all'attività online e alla sfera social. Una

⁵² Con la valutazione del merito creditizio le banche hanno semplificato un processo decisionale riguardante le richieste di affidamento o finanziamento grazie all'introduzione di vere e proprie classi di scoring in cui le aziende vengono inserite a seconda della loro situazione. Questo serve sia per decidere se accettare o meno le loro richieste sia per differenziare le eventuali condizioni di trattamento: importo concesso, tasso di interesse, garanzie, etc. A fronte di un gran numero di informazioni che concorrono a fotografare la situazione finanziaria di una realtà imprenditoriale, grazie alla valutazione del merito creditizio, infatti, si arriva ad un solo unico valore che le riassume comprendendo sia quelle qualitative, sia quelle relative al comportamento di un'azienda nei confronti della banca stessa, sia quelle quantitative: analisi qualitativa: comprende le caratteristiche più generali dell'impresa richiedente come settore, localizzazione, punti di forza e di debolezza, forma giuridica, ad esempio, e anche il sistema di amministrazione e controllo adottato; analisi comportamentale: ricava le informazioni della Centrale dei Rischi (ACR), richiedibile periodicamente alla Banca d'Italia e utile per individuare le principali informazioni utili a stimare le probabilità di insolvenza di una impresa come la rotazione dei movimenti di conto corrente, la regolarità nei pagamenti e le eventuali sofferenze; analisi quantitativa: legata al bilancio, perché ne verifica l'attendibilità dei dati contenuti, ma anche alla riclassificazione dello stato patrimoniale e del conto economico e ai flussi finanziari.

simile situazione rischia, secondo taluni, di sfociare addirittura in pratiche discriminatorie e illegali note come “*redlining*”, ossia una distinzione degli individui semplicemente tramite il loro *zip code*⁵³. In questo contesto, è indispensabile che l’ordinamento introduca maggiori garanzie a tutela degli utenti e, nello stesso tempo, limiti per i finanziatori la tipologia di dati e le modalità di analisi impiegabili in un ambito così delicato.

Il sistema normativo nel suo complesso riflette la rilevanza primaria dell’obbligo di valutare con prudenza, da parte dell’istituto bancario, la concessione del credito ai soggetti finanziati, in particolare se in difficoltà economica. Dal complesso *framework* regolamentare, in materia di misurazione, monitoraggio e controllo del rischio di credito⁵⁴, infatti, discendono obblighi di comportamento per le banche più specifici rispetto a quello comune del *neminem laedere* che, come detto sono da individuare nel *bonus argentarius*.

Orbene se, quindi, il sistema creditizio ha già in essere delle regole con le quali verificare la corretta erogazione del credito da parte delle banche sarebbe agevole concludere il discorso affermando che questi sistemi di controlli sono sufficienti a verificare in modo tecnico la corretta erogazione del credito.

⁵³ In particolare, l’utilizzo di meccanismi di *machine learning* fa emergere rischi di opacità della decisione così che non è agevole verificare se il sistema ha reso possibili esiti scorretti o discriminazioni anche grazie all’utilizzo di dati personali. Più in generale, il *credit scoring* algoritmico può produrre inefficienze e decisioni non corrette nel caso in cui i prestatori utilizzino bias cognitivi e comportamentali dei consumatori sfruttando situazioni di vulnerabilità con la conseguente offerta di condizioni contrattuali più sfavorevoli che il richiedente è indotto ad accettare. A causa della nota caratterizzazione di ‘*black box*’ degli algoritmi di *machine learning* è difficile dare ‘spiegazioni’ sia ai consumatori che ai supervisori riguardo la logica sottesa alle decisioni basate sul *credit scoring*. Sull’uso di fonti di dati alternativi e sulla possibile inclusione di bias nel sistema di decisione. Si veda, in tal senso, C. O’NEIL, *Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Penguin, 2016.

