

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche

XXXV Ciclo

Curriculum di Diritto Romano, Diritto Privato, Diritto del Lavoro, Diritto Tributario e Diritto
Processuale Civile

Il finanziamento bancario all'impresa in crisi

Pillon Martina Elisa

Matricola n. 863277

Tutor: Prof. Alberto Villa

Coordinatore: Prof. Antonello Tancredi

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	V
---------------------------	---

CAPITOLO I

LA VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO

1. I rapporti banca-impresa in crisi: considerazioni introduttive.....	1
2. L'indiscusso protagonismo dei finanziamenti bancari quale fonte di approvvigionamento del capitale da parte dell'impresa.....	5
3. La concessione di finanziamenti all'impresa in crisi: definizione normativa.....	8
3.1. La concessione di finanziamenti all'impresa in crisi: i doveri del "buon banchiere"	10
3.2. La concessione di finanziamenti all'impresa in crisi: gli interessi tutelati dalle norme sull'esercizio del credito.....	19
3.3. L'autonomia privata nell'esercizio del credito: critica alla funzione <i>lato sensu</i> «sociale» del banchiere.....	26
4. La trasparenza nel sistema bancario.....	31

CAPITOLO II

I FINANZIAMENTI ALLE IMPRESE IN CRISI

1. Premessa.....	41
------------------	----

Sezione prima

GLI INCENTIVI AL FINANZIAMENTO ALLE IMPRESE IN CRISI

2. Gli incentivi all'apporto di nuova finanza alle imprese in crisi nella Legge fallimentare.....	44
2.1. Finanziamenti e <i>consecutio</i> tra procedure concorsuali.....	54
3. Gli incentivi all'apporto di nuova finanza alle imprese in crisi nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.....	59

Sezione seconda

I FINANZIAMENTI NEL CODICE DELLA CRISI

4. Le forme di finanziamento all'impresa in crisi.....	69
5. Nozione di finanziamento.....	70
6. La sistematizzazione della normativa sui finanziamenti ad opera del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.....	78
7. La finanza "ponte" (art. 99, comma 5, CCII).....	84
8. La finanza "interinale" (art. 99, comma 1, CCII).....	89
9. La finanza "in esecuzione" (art. 101 CCII).....	92

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA DA OMESSO FINANZIAMENTO ALL'IMPRESA IN CRISI

1. Considerazioni preliminari.....	97
2. Il "dilemma del banchiere".....	103
3. I concetti di crisi e insolvenza.....	105
4. L'abuso nell'interruzione del credito. La fattispecie.....	112
4.1. L'"abuso" del diritto di interrompere la concessione del credito.....	115
4.2. L'elemento soggettivo.....	120
4.3. L'elemento oggettivo: il confine con l'abuso nella concessione del credito.....	122
4.4. Il nesso di causalità tra interruzione abusiva del credito e danno.....	123
4.5. La quantificazione del danno da abuso nell'interruzione del credito....	127
4.6. Profili processuali. Rinvio.....	130

CAPITOLO IV

LA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA DA ILLECITA CONCESSIONE DI FINANZIAMENTO

Sezione prima

IL CONCORSO NELLA *MALA GESTIO* DEGLI AMMINISTRATORI

1. Premessa.....	133
2. Il concorso della banca nell'illecito degli amministratori. La responsabilità degli amministratori.....	135

3. (Segue). La responsabilità della banca.....	139
Sezione seconda	
ABUSO NELLA CONCESSIONE DEL CREDITO	
4. Inquadramento storico.....	143
5. L'abuso del diritto di concedere credito.....	148
6. Gli elementi costitutivi dell'illecito.....	151
6.1. Il presupposto oggettivo.....	151
6.2. Il presupposto soggettivo.....	154
6.3. Il danno da abuso nella concessione del credito. In particolare, il pregiudizio ai creditori del sovvenuto.....	159
6.4. Il danno da abuso nella concessione del credito. In particolare, il pregiudizio al patrimonio dell'impresa finanziata.....	166
6.5. Il nesso di causalità tra finanziamento e danno.....	169
7. La natura giuridica dell'illecito.....	171
7.1. Forme di responsabilità da abuso nella concessione del credito. Critica.....	174
7.2. La natura extracontrattuale della responsabilità.....	181
8. La determinazione del danno da abuso nella concessione del credito.....	185
Sezione terza	
PROFILI PROCESSUALI COMUNI	
9. Profili processuali comuni. Premessa.....	192
10. La <i>legitimatio ad causam</i> . Le azioni di massa.....	192
10.1. La legittimazione del curatore.....	198
11. La competenza del Tribunale della liquidazione giudiziale e della Sezione specializzata in materia di impresa.....	200
<i>Conclusioni</i>	I
<i>Bibliografia</i>	VII

INTRODUZIONE

Le riforme che, a partire dal 2005, hanno interessato la normativa sulla crisi d'impresa hanno messo in luce l'importanza del sostegno bancario alle imprese in stato di difficoltà economico-finanziaria: la nuova finanza apportata dagli istituti di credito è divenuta, infatti, all'interno di un ordinamento oramai improntato alla conservazione del *going concern value* e al risanamento, il principale strumento per consentire al debitore di preservare il valore del patrimonio nelle more della liquidazione, ovvero di condurre con successo il tentativo di soluzione negoziata della crisi.

Tuttavia, la circostanza che il legislatore incentivi, attraverso la previsione di appositi benefici, l'erogazione del credito al debitore in stato di dissesto non significa, per ciò solo, che ogni finanziamento concesso nell'ambito della crisi d'impresa sia lecito e, dunque, meritevole di tutela.

Al contrario, proprio la prospettiva della successiva apertura della procedura liquidatoria (e, con essa, dell'operare della *par condicio creditorum*) può indurre il banchiere – in modo autonomo o in concorso con il debitore – a porre in essere, nel corso di un rapporto di finanziamento, condotte lesive degli interessi di coloro che vantano pretese sul patrimonio del sovvenuto e dirette a preordinarsi vantaggi differenziali rispetto alla generalità dei creditori concorsuali o a celare al mercato lo stato di crisi del proprio cliente. In questo caso sorge, come è evidente, la necessità di individuare strumenti idonei a riparare l'eventuale pregiudizio arrecato dalla condotta illecita del ceto bancario. Ciò che impone, pertanto, di indagare le norme su cui una simile responsabilità possa essere ipotizzata. Si tratta, tuttavia, di un'operazione ermeneutica tutt'altro che scontata: il legislatore italiano, infatti, a differenza di quanto avvenuto in altri Paesi (come, ad esempio, la Francia), non ha mai positivizzato una figura di illecito relativa al credito concesso nei confronti di un'impresa non più *in bonis* e ciò ha comportato, come prevedibile, da un lato, il diffondersi, tra gli interpreti, di diverse teorie in ordine agli elementi costitutivi di tale forma di responsabilità; dall'altro lato, ha reso più caute le banche, intimorite dal rischio di una responsabilità dai confini incerti, nell'accoglimento delle istanze di finanziamento presentate da clienti in stato di dissesto.

Nonostante, dunque, il tema del rapporto tra finanziamento lecito e finanziamento illecito, in ragione della sua rilevanza, sia approfondito da tempo in dottrina e sovente sottoposto all'attenzione della giurisprudenza, si impone la necessità di una nuova disseminazione dell'argomento, la quale tenga conto della riforma del Diritto della crisi d'impresa ad opera del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (c.d. Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza): essa, infatti, benché non prenda esplicitamente posizione sul punto, sembra aver avuto come obiettivo proprio il mantenimento – se non, addirittura, per certi versi, l'ampliamento – dei benefici riconosciuti ai finanziatori bancari e tale circostanza può fornire, forse, all'interprete una chiave di lettura del sistema dei finanziamenti e delle responsabilità ad esso collegate.

Il presente lavoro, dunque, si propone di indagare quali siano le condizioni a cui il debitore che si trovi in stato di crisi e stia cercando di preservare gli *assets* aziendali possa effettivamente accedere al sostegno bancario e quali, invece, le ipotesi in cui, essendo configurabile una responsabilità dell'istituto di credito, un simile intervento finanziario debba essere, opportunamente, escluso.

Al fine, tuttavia, di affrontare il tema oggetto del presente elaborato senza farsi condizionare – come spesso è accaduto – dalla volontà di privilegiare aprioristicamente un determinato centro di interessi (ossia quello del banchiere o, al contrario, dei creditori del sovvenuto), pare opportuno ricostruire i profili della responsabilità da finanziamento illecito sulla base delle logiche che governano l'ordinamento creditizio e la normativa sulla crisi d'impresa.

Pertanto, il presente lavoro si concentrerà, dapprima, sull'analisi delle previsioni che regolano la valutazione del merito creditizio e ciò, principalmente, al fine di individuare quali siano gli interessi protetti dalla normativa bancaria e, quindi, i soggetti per la cui tutela i doveri del *bonus argentarius* sono predisposti.

Successivamente, nel secondo Capitolo, si cercherà di stabilire quale sia l'atteggiamento (di favore o sfavore) del legislatore nei confronti del sistema dei finanziamenti all'impresa in crisi (Sezione I) e, inoltre, quali siano le principali tipologie di finanziamento contemplate dalla normativa sulla crisi d'impresa (Sezione II).

Infine, dopo aver individuato le ipotesi di finanziamento lecito e, dunque, meritevole di tutela, si passerà allo studio della patologia dei rapporti tra banca e impresa in crisi, esaminando le forme di illecito prospettabili sia nel caso in cui l'istituto bancario rifiuti di concedere credito (Capitolo III), sia nel caso in cui, al contrario, accolga positivamente l'istanza del proprio cliente in crisi (Capitolo IV).

All'esito dell'indagine risulterà, dunque, chiaro il discrimine tra finanziamento lecito all'impresa in crisi – non solo lecito, ma financo incoraggiato dal legislatore – e le ipotesi, invece, in cui la condotta della banca debba ritenersi illegittima e, dunque, fonte di un obbligo al risarcimento del danno.

Solo con una netta separazione delle due fattispecie (sovente, invece, con confini incerti nella giurisprudenza e nella dottrina), a parere di chi scrive, può essere raggiunta quella certezza del diritto essenziale non solo per l'autodeterminazione degli operatori economici del mercato, ma, soprattutto, perché la banca possa continuare ad erogare finanziamenti senza timore di subire sanzioni civili, penali o amministrative, per aver concesso o interrotto l'erogazione di credito; presupposto, quest'ultimo, fondamentale perché l'imprenditore in crisi possa condurre a termine con successo il tentativo di risanamento dell'impresa, con beneficio per l'intero sistema di mercato.

CAPITOLO I

LA VALUTAZIONE DEL MERITO CREDITIZIO

SOMMARIO: 1. *I rapporti banca-impresa in crisi: considerazioni introduttive.* – 2. *L'indiscusso protagonismo dei finanziamenti bancari quale fonte di approvvigionamento del capitale da parte dell'impresa.* – 3. *La concessione di finanziamenti all'impresa in crisi: definizione normativa.* – 3.1. *La concessione di finanziamenti all'impresa in crisi: i doveri del "buon banchiere".* – 3.2. *La concessione di finanziamenti all'impresa in crisi: gli interessi tutelati dalle norme sull'esercizio del credito.* – 3.3. *L'autonomia privata nell'esercizio del credito: critica alla funzione lato sensu «sociale» del banchiere.* – 4. *La trasparenza nel sistema bancario.*

1. *I rapporti banca-impresa in crisi: considerazioni introduttive.*

Costituisce dato di comune esperienza che il sistema produttivo italiano è caratterizzato da una endemica sottocapitalizzazione¹, poiché l'imprenditore della moderna

¹ In tal senso, *ex multis*, CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 875; CHOPARD – GAROFOLI, *La banca ticinese e l'impresa del nord Italia. Opportunità d'integrazione transfrontaliera*, Milano, 2014, p. 66; DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 150; GOBBI, *Tendenze evolutive del rapporto banca-impresa in Italia*, in *Il rapporto banca-impresa in Italia*, MONFERRÀ (a cura di), Roma-Milano, 2007, pp. 23 ss.; MUSCETTOLA, *Basilea 2: diagnosi e terapie. Guida pratica per le imprese*, Milano, 2006, p. 28; PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, COLOMBO – PORTALE (a cura di), Vol. I, Torino, 2004, pp. 41 ss.; ROPPO, *La responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 870, il quale definisce lo squilibrio tra capitale di rischio e capitale di credito, addirittura, «patologico»; TARZIA GIO., *La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito" che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fallimento*, 2017, p. 912 s.; VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977, pp. 73 ss.

Il problema della bassa capitalizzazione delle imprese italiane è, peraltro, risalente: già nel 1922, un noto economista italiano, Piero Sraffa, osservava che il sostegno finanziario da parte delle banche rappresenta una «*absolute necessity. Owing to the scarcity of capital in the country, the general unwillingness to invest in personal property and the timidity and ignorance of many capitalists, the industries could not otherwise get the capital they need*»: «assoluta necessità. A causa della scarsità di capitale nel paese, della generale reticenza nell'investire in

società industriale predilige il ricorso al capitale di credito rispetto all'immobilizzazione di capitali propri².

È altrettanto noto, poi, che, per le società italiane, la principale fonte di approvvigionamento del capitale di credito è costituita dai finanziamenti bancari³ e che, dunque, gli istituti di credito ricoprono un ruolo centrale nella vita dell'impresa⁴.

Il rapporto banca-impresa si caratterizza, in altre parole, per una forte dipendenza della seconda nei confronti della prima⁵; dipendenza che, come si vedrà nel prosieguo, sussiste non solo durante la "sana" attività dell'impresa, ma anche – e soprattutto – in presenza di una crisi⁶. Infatti, nel momento in cui si verifica una situazione di difficoltà economico-finanziaria e il debitore cerca, con gli strumenti offerti dall'ordinamento, di risanare l'impresa ed evitare di essere espulso dal mercato, l'elemento imprescindibile per il buon esito dei tentativi di risoluzione della crisi è rappresentato proprio dal sostegno del ceto bancario⁷ e ciò per un duplice ordine di ragioni: anzitutto, il debito nei confronti degli istituti di credito rappresenta, sovente, la voce di passivo più

beni mobili e della timidezza e ignoranza di molti capitalisti, le imprese non possono ottenere in altro modo il capitale di cui hanno bisogno» (traduzione mia) (SRAFFA, *The bank crisis in Italy*, in *The Economic Journal*, Vol. 32, 126, 1° giugno 1922, p. 194).

² In un recente studio condotto dalla Banca d'Italia (ORLANDO – RODANO, *Firm undercapitalization in Italy: business crisis and survival before and after COVID-19*, in *Questioni di economia e finanza (occasional papers)*, 23 dicembre 2020, disponibile su *Bancaditalia.it*, p. 10) si legge, infatti, che, nel periodo 2010-2018, l'8,45% delle società di capitali italiane risultava avere un patrimonio netto inferiore ai limiti legali.

³ CESARINI, *Struttura finanziaria, sistema creditizio e allocazione delle risorse in Italia*, Bologna, 1976, p. 42 ss. (l'Autore, in particolare, parla di «bancarizzazione» dell'economia); GUIOTTO, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1199; PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2006, I, p. 42; VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2006, p. 59.

⁴ Si è affermato, infatti, con un'espressione efficace, che «dell'intera attività dell'impresa post-industriale il coordinatore e demiurgo è la banca» (INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 272).

⁵ VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 22.

⁶ SCHLESINGER, *Imprese insolventi e credito bancario: considerazioni introduttive*, in *Il Fallimento*, 1985, p. 243; BONFATTI, *Il sostegno finanziario delle imprese in crisi*, in AA.VV., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali. Atti del convegno di Lanciano (26 e 27 novembre 2010)*, BONFATTI – FALCONE (a cura di), Milano, 2011, p. 89.

⁷ VATTERMOLI, *I "finanziamenti prededucibili" nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in AA.VV., *Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, IV, p. 746.

elevata⁸ e consente al creditore bancario di porre il veto sulle soluzioni della crisi che non ritenga concretamente percorribili⁹; in secondo luogo, il successo di qualsiasi tentativo di salvataggio dell'impresa (tramite strumenti quali la composizione negoziata della crisi, il piano attestato di risanamento, gli accordi di ristrutturazione, il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione e il concordato preventivo) si fonda, principalmente, sull'apporto di nuova finanza da parte del sistema bancario¹⁰, il quale, dunque, è chiamato a ricoprire un ruolo attivo nella gestione della crisi¹¹.

Tuttavia, mentre l'erogazione del credito ad un soggetto *in bonis* non pone particolari problemi, dal momento che la decisione sull'opportunità o meno di una simile operazione è rimessa interamente a logiche interne al sistema bancario, al contrario, più complessa risulta l'individuazione delle regole che governano la concessione di finanziamenti a un imprenditore in crisi. Infatti, in tale ultima ipotesi, per un verso, si pone il quesito relativo alla sussistenza o meno di un dovere della banca di intervenire a sostegno di un'impresa in difficoltà¹²; per altro verso – e specialmente – viene in rilievo il dibattito relativo ai presupposti e confini delle responsabilità in cui la banca potrebbe incorrere nei rapporti con un soggetto in crisi (il riferimento è, in particolare, alla responsabilità per interruzione c.d. “brutale” del credito e per concessione abusiva

⁸ DANOVÌ – GIACOMELLI – RIVA – RODANO, *Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa: il concordato preventivo*, in *Questioni di economia e finanza (occasional papers)*, marzo 2018, disponibile su *Bancaditalia.it*, p. 18.

⁹ UBERTAZZI, *Accordi di risanamento: i soggetti coinvolti, il ruolo delle banche e le responsabilità*, in *Judicium*, p. 6.

¹⁰ AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 469 (l'Autore osserva, in particolare, come ciò corrisponda a quanto avviene negli Stati Uniti, storicamente orientati al risanamento delle aziende, dove solo il c.d. *debtor in possession financing* ha concrete speranze di recupero dell'equilibrio economico); ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, in *Riv. soc.*, 1996, II, p. 337; UBERTAZZI, *Op. ult. cit.*, p. 6 s.; SCHLESINGER, *Imprese insolventi e credito bancario*, cit., p. 243, secondo cui, per le imprese in difficoltà, «il sostegno bancario può costituire il fattore imprescindibile per la ricerca di soluzioni della crisi, ovvero, qualora non sia concesso in misura adeguata, l'ostacolo che rende definitivamente irrealizzabile ogni prospettiva di risanamento»; SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice. Commento tematico ai dd.lgs. nn. 14/2019 e 83/2022*, AMBROSINI (diretto da), Torino, 2022, p. 826; STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1182.

¹¹ Cfr. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 346 s., secondo cui «le scienze aziendalistiche insegnano che è difficile che una ristrutturazione riesca se i creditori non erogano “nuova finanza”».

¹² SCHLESINGER, *Imprese insolventi e credito bancario*, cit., p. 244.

di credito¹³, nonché alla responsabilità per concorso con gli amministratori nell'aggravamento del dissesto¹⁴).

Tali profili sono stati, invero, nel vigore della Legge fallimentare, ampiamente studiati dalla letteratura giuridica e portati più volte all'attenzione della giurisprudenza (anche di legittimità). Cionondimeno, essi risultano, ancora oggi, meritevoli di approfondimento: non solo, infatti, i contrasti dottrinali e giurisprudenziali relativi a tali aspetti non si sono mai sopiti¹⁵, ma è anche verosimile ritenere che l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14¹⁶, donerà nuova linfa al dibattito sulle regole che governano i rapporti tra banche e imprese in crisi.

Il legislatore della riforma, infatti, se per un verso, contrariamente a quanto sarebbe stato, forse, opportuno, non ha espressamente preso posizione su tali aspetti, per altro verso è intervenuto a più riprese sulla disciplina dei finanziamenti all'impresa in crisi con una serie di norme che, come si avrà modo di illustrare più avanti (Capitolo secondo), sembrano incentivare l'erogazione di nuova finanza durante i tentativi di risanamento dell'impresa e, dunque, in presenza di un acclarato stato di difficoltà economico-finanziaria (se non, addirittura, di decozione).

Senza soffermarsi ora sulle ragioni di tale scelta di politica legislativa, ciò che preme, in questa sede, evidenziare, è che il *favor* del nuovo Codice della crisi per il

¹³ In argomento, v., *ex multis*, BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 305; DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, pp. 157 ss.; SGROI SANTAGATI, «Concessione abusiva del credito» e «brutale interruzione del credito»: due ipotesi di responsabilità della banca, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 625. Il tema sarà, comunque, esaminato più analiticamente *infra* al Capitolo quarto.

¹⁴ AQUILINO, *Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca: brevi riflessioni alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 583; NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le Società*, 2007, IV, p. 441.

¹⁵ A titolo esemplificativo, la Corte di Cassazione si è pronunciata sul tema dell'abuso nella concessione di credito, da ultimo, nell'ottobre 2022 (Cass., 24 ottobre 2022, n. 31389, in *De-Jure*), nel novembre 2021 (Cass., 30 novembre 2021, n. 37654, in *Dejure*), nel settembre 2021 (Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, in *Foro it.*, 2021, 12, I, p. 3897) e nel giugno 2021 (Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in *Contratti*, 2022, 2, p. 171, con nota di CASTELLI – TINA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore: il punto della Suprema Corte*). Su tali aspetti ci si soffermerà, tuttavia, *amplius* nel Capitolo quarto.

¹⁶ L'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è avvenuta il 15 luglio 2022, ad eccezione degli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388, entrati in vigore il 16 marzo 2019.

sostegno finanziario all'impresa in crisi impone di rimeditare il confine tra finanziamento lecito e finanziamento illecito erogato dall'istituto bancario e di verificare se le opinioni maggiormente diffuse in relazione a tale profilo sotto la Legge fallimentare possano ancora meritare accoglimento, ovvero debbano essere rivisitate.

Ciò, soprattutto, alla luce di una considerazione tanto ovvia quanto fondamentale: un eccessivo ampliamento delle ipotesi di responsabilità della banca nell'erogazione di credito a un'impresa in difficoltà, così come l'incertezza sul carattere doveroso o meno della concessione del finanziamento in costanza di una situazione di crisi, determina, quale risultato indefettibile, una maggior riluttanza degli istituti di credito nel prestare sostegno ai tentativi di risanamento e, di conseguenza, l'aumento delle probabilità che l'impresa venga espulsa definitivamente dal mercato.