⁵⁴ Sul punto si segnala la Circ. 285/2013 della Banca d’Italia che definisce, tra l’altro, i presidi che le banche sono tenute ad adottare per assicurare una corretta misurazione del rischio, istruttoria, e revisione delle linee di credito (cfr. Parte I- Recepimento in Italia della CRD IV, Titolo IV – Governo societario, controlli interni, gestione dei rischi, Capitolo 3 – Il sistema dei controlli interni, Allegato A – Disposizioni speciali relative a particolari categorie di rischio).

Spingendo ulteriormente la riflessione su un altro terreno e cioè nell'ambito del commercio elettronico e della relativa responsabilità degli intermediari il percorso compiuto dal legislatore è passato dalla cd. irresponsabilità degli *hosting provider* ad un sistema di responsabilità anche con la creazione della figura giurisprudenziale degli *hosting provider* attivi al meccanismo della responsabilità con *enforcement* con criteri sempre più algoritmici ovvero automatizzati. Orbene in un mercato digitalizzato e con la necessità di tutele immediate ed effettive e con l'adozione di misure che permettano la migliore tutela degli operatori l'*enforcement* algoritmico rappresenta senza dubbio un sistema attraverso il quale si delega alla tecnologia il rispetto delle regole.

Volendo allora tirare le fila del discorso la responsabilità per erogazione abusiva del credito appare sempre più un antico simulacro in una società tecnologicamente molto avanzata quasi un meccanismo di rispetto delle regole del gioco con la moviola e senza VAR (per utilizzare il linguaggio calcistico). In un sistema tecnologicamente avanzato il VAR è certamente rappresentato dall'*enforcement* algoritmico, e dalle linee guida mediche che nel meccanismo di erogazione del credito è ben rappresentato dal *framework* normativo nazionale, europeo ed internazionale.

Il dubbio che assale, allora il giurista è che nel mercato⁵⁵ non tutto può essere affidato a regole matematiche ed addirittura algoritmiche in quanto l'iniziativa economica privata si esplicita con l'intraprendenza dell'essere umano e la mente umana non potrà mai essere rimpiazzata dall'intelligenza artificiale. La forza della mente umana sono i ragionamenti abduttivi, di cui Aristotele fu il precursore, in quanto solo l'elasticità della scelta umana può determinare lo sviluppo dell'impresa e del mercato. Lo sviluppo del mercato al di fuori delle regole presuppone una visione liberale e liberista che trova il proprio apice proprio nell'erogazione del credito. Quindi le regole devono essere interpretate senza sconfinare nell'arbitrio, ma senza l'intervento del VAR perché a fronte di qualche perdita, è sempre più diffusa l'idea che l'utilizzo del *credit scoring* algoritmico abbia almeno contribuito a migliorare il livello di personalizzazione dei servizi così come a ridurre

⁵⁵ J. M. KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London, 1936.

le asimmetrie informative e incrementare la concorrenza grazie alla facilità e rapidità di cui possono usufruire i creditori nell'accesso alle diverse piattaforme. Non si può immaginare di andare verso una giustizia predittiva e verso il c.d. giudice inanimato, in quanto un ordinamento moderno non ha bisogno di giudici inanimati, ma di giudici con l'anima come diceva Calamandrei «che sappiano portare con vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità che è il rendere giustizia». Ed allora allo stesso modo non si può immaginare che nell'erogazione del credito, che rappresenta forse il più importante momento di sintesi nel quale devono coniugarsi, regole, elasticità e tutela del mercato, tale decisione possa essere assunta e poi giudicata (dai giudici *ex post*) secondo una decisione robotica fondata: a) secondo il fatto, tenuto conto dell'analisi del dato e della sua interpretazione propria del processo decisorio della macchina, b) secondo i precedenti, avendo la macchina la capacità di esaminare tutta la storia dei dati passati, c) per legge, decidendo la macchina sulla base di regole⁵⁶.

L'erogazione del credito deve essere assunta dal banchiere nella visione dello sviluppo del mercato, nel rispetto delle regole, *con il vigile impegno umano, ed il grande peso di questa immane responsabilità.*

⁵⁶ V. CIARDO, *Tutela dei diritti e prevedibilità delle decisioni: la giustizia predittiva*, in www.diritto.it