La rilevanza del tema induce, dunque, ad affrontarlo con particolare rigore.

Ciò presuppone, in particolare, che, al fine di meglio comprendere e di delineare con chiarezza quali siano, in concreto, le ipotesi di finanziamento ritenute lecite dal legislatore e, dunque, quali siano le effettive possibilità, per l'impresa in crisi, di ricevere nuova finanza bancaria, si premetta una ricostruzione dei principi che governano l'esercizio del credito e la valutazione del merito creditizio da parte degli istituti bancari. Infatti, solo dopo aver compiuto una simile indagine sarà possibile, per un verso, individuare quali siano le iniziative che il ceto bancario può intraprendere a sostegno di un'impresa in difficoltà e che il legislatore ritiene meritevoli e, anzi, incoraggia e, per altro verso, quali condotte del soggetto finanziatore siano, invece, considerate illecite e, dunque, fonte di responsabilità.

2. L'indiscusso protagonismo dei finanziamenti bancari quale fonte di approvvigionamento del capitale da parte dell'impresa.

Prima di procedere con l'analisi del funzionamento dell'attività creditizia degli istituti bancari, è doveroso chiarire perché il presente lavoro si concentrerà in modo esclusivo sui finanziamenti erogati da parte degli istituti di credito.

È noto, infatti, che può essere considerato “soggetto finanziatore” chiunque, in senso ampio, “conceda credito” all’impresa e le consenta, dunque, di continuare a produrre e scambiare beni o servizi sul mercato¹⁷.

Rientrano, dunque, all’interno di tale categoria, ad esempio, non solo le banche, ma anche i fornitori di merci, energia o materie prime essenziali per lo svolgimento dell’attività che consentano un pagamento dilazionato o ridotto, le società che prestano servizi finanziari, i professionisti che svolgono attività di consulenza, ovvero i lavoratori. Non bisogna, infine, dimenticare il ruolo dei soci, i quali possono apportare nuovi capitali all’impresa, oltre che, naturalmente, con aumenti di capitale, anche con il ricorso a finanziamenti.

Tuttavia, nonostante la messa a disposizione di mezzi finanziari possa provenire da un insieme eterogeneo di soggetti, il principale erogatore di credito alle imprese rimane la banca.

Ciò emerge con chiarezza da un recente studio condotto dalla Banca d’Italia, relativo all’impatto sulla struttura finanziaria delle imprese causato dalla pandemia da Covid-19¹⁸, da cui si desume, in particolare, che, nel periodo 2011-2019, l’ammontare dei prestiti bancari è stato pari al cinquantadue per cento (e, dunque, da solo, superiore alla metà) del totale dei debiti finanziari delle aziende.

Le ragioni di tale circostanza, secondo le ricostruzioni tradizionali, possono essere rintracciate in una molteplicità di fattori, i principali dei quali sono, da un lato, il già evidenziato scarso livello di capitalizzazione delle imprese tramite ricorso al capitale di rischio, dovuto al timore dei titolari delle aziende di perdere il controllo proprietario¹⁹; dall’altro lato, la maggior propensione degli istituti di credito a concedere nuovi

¹⁷ FRAGALI, voce *Finanziamento (dir. priv.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVII, 1968, p. 605, secondo cui «l’effetto del credito si suole ritrovare pure ogniqualvolta il debitore ha la possibilità di differire l’adempimento rispetto ad una scadenza convenuta (*pactum de non petendo intra certum tempus*)»; TARZIA GIO., *La Cassazione torna sul tema dell’azione risarcitoria per “concessione abusiva di credito”*, cit., p. 912; NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, pp. 219 ss.

¹⁸ DE VINCENZO, *Audizione sulle tematiche relative allo squilibrio della struttura finanziaria delle imprese italiane che rischia di essere determinato dalla pandemia da Covid-19*, 18 marzo 2021, disponibile su *Bancaditalia.it*.

¹⁹ VISCO, *La finanza d’impresa in Italia: recente evoluzione e prospettive*, intervento del 13 febbraio 2019, disponibile su *Bancaditalia.it*. Si tratta, del resto, di soluzione coerente con il

crediti o a rinnovare crediti già erogati alle imprese in difficoltà, dettata dalla speranza di recuperare, in tal modo, l'intero importo corrisposto²⁰. In ogni caso, anche a prescindere dall'indagine relativa alle cause dell'ampio ricorso, da parte delle imprese, al capitale di credito – estranea agli scopi della presente trattazione²¹ – risulta incontestabile che la quota più elevata dei finanziamenti corrisposti alle imprese proviene dal ceto bancario.

A ciò si aggiunga, inoltre, che, con riferimento alla crisi d'impresa, è il legislatore stesso a presupporre che la nuova finanza provenga, prevalentemente, dagli istituti di credito²²: si pensi, ad esempio, alle limitazioni imposte alle banche per la sospensione o revoca degli affidamenti in caso di accesso del debitore alla composizione negoziata (art. 16, comma 5, CCII), ovvero alla prosecuzione, per tutta la durata della procedura, imposta ai contratti di finanziamento bancari pendenti alla data di deposito della domanda di accesso al concordato preventivo (art. 97, commi 1 e 14, CCII). Anche nel momento in cui sopraggiunga una difficoltà economico-finanziaria, dunque, il ruolo principale, nella categoria dei soggetti concedenti il credito, è ricoperto dalle banche²³.

tessuto produttivo italiano, caratterizzato, a differenza di quanto avviene in altri Paesi, da imprese di dimensioni medio-piccole, il cui lo stesso ricorso a capitale di rischio appare sovente difficile.

²⁰ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., p. 224; RIPERT – ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, II, Paris, 1970, p. 335; STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, p. 321.

²¹ Sul punto si veda, per tutti, PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, COLOMBO – PORTALE (a cura di), I, Torino, 2004, pp. 41 ss.

²² Si pensi, peraltro, in tema di interventi normativi volti ad incentivare i finanziamenti alle imprese, alle misure contenute nel Decreto “Cura Italia” (D.L. 17 marzo 2020, n. 18), volte a fronteggiare la carenza di liquidità delle aziende causata dalla pandemia da Covid-19 attraverso, tra l'altro, la sospensione dei rimborsi dei finanziamenti erogati dalle banche (art. 56, comma 2, lett. c)).

²³ Cfr., *ex multis*, BOTTAI, *I finanziamenti alle imprese in crisi nella Legge fallimentare*, in BOTTAI – GALLOTTA, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2021, p. 117; D'ORAZIO, *I finanziamenti e la legislazione emergenziale*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1272; GALLOTTA, *L'approccio del d.lgs. 14/2019 al problema dei finanziamenti alle imprese in crisi*, in BOTTAI – GALLOTTA, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2021, p. 168; SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice. Commento tematico ai dd.lgs. nn. 14/2019 e 83/2022*, AMBROSINI (diretto da), Torino, 2022, p. 826; VATTERMOLI, *I “finanziamenti prededucibili” nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in AA.VV.,

Infine, la supremazia degli istituti di credito nel sistema dei finanziamenti emerge anche in relazione al tema della patologia nell'erogazione del credito all'impresa in crisi: ciò in quanto tali soggetti, oltre a svolgere l'attività creditizia in modo professionale, a differenza degli altri creditori, godono di strumenti privilegiati per l'accesso alle informazioni sulle condizioni del proprio cliente e sono, dunque, in grado di valutare con maggiore facilità l'opportunità di concedere o meno il finanziamento²⁴; di conseguenza, essi sono soggetti ad uno *standard* di diligenza (e ad un rischio di responsabilità per finanziamento illecito) più elevato²⁵.

Dunque, volendo affrontare il tema della concessione del credito all'imprenditore non più *in bonis* dal punto di vista del Diritto della crisi d'impresa, sembra ragionevole concentrarsi sulla fonte di approvvigionamento finanziario maggiormente strategica nell'ambito dei tentativi di risanamento; fonte che, come visto, è rappresentata dai finanziamenti di provenienza bancaria.

3. *La concessione di finanziamenti all'impresa in crisi: definizione normativa.*

Come si è anticipato nei paragrafi che precedono, la ricostruzione del sistema dei finanziamenti alle imprese in crisi presuppone che, a monte, siano state individuate le norme che disciplinano la concessione del credito alle imprese in difficoltà e, più in generale, l'attività creditizia delle banche.

Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, IV, p. 746.

²⁴ È, infatti, frequente, in giurisprudenza l'affermazione secondo cui, in materia di revocatoria fallimentare proposta nei confronti di banche, per valutare la presenza della *scientia decotio* particolare importanza deve essere riconosciuto alla «natura di agente economico qualificato proprio della convenuta, che le consente sia l'acquisizione di informazioni ordinariamente non accessibili ai comuni operatori, e che le attribuisce la capacità di percepire, nella situazione in cui si era trovata concretamente ad operare, i segnali di dissesto in cui versava la società debitrice» (Cass., 2 novembre 2017, n. 26061, in *De Jure*. Conf., Cass., 29 luglio 2014, n. 17208, *ivi*; Cass., 19 novembre 2013, n. 25952, *ivi*).

²⁵ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., pp. 242 ss.; RUTA, *Il sistema della legislazione bancaria*, Roma, 1975, pp. 641 ss.; SCARPA, *Le fattispecie di responsabilità della banca nell'esercizio del credito*, in SCARPA – FORTUNATO, *Banche e responsabilità civile*, Milano, 2008, p. 36; SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur.it.*, 1995, IV, pp. 385 ss.

Sullo *status* professionale del banchiere, nonché sui doveri che governano l'esercizio del credito ci si soffermerà *amplius* nel successivo par. 3.1.

Più precisamente, ai fini del presente elaborato, l'analisi della disciplina del credito si rende opportuna per rispondere ad un duplice quesito: anzitutto, chiarire quali sono i presupposti in base ai quali l'ordinamento bancario ritiene opportuno concedere il finanziamento (*id est*: quali sono i criteri di valutazione del merito creditizio e, dunque, i doveri che gravano sul "buon banchiere")²⁶; in secondo luogo, sulla base delle risposte alla prima questione, verificare quali sono gli interessi che l'istituto bancario è chiamato a tutelare nello svolgimento dell'attività creditizia e dalla cui lesione può, dunque, derivare una responsabilità a carico del soggetto finanziatore (in altre parole, quali sono i soggetti che possono ritenersi lesi da una condotta della banca contraria agli obblighi di diligenza).

Orbene, prima di passare all'analisi di tali profili è necessario chiarire cosa si intende per "attività di concessione del credito".

Infatti, il d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di seguito anche "T.u.b."), afferma, all'art. 10, comma 1, che "*la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria*". Tuttavia, mentre l'attività di raccolta del risparmio è definita al successivo art. 11 T.u.b., al contrario, il significato dell'espressione "esercizio del credito" non è ulteriormente specificato dal legislatore e la sua individuazione è lasciata, dunque, all'interprete. Compito non agevole, se si considera che, come è stato osservato in dottrina, l'art. 10, comma 1, T.u.b. si esprime in modo atecnico, poiché, nel lessico giuridico, «il credito non si esercita, ma si acquista, si cede, si è titolari di un credito»²⁷.

²⁶ Cfr. SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 585, secondo cui la valutazione del rischio costituisce il «baricentro dell'organizzazione e dell'attività bancaria».

²⁷ Così BRESCIA MORRA, *Sub art. 10*, in *Testo unico bancario. Commentario*, PORZIO – BELLI – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO (a cura di), Milano, 2010, p. 89 s. Sul punto si veda anche FAUCEGLIA, *Sub art. 11*, in *AA.VV., Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni*, COSTA (a cura di), Torino, 2013, p. 83; FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario. Parte generale*, Torino, 2012, p. 91.

Senza entrare, dunque, nel risalente dibattito relativo all'interpretazione di tale norma²⁸, in questa sede è sufficiente constatare che l'opinione maggioritaria è, infine, giunta ad affermare che si ha concessione di credito ogniqualvolta ricorra lo schema, elaborato e diffuso in ambito economico, denaro-tempo-denaro²⁹ e, dunque, in presenza di qualsiasi attività che determini un temporaneo incremento patrimoniale del sovvenuto, cui si accompagni il corrispondente obbligo di restituzione a carico di quest'ultimo verso il finanziatore³⁰.

Pertanto, per quanto qui rileva, l'espressione in esame³¹ deve essere intesa in senso ampio e, cioè, in modo tale da ricomprendere qualsiasi fattispecie in cui all'aumento temporaneo del patrimonio del soggetto finanziato corrisponda il dovere di restituire la somma ricevuta e i relativi interessi. Ciò in quanto, a ben vedere, solo una simile operazione finanziaria consente al debitore, per un verso, di disporre della nuova finanza necessaria per garantire il successo dei tentativi di risanamento e, per altro verso, di protrarre artificiosamente la propria presenza sul mercato, nonostante il sopraggiungere di una situazione di crisi.

3.1. *La concessione di finanziamenti all'impresa in crisi: i doveri del "buon banchiere"*.

Ciò premesso, un primo elemento di particolare rilevanza è rappresentato dai presupposti dell'accoglimento della richiesta di finanziamento da parte degli istituti bancari.

²⁸ Cfr. GIANNELLI, *Banche e attività bancaria*, in *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, SFAMENI – GIANNELLI, Milano, 2020, p. 174; PORZIO, voce *Banca e attività bancaria*, Agg. IV, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2000, pp. 157 ss.

²⁹ FERRO-LUZZI, *Op. ult. cit.*, p. 122.

³⁰ COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, p. 211.

In particolare, in dottrina si è evidenziato come l'esercizio del credito debba costituire un'attività svolta congiuntamente con l'attività di raccolta del risparmio, così che l'attività bancaria rappresenti un'intermediazione creditizia tra soggetti che hanno un *surplus* di risparmio (generalmente, persone fisiche) e soggetti che sono in *deficit* di risorse (generalmente, imprese). In tal senso, si veda BRESCIA MORRA, *Sub art. 10*, cit., pp. 89 ss.

³¹ Sulla nozione di "finanziamento" ci si soffermerà, invece, nel Capitolo secondo, Sezione seconda, par. 2.

Al riguardo, deve, anzitutto, constatarsi che il legislatore, a differenza di quanto avviene per il credito al consumo³², non disciplina espressamente i criteri per valutare il merito creditizio delle imprese³³ e, conseguentemente, decidere se erogare o meno il finanziamento richiesto³⁴. Tale silenzio della legge può essere giustificato, probabilmente, con l'intenzione, da un lato, di non "imbrigliare" eccessivamente il sistema creditizio e, dall'altro lato, di consentire alla banca di godere della discrezionalità necessaria al fine di operare sul mercato con la stessa libertà garantita a qualsiasi altro operatore economico³⁵.

Data, dunque, l'assenza di un espresso dettato normativo sul punto, si rende indispensabile individuare le regole di corretta erogazione del credito sulla base dei principi generali³⁶.

A questo proposito, certamente rilevante è la Carta costituzionale e, più precisamente, l'art. 41, ai sensi del quale "*l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza,*

³² L'art. 124-bis T.u.b., inserito dall'art. 1 del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, stabilisce, infatti, che "*prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente*" (comma 1) e che "*se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore aggiorna le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuta il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito*" (comma 2). Sulla valutazione del merito creditizio al consumatore si veda DOLMETTA, *Valutazione del merito creditizio e diligenza del finanziatore*, in *Il Fallimento*, 2022, p. 1575.

³³ GAGGERO, *Responsabilità civile della banca (progetto di una voce enciclopedica)*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 95.

³⁴ La necessità di una simile valutazione, peraltro, è postulata, in tema di concordato minore, anche dall'art. 76, comma 3, CCII, secondo cui "*l'OCC, nella sua relazione, deve indicare anche se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore*". Cfr., sul punto, FORTUNATO, *Codice della Crisi e responsabilità di creditore e finanziatore nella valutazione del "merito creditizio"*, AA.VV., *Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, IV, p. 797.

³⁵ ANTONUCCI, *Sub art. 5*, in AA.VV., *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni*, COSTI (a cura di), I, Torino, 2013, p. 37; CAPRIGLIONE, *Sub art. 10*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, CAPRIGLIONE (a cura di), Padova, 2018, p. 115; OPPO, *La Banca d'Italia dal privato al pubblico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 615 s.

³⁶ Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, cit.

alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali". La norma in esame, infatti, impone che la condotta di ciascun operatore economico sia valutata attraverso un bilanciamento di interessi contrastanti. Bilanciamento che, in particolare, da un lato, deve essere condotto alla luce dei criteri generali di diligenza, correttezza e buona fede, i quali rappresentano il limite di qualsiasi situazione giuridica soggettiva e ne precludono l'abuso³⁷ e che, dall'altro lato, deve essere coordinato con la tutela del risparmio sancita dall'art. 47 Cost³⁸.

Sulla base di tali principi, dunque, è certamente possibile affermare che gli istituti di credito, pur non essendo soggetti a rigide regole positivamente imposte, nel momento in cui svolgono attività creditizia, sono tenuti, al pari di qualsiasi altro soggetto operante sul mercato, a rapportarsi con la propria clientela e con i terzi con particolare cautela e, cioè, in modo tale da non pregiudicarne ingiustamente gli interessi³⁹.

Tuttavia, anche una volta che dal dettato costituzionale si sia desunto un generale dovere di correttezza e buona fede in capo alla banca, non si è, per ciò solo, definito il livello di diligenza richiesto a tale soggetto, poiché i principi menzionati rappresentano clausole generali, che necessitano, pertanto, di essere concretizzate attraverso le norme previste a livello primario e secondario.

Peraltro – si badi – una simile attività interpretativa è di particolare importanza in relazione all'attività bancaria: proprio con riferimento agli istituti bancari, infatti, a causa dell'assenza di specifiche regole di comportamento stabilite dalla legge, si è sviluppato un vivace dibattito che vede contrapporsi, da un lato, la tesi secondo cui al banchiere sarebbe richiesto un livello di diligenza più elevato rispetto agli altri operatori economici, dal momento che tale soggetto rappresenta un professionista altamente specializzato, così come altamente specializzate sono le procedure e gli strumenti conoscitivi di cui dispone il sistema bancario nelle indagini sul merito creditizio⁴⁰;

³⁷ Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1296.

³⁸ Sul punto si tornerà più diffusamente nel successivo par. 3.2.

³⁹ Si veda in tal senso VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 44 s.

⁴⁰ Cass., 23 settembre 2021, n. 25894, in *Guida al diritto*, 2021, p. 44; Cass., 14 marzo 1999, n. 2284, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1165; Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Banca, borsa, tit.*

dall'altro lato, invece, l'opinione secondo cui dal particolare *status* della banca non potrebbe farsi discendere un dovere di accortezza maggiore rispetto a quello preteso da qualsiasi altro imprenditore e, dunque, per l'esercizio dell'attività creditizia dovrebbe pretendersi la sola diligenza del «banchiere provvisto di media preparazione e attenzione»⁴¹.

Orbene, per quanto concerne la legislazione primaria, il principale punto di partenza è l'art. 1176 c.c.⁴², il quale, dopo aver disposto, al comma 1, che il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia nell'adempimento dell'obbligazione, specifica, con il comma 2, tale obbligo prevedendo che, in caso di prestazioni professionali, la diligenza debba valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata. Per quanto concerne l'attività di concessione del credito, dunque, tale norma impone agli istituti di credito un onere di diligenza qualificato e, cioè, più elevato rispetto a quello ordinariamente ritenuto sufficiente ai fini del comma 1, in quanto l'attività bancaria costituisce un'attività professionale (peraltro, come visto, caratterizzata da un'elevata competenza tecnica)⁴³. In altre parole, il banchiere, nel momento in cui concede il credito,

cred., 1994, II, p. 258; App. Perugia, 2 novembre 2022, in *Redazione Giuffrè*, 2022, secondo cui «la c.d. diligenza del 'bonus argentarius' qualifica il maggior grado di prudenza ed attenzione che la tipologia della professione richiede». In dottrina cfr. FERRI, *La diligenza del banchiere*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, p. 7; SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, VI, p. 655.

⁴¹ SCARPA, *Le fattispecie di responsabilità della banca nell'esercizio del credito*, cit., p. 36; DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 85 s.

⁴² Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, cit.

⁴³ Per l'applicazione dell'art. 1176, comma 2, c.c. agli istituti di credito (con particolare riferimento alla negoziazione di assegni bancari) si veda Cass. S.U., 21 maggio 2018, n. 12477, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, 3, II, p. 373, secondo cui «ai sensi dell'art. 43, comma 2, r.d. n. 1736 del 1933 (c.d. legge assegni), la banca negoziatrice chiamata a rispondere del danno derivato – per errore nell'identificazione del legittimo portatore del titolo – dal pagamento dell'assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità a persona diversa dall'effettivo beneficiario, è ammessa a provare che l'inadempimento non le è imputabile, per aver essa assolto alla propria obbligazione con la diligenza richiesta dall'art. 1176, comma 2, c.c.»; Cass., 17 gennaio 2019, n. 1049, in *DeJure*, la quale, in tema di responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento a un soggetto non legittimato di un titolo di credito pagabile all'ordine, munito della clausola di non trasferibilità, spedito per via postale ordinaria, ha affermato che sono «applicabili all'attività bancaria le disposizioni di cui all'art. 1176 c.c., comma 2 e art. 1992 c.c., comma 2, c.c.», per cui l'istituto di credito deve assumere «una condotta conforme alla diligenza media di "accorto banchiere", riferibile alla natura dell'attività esercitata e all'obbligo di verifica non solo dell'identità personale del girante, ma anche della regolarità del procedimento di trasferimento del titolo mediante l'opportuno e attento

è tenuto a valutare il merito creditizio facendo uso di quella accortezza e prudenza che il carattere professionale ed altamente specializzato della prestazione offerta, nonché le informazioni raccolte nel procedimento di istruttoria prodromica al finanziamento, gli impongono di applicare⁴⁴.

Il generale obbligo di diligenza che governa il diritto delle obbligazioni assume, poi, una particolare declinazione in relazione al sistema bancario, dove le norme primarie e secondarie di settore, nonché la disciplina sovranazionale concretizzano ulteriormente il dovere di cui all'art. 1176 c.c.

Come ha osservato di recente la giurisprudenza di legittimità, infatti, principale criterio di verifica della correttezza dell'azione delle banche da parte delle autorità creditizie sono, a livello di fonti primarie, i principi di "sana e prudente gestione", alla luce dei quali gli istituti bancari sono tenuti ad accertare il merito creditizio del cliente sulla base di informazioni adeguate⁴⁵. Si tratta, in particolare, di una regola di diligenza del concedente il credito che permea l'intera attività bancaria, tanto da esser stata definita "dominante"⁴⁶. Essa è espressamente enunciata nell'art. 5, comma 1, T.u.b., ai sensi del quale "*le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei*

esame dello strumento cartaceo, visivo o tattile, da parte dell'impiegato addetto (che, pur non dovendo essere un esperto grafologo, deve rivelarsi dotato di competenza teorico-tecnica comune), ovvero in forza di mezzi e strumenti presenti sui normali canali di mercato di consumo»; Cass., 20 marzo 2014, n. 6513, in *Foro it.*, 2015, 5, I, p. 1775, secondo cui «nel caso di falsificazione di assegno bancario nella firma di traenza - la quale presenti, nella specie, "un tracciato assolutamente piatto" - la misura della diligenza richiesta alla banca nel rilevamento di detta falsificazione è quella dell'accorto banchiere, avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata, alla stregua del paradigma di cui al secondo comma dell'art. 1176 c.c.. Ne consegue che spetta al giudice del merito valutare la rispondenza al predetto paradigma della condotta richiesta alla banca in quel dato contesto storico e rispetto a quella determinata falsificazione, attivando così un accertamento di fatto volto a saggiare, in concreto e caso per caso, il grado di esigibilità della diligenza stessa; verifica che, di regola, verrà a svolgersi in base ad un apprezzamento rivolto a verificare se la falsificazione sia, o meno, riscontrabile attraverso un attento esame diretto, visivo o tattile, dell'assegno da parte dell'impiegato addetto, in possesso di comuni cognizioni teorico/tecniche, ovvero pure in forza di mezzi e strumenti presenti sui normali canali del mercato di consumo e di agevole utilizzo, o, piuttosto, se la falsificazione stessa sia, invece, riscontrabile soltanto tramite attrezzature tecnologiche sofisticate e di difficile e dispendioso reperimento e/o utilizzo o tramite particolari cognizioni teoriche e/o tecniche».

⁴⁴ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., p. 246.

⁴⁵ Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, cit.

⁴⁶ ANTONUCCI, *Sub art. 5*, cit. p. 39.

soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia [...]” ed è richiamata, poi, in una pluralità di altre norme⁴⁷ e, cioè, «in tutti i nodi cruciali della disciplina di vigilanza»⁴⁸.

Trattandosi, tuttavia, anche in relazione alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, di una regola che, seppur più specifica rispetto all'art. 1176 c.c., costituisce, comunque, una clausola generale, essa viene ulteriormente definita dalla normativa secondaria e, più precisamente, in primo luogo, dalla Circolare della Banca d'Italia del 17 dicembre 2013, n. 285. Con tale circolare, in particolare, la Banca d'Italia ha stabilito che nella fase istruttoria gli istituti di credito devono acquisire *“tutta la documentazione necessaria per effettuare una adeguata valutazione del merito creditizio del prestatore, sotto il profilo patrimoniale e reddituale, e una corretta remunerazione del rischio assunto”* e che tale documentazione deve permettere *“l'individuazione delle caratteristiche e della qualità del prestatore, anche alla luce del complesso delle*

⁴⁷ In particolare, la “sana e prudente gestione” viene richiamata, in tema di autorizzazioni concesse dalla Banca d'Italia o dalla Banca Centrale Europea, agli artt. 14, comma 2, 107, comma 2, 114-*quinquies*, comma 2, 114-*nonies*, comma 2, T.u.b.; in tema di verifica dei presupposti per l'autorizzazione all'acquisizione di partecipazioni in una banca (artt. 19, comma 5-*bis* e 25, comma 1, T.u.b.), ovvero a modificazioni statutarie (art. 56, comma 1, T.u.b.), alla fusione e scissione (art. 57, comma 1, T.u.b.); in tema di requisiti che devono possedere gli esponenti aziendali presso banche (art. 26, comma 1, T.u.b.) nonché di cause di rimozione dalla carica ricoperta da tali soggetti (artt. 53-*bis*, comma 1, *lett. e*), 67-*ter*, comma 1, *lett. e*), 108, comma 2, *lett. d-bis*), 114-*quinquies*.2, comma 2, *lett. d-bis*), 114-*quaterdecies*, comma 3, *lett. d-bis*), T.u.b.).

Analoghe disposizioni sono, poi, contenute nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, “Testo unico della finanza” (artt. 5, comma 2, 7, comma 2-*bis*, 12, comma 5-*ter*, 14, comma 1, 15, comma 2, 19, comma 2, 20-*bis*.1, comma 1, 21, comma 1-*bis*, *lett. d*), 34, comma 2, 35-*undecies*, comma 1-*bis*, 64-*bis*, comma 5, 64-*ter*, comma 5, 64-*quater*, comma 7, *lett. b*) e nel d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, “Codice delle assicurazioni private” (artt. 3, 5, comma 2, 14, comma 2, 30, comma 1, 59, comma 2, 62, comma 1, 68, comma 5, 70, comma 2, 75, comma 2, 76, comma 1-*ter*, 77, comma 1, 79, comma 3-*bis*, 183, comma 1, *lett. d*), 188, comma 3-*bis*, *lett. e*), 196, comma 1, 201, comma 1, 210-*ter*, commi 6 e 7, 214-*bis*, comma 1).

Infine, un riferimento alla sana e prudente gestione è contenuto anche nell'art. 3, del d.l. 3 maggio 2016, n. 59, convertito, con modificazioni, in l. 30 giugno 2016, n. 119, ai sensi del quale la Banca d'Italia può accedere al registro elettronico delle procedure di espropriazione forzata immobiliari, delle procedure d'insolvenza e degli strumenti di gestione della crisi, al fine di utilizzare *“i dati e le informazioni in esso contenuti nello svolgimento delle funzioni di vigilanza, a tutela della sana e prudente gestione degli intermediari vigilati e della stabilità complessiva”*.

⁴⁸ ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, 5^a ed., Milano, 2012, p. 56.

relazioni con lo stesso intrattenute. Nel caso di affidamenti ad imprese, ad esempio, sono acquisiti i bilanci ... nonché ogni altra informazione utile per valutare la situazione attuale e prospettica dell'azienda".

In secondo luogo, la predetta clausola generale viene concretizzata⁴⁹ dalla nota del 20 luglio 2021, n. 13, con cui la Banca d'Italia ha dato attuazione agli Orientamenti dell'*European Banking Authority* (c.d. "EBA") del 29 maggio 2020 (EBA/GL/2020/06)⁵⁰ in materia di concessione e monitoraggio dei prestiti, i quali, dunque, hanno assunto valore di orientamenti di vigilanza. Nell'ottica di implementare l'armonizzazione della disciplina europea in materia di valutazione del merito creditizio delle imprese, tali linee guida hanno, dunque, fornito alle banche europee indicazioni comuni in merito ai procedimenti e meccanismi di *governance* interni agli istituti bancari, alla concessione del credito e al successivo monitoraggio sul rapporto⁵¹.

In particolare, per quanto qui di interesse, gli Orientamenti EBA hanno determinato un mutamento nei rapporti tra banche e imprese in relazione all'erogazione del credito⁵², dal momento che hanno consentito il passaggio da un meccanismo di valutazione del merito creditizio fondato sulla sola analisi dei bilanci dell'azienda o sulla conoscenza personale tra correntista e funzionario dell'istituto di credito dovuta a pregressi rapporti bancari, ad una istruttoria basata su una valutazione dell'impresa complessivamente intesa: non più, dunque, un'indagine orientata al passato e, cioè, ai dati e alle informazioni relative all'impresa di carattere storico-consuntivo, ma anche un approccio valutativo prospettico⁵³, che consenta agli istituti bancari di svolgere una

⁴⁹ In tema di valutazione del merito creditizio, peraltro, vengono in rilievo anche i principi posti dal Comitato di Basilea: cfr., sul punto, DEZZANI, «*Basilea 2*» e il merito creditizio delle imprese, in *Le Società*, 2007, IV, p. 405; MASERA – MAZZONI, *Basilea III. Il nuovo sistema di regole bancarie dopo la grande crisi*, Milano, 2012.

⁵⁰ Gli Orientamenti sono stati emanati in applicazione dell'art. 16 del Reg. (UE) n. 1093/2010 e la Banca d'Italia si è adeguata ad essi in conformità dell'art. 16, par. 3, del Reg. (UE) n. 1093/2010.

⁵¹ ALAIO – BOWINKEL, *Impatti sul processo del credito delle Linee guida EBA in materia di erogazione e monitoraggio*, in *Amministrazione e Finanza*, 2020, X, pp. 66 ss; DE LAURENTIS, *Analisi finanziaria e precessi del credito dopo le linee-guida EBA*, Roma, 2021, p. 380; GUIOTTO, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, cit., pp. 1199 ss.

⁵² BERTI, *Rapporti banca-impresa: mutamenti legislativi e regolamentari*, in *Bilancio e Revisione*, 2022, VIII-IX, p. 9.

⁵³ GUIOTTO, *Op. ult. cit.*, p. 1200.

prognosi realistica sulla capacità del sovvenuto di rimanere solvibile⁵⁴.

Inoltre, in considerazione della situazione di grave instabilità economica e di incertezza sull'andamento dei mercati dovuti alla crisi economica conseguente alla pandemia da Covid-19, l'Autorità bancaria europea ha incoraggiato l'adozione, da parte delle banche, di meccanismi idonei a prevenire il deterioramento del credito a causa di una sopravvenuta difficoltà economico-finanziaria dell'impresa⁵⁵: in particolare, gli istituti bancari sono stati invitati a dotarsi di sistemi di individuazione dei finanziamenti e dei debitori ad alto rischio e a contemplare, all'interno della propria organizzazione, sistemi di monitoraggio del credito⁵⁶. Ciò al fine, dunque, di intercettare senza ritardo eventuali situazioni di crisi del sovvenuto tramite un'adeguata rivalutazione del rischio⁵⁷.

⁵⁴ In particolare, l'*European Banking Authority* ritiene che “*la cultura del rischio di credito dovrebbe ... assicurare che il credito sia concesso ai clienti che, al meglio delle conoscenze dell'ente al momento della concessione del credito, saranno in grado di soddisfare i termini e le condizioni del contratto di credito [...]*” (par. 27). Inoltre, la necessità di una valutazione non rivolta al solo passato o presente della vita dell'impresa risultante dalla contabilità, ma anche alle prospettive di solvibilità emerge dai paragrafi 118 ss. degli Orientamenti in esame.

⁵⁵ GUIOTTO, *Op. ult. cit.*, p. 1200 s.

⁵⁶ BENVENUTO – MEANI, *Nuove Linee guida EBA sull'erogazione e monitoraggio del credito*, in *Il Fallimentarista*, 21 luglio 2021.

⁵⁷ In particolare, gli Orientamenti suggeriscono alle banche di sviluppare, mantenere e valutare regolarmente “*indicatori di preallerta*” al fine di rilevare tempestivamente l'aumento del rischio di credito (par. 269 e Allegato n. 3: i tratta, a ben vedere, di indici simili a quelli presi in considerazione quali segnali della crisi dall'art. 13 CCII, nella versione risultante dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dall'art. 3, del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, poi abrogato dall'art. 6, comma 3, del d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83. Cfr. sul punto GUIOTTO, *Op. ult. cit.*, p. 1201 s.; DE LAURENTIS, *Op. cit.*, pp. 380 ss.) e di considerare, quali segnali di deterioramento della qualità creditizia, alcuni eventi rilevanti per la vita economica dell'impresa quali, ad esempio: eventi macroeconomici avversi che incidono sulla redditività futura di un settore; variazioni sfavorevoli note della posizione finanziaria dei mutuatari, come un aumento significativo del livello di indebitamento o dei rapporti di servizio del debito; un calo significativo del fatturato o, in generale, del flusso di cassa corrente; cambiamenti nelle condizioni di accesso ai mercati, un peggioramento delle condizioni di finanziamento o riduzioni note del sostegno finanziario fornito da terzi al cliente; un aumento sostanziale della volatilità economica o di mercato che potrebbe avere un impatto negativo sul cliente; un aumento significativo del rischio di credito su altre operazioni dello stesso cliente o cambiamenti sostanziali del comportamento di pagamento atteso del cliente, ove noti; un aumento significativo del rischio di credito dovuto a un aggravarsi delle difficoltà del gruppo al quale il cliente appartiene, oppure a importanti sviluppi sfavorevoli nell'andamento del settore di attività economica del cliente ovvero ad accresciute difficoltà del gruppo di clienti collegati al quale il cliente appartiene; problemi sollevati nelle relazioni dei revisori esterni dell'ente o del cliente; un arretrato di trenta giorni su una o più linee di credito relative al cliente (per l'elenco dei segnali di deterioramento del credito considerati rilevanti dall'Autorità bancaria europea, cfr. par. 274).

Dal sistema normativo poc'anzi esposto⁵⁸, si può desumere, dunque, che la banca è

⁵⁸ In tale ottica si inserisce, peraltro, anche lo strumento del *calendar provisioning*, il quale trova il suo fondamento, per un verso, in una norma vincolante per tutte le banche dell'Unione Europea, nota come “*Backstop* prudenziale”, contenuta nel Reg. (UE) n. 575/2013 (*Capital Requirements Regulation*, CRR) e da ultimo modificato dal Reg. (UE) n. 630/2019 e, per altro verso, nell'*Addendum alle Linee guida del marzo 2017* (disponibile su *Bankingsupervision.europa.eu*), emanato dalla Banca Centrale Europea, non vincolante e relativo alle sole banche ritenute “significative”, ossia con elevati livelli di *non performing loans*.

Esso, in particolare, rappresenta uno degli interventi più dirimenti da parte delle Autorità di vigilanza europee ed è volto a fronteggiare il principale rischio cui sono poste, attualmente, le banche, poiché consente a queste ultime di classificare correttamente i prestiti e di riconoscere prontamente e gestire nel modo più opportuno le posizioni deteriorate. Ciò al fine ultimo di «assicurare la sana e prudente gestione degli intermediari, a protezione dei depositanti, degli obbligazionisti e degli azionisti; favorire una corretta allocazione del risparmio, evitando di immobilizzare risorse in progetti con scarse probabilità di successo e incentivando gli intermediari a finanziare quelle attività che possono maggiormente contribuire allo sviluppo equilibrato dell'economia e al benessere della collettività» (così VISCO, *Le norme europee sul calendar provisioning e sulla classificazione della clientela da parte delle banche. Audizione del Governatore della Banca d'Italia Ignazio Visco*, del 10 febbraio 2021, disponibile su *Banca d'Italia.it*). In altre parole, il *calendar provisioning* impone che, in proporzione del tempo trascorso dal momento in cui è intervenuta una classificazione *non performing*, i crediti deteriorati siano soggetti a requisiti minimi di copertura, da conseguirsi attraverso rettifiche di valore o tramite deduzione dal patrimonio di vigilanza (in particolare, la svalutazione integrale dei crediti deve avvenire, in virtù del *backstop* prudenziale, entro 3 anni per i prestiti non garantiti, 7 anni per quelli con garanzie diverse da immobili, 9 anni per quelli garantiti da immobili, mentre, in virtù dell'*Addendum*, la svalutazione deve avvenire entro 2 anni per i crediti non garantiti ed entro 7 anni per quelli garantiti. Si veda, sul punto, AIRFIRM – ASSOCIAZIONE ITALIANA FINANCIAL INDUSTRY RISK MANAGERS, *Implementare il Calendar Provisioning: regole e impatti, Position Paper n. 23*, ottobre 2020, disponibile su *Aifirm.it*). In arg. si veda, da ultimo, VIOTTI, *Verso una disciplina europea dei crediti deteriorati: riflessioni a margine del regolamento (UE) 2019/630*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 147 s.

Le misure di *calendar provisioning* si inseriscono, in definitiva, all'interno di un più ampio intervento europeo, volto a fare in modo che non solo la fase di monitoraggio sul credito concesso e deteriorato, ma anche la fase di erogazione siano attuate nel modo più efficiente possibile, così da ridurre il rischio che l'eventuale insolvibilità del finanziato si ripercuota sull'ordinamento bancario, destabilizzandolo (ad esempio, sempre secondo tali logiche, le *Linee guida* del marzo 2017 invitano le banche a limitare l'esposizione verso determinati settori merceologici, o a richiedere garanzie personali o reali per le operazioni ad alto rischio, ovvero a limitare la concessione del credito solo a determinate tipologie di clientela).

Sembra ragionevole ritenere, dunque, che la disciplina poc'anzi esposta, aumentando le cautele imposte alle banche nell'erogazione del credito, sia in grado di influire sui meccanismi di concessione dei finanziamenti alle imprese in crisi almeno in due direzioni: anzitutto, imponendo alle banche di procurarsi idonee garanzie, al fine di ritardare la svalutazione del credito (ciò che, come si vedrà nel Capitolo quarto, può influire sull'individuazione del dolo della banca nella responsabilità da finanziamento illecito, dal momento che, spesso, tale elemento soggettivo viene desunto proprio dalle robuste garanzie richieste dall'istituto di credito al debitore in crisi); in secondo luogo, obbligando il creditore finanziario a svalutare il credito secondo le più stringenti tempistiche previste per le posizioni non garantite, ogniqualvolta lo strumento di risanamento negoziale della crisi prescinda dal voto favorevole dei creditori (si pensi, ad esempio, al concordato semplificato, in cui, oltre a non essere prevista una soglia minima di soddisfacimento dei chirografari, l'omologa del Tribunale non è subordinata, ai

tenuta, nell'esercizio dell'attività di erogazione del credito, a rispettare un dovere di diligenza particolarmente elevato e che, inoltre, il legislatore, soprattutto in considerazione dell'emergenza sanitaria e della conseguente carenza di liquidità delle imprese, richiede agli istituti di credito una peculiare cautela nelle operazioni di *rating* e monitoraggio della propria clientela e ciò all'evidente fine di evitare che la crisi dei debitori possa porre in pericolo la solidità del sistema bancario⁵⁹.

3.2. *La concessione di finanziamenti all'impresa in crisi: gli interessi tutelati dalle norme sull'esercizio del credito.*

Una volta individuati i doveri del *bonus argentarius*, è necessario indagare a tutela di quali soggetti e posizioni giuridiche soggettive tali obblighi siano posti.

In altri termini, chiarito quale sia la condotta cui la banca deve attenersi nell'erogazione del credito, si deve stabilire quali siano gli interessi che devono orientare l'istituto di credito nelle sue scelte.

La questione, che di per sé potrebbe sembrare meramente astratta, assume invece un grandissimo rilievo quantomeno sotto due profili.

In primo luogo, infatti, il fine dell'attività bancaria permette di riempire il dovere di diligenza esaminato nel paragrafo che precede e orientarlo, così, teleologicamente: è, infatti, evidente che una condotta potrà ritenersi diligente se rispetta la finalità per la quale è posta. In altre parole, l'indagine sugli interessi protetti dal principio del *bonus argentarius* è rilevante perché, dal momento che, come visto nel paragrafo precedente, l'art. 41 Cost. impone un bilanciamento, da condurre alla luce dell'art. 1176 c.c., tra gli interessi di chi esercita l'iniziativa economica e quelli della collettività, è evidente che, affinché gli istituti bancari possano contemperare al meglio tali posizioni

sensi dell'art. 25-*sexies*, comma 5, CCII, alla votazione del ceto creditorio. Cfr. sul punto RIZZO, *Il quadro regolamentare delle esposizioni bancarie (nei confronti delle imprese "in crisi"*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 33). È evidente, in conclusione, che l'approccio "di calendario", pesando sul bilancio delle banche, determinerà un atteggiamento più cauto e meno incline a concedere il credito (quantomeno a condizioni favorevoli per il cliente) in presenza di una situazione di difficoltà economico-finanziaria.

⁵⁹ Uno degli obiettivi dell'Autorità bancaria europea, infatti, è proprio quello di assicurare la stabilità finanziaria nell'Unione europea e assicurare l'integrità, l'efficienza e il regolare funzionamento del sistema bancario (cfr. art. 1 del Reg. (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio).

confliggenti, essi devono avere ben chiaro quale sia l'“utilità sociale” da rispettare e, in particolare, conoscere con certezza chi siano i soggetti a tutela dei quali la loro attività imprenditoriale deve essere orientata.

Inoltre, l'individuazione dei soggetti tutelati permette di stabilire, in caso di violazione dei doveri, quali siano i soggetti legittimati ad agire in giudizio per far valere eventuali responsabilità della banca nell'esercizio dell'attività creditizia⁶⁰: è evidente, infatti, che solo i soggetti nel cui interesse operano i doveri di diligenza possono ritenersi legittimati ad agire in giudizio al fine di ottenere tutela per il pregiudizio subito a causa della condotta illecita del finanziatore, mentre, invece, non possono essere considerati tali coloro i cui interessi siano ultronei rispetto a quelli protetti dalle norme sulla corretta concessione del credito.

In altre parole, dalla soluzione data a tale quesito dipende la delimitazione dell'eventuale responsabilità della banca per aver concesso credito in violazione degli obblighi del “buon banchiere”.

Infatti, chi sostiene che le norme sulla corretta erogazione del credito siano poste nell'interesse dei terzi che operano sul mercato (in particolare, i creditori del sovvenuto), afferma, coerentemente, che, nel caso in cui la banca violi tali norme, il pregiudizio si verifica in capo a tali soggetti i quali, in particolare, potrebbero lamentare la lesione della propria libertà contrattuale derivante dall'aver instaurato o mantenuto rapporti con un soggetto oramai decotto, ma ritenuto erroneamente solvibile a causa della valutazione positiva del merito creditizio operata dalla banca⁶¹.

Al contrario, chi afferma che gli oneri di diligenza del banchiere operano nell'interesse dell'ordinamento bancario stesso e, più precisamente, in funzione della stabilità e solidità degli istituti di credito, logicamente ritiene che le sfere giuridiche

⁶⁰ La questione, come si vedrà nel Capitolo quarto, rileva, in particolare, in relazione alla responsabilità della banca per concessione abusiva di credito.

⁶¹ SCARPA, *Banche e responsabilità civile*, cit., pp. 40 ss.; Cass., 8 gennaio 1997, n. 72, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, VI, p. 653, con nota di SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*; Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, cit., in cui si legge che «il dovere primario ... degli Istituti di credito, consiste, dunque, in una corretta erogazione del credito, nel rispetto non soltanto delle ragioni dell'utenza, ma di quelle delle altre imprese inserite nel sistema, con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche».

danneggiate dall'attività negligente della banca siano quelle dei risparmiatori e investitori, direttamente lesi da una eventuale crisi del ceto bancario.

Orbene, al fine di fornire una risposta alla questione in esame, bisogna, anzitutto, constatare che l'attività creditizia assume un rilievo peculiare nel nostro ordinamento in virtù dell'art. 47 della Costituzione, secondo cui *“la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito [...]”*.

Tuttavia, se, indubbiamente, la costituzionalizzazione dell'esercizio del credito, unitamente alla qualificazione, da parte dell'art. 1 della Legge bancaria del 12 marzo 1936, n. 375, di tale attività quale “funzione di interesse pubblico” ha consentito di riconoscere una rilevanza pubblicistica alle operazioni compiute dal banchiere⁶², non può, per altro verso, ignorarsi che tali operazioni presentano, al contempo, carattere imprenditoriale ai sensi dell'art. 2082 c.c.⁶³: in tal senso, infatti, depongono l'art. 2195 c.c., il quale annovera, tra gli imprenditori soggetti all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, coloro che esercitano “un'attività bancaria”, nonché gli artt. 1, comma 1, lett. b) e 10, commi 1 e 2, T.u.b., i quali, rispettivamente, definiscono come “banca” *“l'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria”* e che *“[...] l'attività bancaria ... ha carattere d'impresa”*⁶⁴.

Se, dunque, dalla normativa costituzionale emerge una funzione indubbiamente pubblicistica dell'attività bancaria, dall'altro lato, la funzione imprenditoriale della banca, come risultante dalle norme di legge appena richiamate, non deve essere svilita⁶⁵.

L'individuazione dell'esatto punto di equilibrio tra queste due nature dell'attività bancaria non può, tuttavia, naturalmente prescindere dall'esame del diritto positivo.

⁶² Cfr., sul punto, Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in *Il Fallimento*, 2002, p. 1166. In dottrina, si veda INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito*, cit., p. 266.

⁶³ CAPRIGLIONE Sub art. 10, cit., p. 114; CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2018, p. 135.

⁶⁴ Significativo in tal senso è, poi, anche il già menzionato art. 5, comma 1, T.u.b., il quale fa riferimento *“alla efficienza e alla competitività del sistema finanziario”* impiegando, dunque, termini appartenenti dell'ambito imprenditoriale.

⁶⁵ VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca*, cit., p. 69.

Anzitutto, particolare importanza assume, a questo proposito, il già menzionato⁶⁶ art. 5, comma 1, T.u.b., il quale fa riferimento alla “*sana e prudente gestione dei soggetti vigilati*”: la giurisprudenza⁶⁷ ha, infatti, ritenuto che alla formula in esame vada riconosciuta la natura di clausola generale e, in particolare, di norma dettata dall’intento del legislatore di consentire la massima esplicazione della libertà di iniziativa economica, purché esercitata con un’assunzione di rischi consapevole e una condotta improntata a criteri di correttezza⁶⁸; inoltre, significativo a questi fini è anche l’art. 53 T.u.b., secondo cui la Banca d’Italia ha il compito di emanare disposizioni aventi ad oggetto l’“*adeguatezza patrimoniale*” delle banche.

Come si desume dalle norme poc’anzi riportate, il principale obiettivo dell’ordinamento bancario è, dunque, garantire la stabilità, solidità e solvibilità degli istituti di credito⁶⁹, ciò che può, all’evidenza, avvenire proprio attraverso una corretta valutazione del merito creditizio da parte delle banche stesse⁷⁰.

Una volta affermato, dunque, che le norme sulla diligenza bancaria proteggono il sistema bancario stesso, non si è, tuttavia, per ciò solo, chiarito quale portata abbia la violazione dei doveri del *bonus argentarius*: è necessario, in altre parole, da ultimo, chiedersi se gli obblighi stabiliti in via generale dall’art. 5 T.u.b. e concretizzati dalla normativa di settore (in particolare dalle direttive delle Autorità di vigilanza, *in primis* della Banca d’Italia), preordinati, come visto, a garantire la solidità e stabilità dell’ordinamento del credito, abbiano valenza meramente interna e siano, in altre parole, predisposti al solo fine di proteggere gli interessi “corporativi” del sistema bancario, o se, al contrario, essi siano posti a tutela di interessi pubblici generali (in particolare, del mercato).

⁶⁶ *Supra*, par. 31.

⁶⁷ Cfr., ad es., TAR Lazio, 9 agosto 2005, n. 6157, in *Corr. merito*, 2005, p. 1215.

⁶⁸ GRECO, Sub *art. 5*, in AA.VV., *Commentario al Testo unico bancario*, PORZIO – BELLI – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO (a cura di), Milano, 2010, p. 52.

⁶⁹ Cfr., sul punto, la Circolare ABI dell’8 settembre 2008, serie legale n. 9; GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 431.

⁷⁰ La giurisprudenza afferma, infatti, che la banca «deve seguire i principi di sana e prudente gestione valutando (art. 5 del T.u.b.) il merito di credito in base a informazioni adeguate» (Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 2, II, p. 162; Trib. Palermo, 10 agosto 2018, in *DeJure*).

Chi scrive ritiene preferibile la prima ipotesi: d'altra parte, la stessa Banca d'Italia, nella Relazione annuale del governatore sull'esercizio del 1993, sembra presupporre il dovere in capo alle banche di agire in modo da tutelare, primariamente, il risparmio. In tale documento, infatti, la "prudente gestione" viene riferita al grado di avversione al rischio dei soggetti vigilati, mentre la "sana gestione" rappresenta, secondo la Banca d'Italia, l'esigenza che gli intermediari operino ispirandosi a criteri di piena efficienza funzionale (rispetto agli obiettivi aziendali e dunque, di norma, al profitto) e di correttezza nello svolgimento degli affari⁷¹.

A ben vedere, tale soluzione sembra tanto più appropriata se solo si considera che la necessità della banca di privilegiare il perseguimento degli interessi dei risparmiatori discende dal fatto che essa rappresenta un mero intermediario il quale, attraverso la concessione del credito, eroga il capitale ricevuto dai risparmiatori stessi.

Certo, si potrebbe obiettare che, se è vero che il *bonus argentarius* deve agire nel rispetto dei principi di economicità, al fine di garantire la stabilità, solidità ed efficienza del sistema bancario e tutelare gli interessi di chi risparmia o investe denaro, allora dovrebbe ritenersi contrario ai doveri di diligenza – e, dunque, fonte di responsabilità per la banca – l'erogazione di finanziamenti all'imprenditore in crisi, in quanto, con ogni probabilità, la somma concessa non potrà essere restituita e ciò determinerà una perdita per il soggetto erogante.

Con la riserva di tornare sul tema dei confini di liceità del sostegno finanziario all'impresa in crisi nei Capitoli successivi, è bene anticipare che la contestazione poc'anzi ipotizzata non coglie nel segno. Ciò, in particolare, per un duplice ordine di ragioni: anzitutto, come si avrà modo di illustrare nel prosieguo, il legislatore stesso, con diversi incentivi, incoraggia l'apporto di nuova finanza non solo in presenza di una situazione di difficoltà economico-finanziaria ma, addirittura, nel caso di insolvenza dell'impresa (si pensi, ad esempio, alla prededucibilità contemplata, rispettivamente, negli artt. 99 e 101 CCII, dei finanziamenti erogati prima dell'omologazione, ovvero in esecuzione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di un concordato

⁷¹ La Relazione relativa all'esercizio del 1993, del 31 maggio 1994, è disponibile su *Bancaditalia.it*.

preventivo, ossia di procedure cui il debitore può ricorrere, per espressa previsione di legge, sia in caso di crisi, sia in caso di insolvenza⁷²). Infatti, anche nel caso in cui il soggetto sovvenuto non sia più *in bonis*, il finanziamento può rivelarsi conveniente (*rectius*: conforme alle logiche imprenditoriali) sia per i creditori (compreso l'istituto bancario che ha erogato il credito) sia per l'impresa, dal momento che può, ad esempio, preservare la continuità aziendale, ovvero consentire una liquidazione del patrimonio a condizioni più vantaggiose e, con ciò, garantire un maggior soddisfacimento dei creditori.

In secondo luogo, ragionando in senso contrario si finirebbe per ritenere la banca responsabile per un errore imprenditoriale, per un difetto di diligenza professionale, che l'ha portata a sovvenzionare un soggetto che, secondo le regole del merito creditizio negligenzemente ignorate, non si sarebbe dovuto ritenere meritevole di credito. Sorge infatti «l'esigenza di evitare un'ingiusta disparità tra categorie di soggetti, in particolare tra il soggetto banca e il soggetto amministratore di società. [...] La banca che sia in colpa per aver erogato credito ad un imprenditore che non lo meritava, incorre in quello che possiamo senz'altro definire un errore imprenditoriale. Visto che la specifica missione imprenditoriale della banca è fare credito a chi merita di ricevere credito, sbagliare nella valutazione circa la meritevolezza dell'affidato significa compiere un errore imprenditoriale. [...] Una regola sembra del tutto pacifica: quella per cui l'amministratore di società non può essere chiamato a rispondere per un semplice errore imprenditoriale che abbia compiuto, ma può essere chiamato a rispondere solo in relazione a specifici obblighi a lui imposti dalla legge»⁷³. Se si ammettesse «una responsabilità della banca per colpa in relazione alla fattispecie [di concessione abusiva del credito, n.d.r.], il rischio sarebbe quello di introdurre una penalizzazione a carico della banca che dovrebbe rispondere di un suo errore imprenditoriale, mentre gli amministratori della società potrebbero andare immuni da responsabilità con

⁷² Il riferimento è, in particolare, per quanto concerne gli accordi di ristrutturazione dei debiti, all'art. 57, comma 1, CCII (norma che, in particolare, si pone in discontinuità con quanto previsto nella Legge fallimentare, dove l'art. 182-*bis*, comma 1, consentiva l'accesso a tale strumento solo ai debitori in stato di crisi) e, per quanto riguarda il concordato preventivo, all'art. 81, comma 1, CCII.

⁷³ ROPPO, *La responsabilità delle banche*, cit., p. 872.

riguardo a un errore della stessa natura»⁷⁴.

Per tali ragioni, dunque, il finanziamento all'impresa in crisi non può essere considerato, per ciò solo, erogato ad un soggetto non meritevole di credito e, dunque, concesso in violazione dei doveri di diligenza che caratterizzano la condotta del *bonus argentarius*, ma sarà necessario, a tal fine, verificare se, in concreto, non sussistevano concrete possibilità di risanamento dell'impresa, ovvero, più in generale, di recupero delle somme corrisposte.

Consegue, insomma, che se la banca ricopre una funzione, per così dire, pubblicistica e, dunque, sulla stessa certamente grava il dovere di agire in modo tale da salvaguardare la stabilità del settore in cui opera, nondimeno, si deve ritenere che tale stabilità si riferisca alla sfera dei risparmiatori e degli investitori e non, invece, ai terzi che si rapportano con l'imprenditore in crisi⁷⁵.

In altre parole, sembra più corretto ritenere che, poiché l'istituto di credito deve assumere un comportamento che assicuri la tutela degli interessi suscettibili di essere pregiudicati da un suo operato negligente, esso debba privilegiare, nel bilanciamento, quelli dei risparmiatori e, dunque, del sistema bancario nel suo complesso, piuttosto che gli interessi particolari dei creditori del finanziato o dei terzi che operano sul mercato.

Del resto, se si astrae dalle norme appena esaminate e ci si sofferma sulla forma di stato e sul ruolo svolto dalle imprese nel nostro ordinamento, come risultante quantomeno dal Trattato di Maastricht, la funzione pubblicistica delle banche, intesa come perseguimento dell'interesse collettivo, ne risulta vieppiù frustrata. Significativa in tal senso è, infatti, la circostanza che l'Unione europea si configura oggi come una zona di libero mercato, dove si incentiva la realizzazione di un mercato contendibile in cui, quindi, «la semplice possibilità di ingresso nel mercato di un possibile concorrente

⁷⁴ ROPPO, *Op. ult. cit.*, p. 872.

⁷⁵ Cfr. Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, cit., la quale afferma che proprio lo *status* della banca, nonché l'ordinamento all'interno del quale la stessa esercita la propria attività, comportano il dovere, in capo a tale soggetto, di rispettare non solo i principi di liquidità e solvibilità del sistema bancario, ma anche gli interessi dei risparmiatori e investitori e degli altri istituti bancari.

induce imprese e individui a comportarsi in modo competitivo»⁷⁶. In coerenza con tale obiettivo, la normativa europea sancisce, dunque, il divieto di aiuti di stato (artt. 107 e 108 TFUE)⁷⁷: ciò che ha portato all'introduzione nell'ordinamento italiano dell'istituto del *bail-in*, ossia di un meccanismo che, al fine di ridimensionare l'intervento pubblico, preveda che, in caso di crisi bancaria, le Autorità del settore possano attivare misure di salvataggio volte a ridurre o annullare il valore di azioni e debiti, facendo, dunque, ricadere il costo della crisi, *in primis*, su investitori e risparmiatori⁷⁸.

Se a ciò si aggiunge che nel T.u.b. non è ripresa la previsione della Legge bancaria del 1936, ne risulta confermato il ruolo della banca come impresa privata che persegue i propri interessi imprenditoriali.

In questo quadro, dunque, ben si declina la previsione dell'art. 47 Cost.: agendo quale imprenditore la banca deve tutelare, anzitutto, i propri correntisti, in quanto apportatori del capitale necessario per lo svolgimento dell'attività di impresa.

3.3. *L'autonomia privata nell'esercizio del credito: critica alla funzione lato sensu «sociale» del banchiere.*

Le conclusioni formulate nel paragrafo precedente meritano qualche ulteriore chiarimento sul ruolo che, alla luce degli interessi coinvolti, la banca è chiamata a svolgere.

Come già ricordato⁷⁹, la Legge bancaria del 1936 affermava, all'art. 1, che “*la raccolta del risparmio fra il pubblico sotto ogni forma e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico*” e qualificava, dunque, l'attività svolta dagli istituti bancari in senso pubblicistico.

Il riconoscimento del rilievo, per la collettività, dell'operato delle banche aveva determinato l'insorgere di un vivace dibattito, all'interno del quale si fronteggiavano, principalmente, due tesi.

Una prima opinione, scorgendo nelle parole del legislatore la volontà di finalizzare

⁷⁶ VERGOTTINI, *Liberalizzazione dei servizi nell'Unione europea, in XXI secolo. Istituto della Enciclopedia italiana Treccani*, Roma, 2009, p. 331.

⁷⁷ Cfr. D'ORAZIO, *I finanziamenti e la legislazione emergenziale*, cit., p. 1272.

⁷⁸ L'introduzione del meccanismo del *bail-in* è avvenuta in sede di recepimento della direttiva (UE) del 15 maggio 2014, n. 59.

⁷⁹ *Supra*, par. 3.2.

l'attività del banchiere e orientarla verso un'accentuazione di quella funzione sociale che la cultura corporativa attribuiva all'imprenditore in quanto tale, piegava l'attività bancaria a preminenti finalità pubbliche, identificandola alla stregua di un servizio pubblico⁸⁰. Ciò ha portato a notare⁸¹ come il sistema finanziario italiano fosse, alle soglie del secondo conflitto mondiale, caratterizzato da una «fortissima venatura dirigistica» e sottoposto, per tali ragioni, a un penetrante potere di coordinamento da parte della Banca d'Italia⁸².

In seguito, poi, all'entrata in vigore della Carta costituzionale, la natura pubblicistica delle funzioni svolte dagli istituti di credito veniva, nuovamente, giustificata, per un verso, sulla base dell'interpretazione congiunta degli articoli 41 e 47 della Costituzione; per altro verso, sulla base del regime autorizzativo cui era subordinato l'esercizio dell'attività creditizia⁸³; infine, sulla base dei rigidi poteri regolamentari, direttivi e di controllo riconosciuti alla pubblica autorità.

Conseguenza di una simile ricostruzione e dell'individuazione, nei principi dell'ordinamento bancario, di finalità pubblicistiche, era l'identificazione di tale interesse pubblico con l'interesse al sostegno delle imprese in difficoltà, al punto che, secondo la tesi in esame, in capo alla banca poteva ravvisarsi un vero e proprio obbligo di intervenire a sostegno delle imprese nei tentativi di risanamento e ciò anche in assenza di una preventiva valutazione imprenditoriale o di qualsivoglia autorizzazione da parte della Banca d'Italia⁸⁴.

⁸⁰ Tale tesi, in particolare, prendeva spunto dalle opinioni più diffuse nella dottrina francese, la quale qualificava l'attività della banca quale *service public*.

Dello stesso avviso era anche la giurisprudenza italiana di legittimità (Cass., 10 ottobre 1981, in *Riv. dir. pen.*, 1982, II, p. 765), che, in seguito all'emanazione della Direttiva CEE del 12 dicembre 1977, n. 780, intervenuta al fine di armonizzazione la normativa bancaria, aveva qualificato l'attività bancaria come un «pubblico servizio in senso soggettivo» e, addirittura, era giunta a ritenere l'operatore bancario pubblico e quello privato, rispettivamente, un pubblico ufficiale e un incaricato di pubblico servizio. Ciò che comportava la possibilità, da parte di tali soggetti, di compiere i reati propri di peculato (essendo considerata la banca pubblica una pubblica amministrazione *ex art. 314 c.p.*) e di malversazione (nel caso dell'operatore bancario privato).

⁸¹ COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012, p. 59.

⁸² VISCUSI, *Profili di responsabilità*, cit., p. 52.

⁸³ Secondo molti, peraltro, si trattava di un provvedimento avente natura di concessione, poiché l'art. 28 della Legge bancaria del 1936 accordava una ampia discrezionalità sul punto alla Banca d'Italia.

⁸⁴ Trib. Milano, 12 giugno 1979, in *Giur. it.*, 1979, I, 2, p. 561.

Al contempo – logicamente – i sostenitori della tesi in esame si mostravano restii a riconoscere una responsabilità della banca per cattiva gestione del credito⁸⁵ e ne attenuavano, dunque, l'imputabilità sia dal punto di vista penale, sia dal punto di vista della responsabilità civile (contrattuale ed extracontrattuale), ritenendo che l'attività da essa svolta fosse intrinsecamente conforme alla tutela dei prevalenti interessi generali del sistema bancario rispetto agli interessi particolari dei clienti o dei terzi⁸⁶ (alcuni interpreti, infatti, erano giunti a riconoscere come l'attività del banchiere fosse circondata da una «robusta rete di protezione»⁸⁷, mentre altri, addirittura, avevano ipotizzato una presunzione di legittimità dell'operato della banca⁸⁸).

La posizione appena esposta era, tuttavia, minoritaria, perché, secondo la dottrina prevalente dell'epoca, poi confermata anche dalla giurisprudenza maggioritaria⁸⁹, già dalla Legge bancaria del 1936 emergeva il carattere privatistico dell'attività del banchiere (sia pubblico, sia privato). Ciò che imponeva, dunque, di valorizzare la natura imprenditoriale degli istituti di credito e di incoraggiarne un operato improntato al criterio del profitto e conforme a logiche concorrenziali. Secondo i sostenitori di questa tesi, in altre parole, l'enunciato di cui all'art. 1 del R.d.l. 375/1936 era da intendersi unicamente quale espressione della *voluntas legis* di giustificare la penetrante disciplina pubblicistica dell'attività creditizia attraverso un collegamento della stessa con gli interessi della collettività.

Sul punto è, tuttavia, intervenuto il legislatore, il quale prima in sede codicistica, con l'art. 2195, n. 4, c.c., poi in sede di recepimento della Direttiva comunitaria del 12 dicembre 1977, n. 780, con il D.p.r. 27 giugno 1985, n. 350 e, infine, con il Testo unico bancario, ha eliminato definitivamente il riferimento alla funzione di interesse pubblico e ha espressamente riconosciuto la natura imprenditoriale delle operazioni

⁸⁵ GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, pp. 2 ss.

⁸⁶ FERRI, *La diligenza del banchiere*, cit., pp. 1 ss.

⁸⁷ Cfr. NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 226.

⁸⁸ VITALE, *Funzione bancaria e responsabilità contrattuale della banca*, in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, MACCARONE – NIGRO (a cura di), Milano, 1981, p. 10.

⁸⁹ FERRI, *Considerazioni preliminari sull'impresa bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1969, III, p. 321.

bancarie⁹⁰.

La presa di posizione del legislatore è dovuta, probabilmente, da un lato, alla volontà di liberare il sistema bancario da regole contrastanti con le logiche di mercato; regole che sacrificavano le esigenze di economicità e profitto degli istituti di credito in nome dell'interesse pubblico al salvataggio delle imprese in crisi e non di rado avevano giustificato politiche «assistenziali» anche in presenza di situazioni aziendali che, in virtù delle regole di economia imprenditoriale, avrebbero richiesto soluzioni liquidatorie, meno costose per la collettività⁹¹; dall'altro lato, un simile mutamento normativo è stato sicuramente dettato anche da una sentita istanza di moralizzazione e responsabilizzazione dell'attività creditizia, la cui autonomia aveva, a detta di alcuni commentatori, raggiunto e superato i limiti di tollerabilità⁹².

Certo è che, a prescindere dalle motivazioni che hanno favorito l'affermarsi di un differente modo di concepire l'attività bancaria, l'imprenditorialità degli istituti di credito non può essere posta in dubbio, così come la sua attitudine a porsi sul mercato in termini reddituali.

Prendendo atto, dunque, dell'attuale *status* del banchiere – e in particolare, dell'anteposizione dell'interesse pubblico alla stabilità del sistema bancario all'interesse generale al risanamento delle imprese – bisogna, a questo punto, domandarsi se alla banca, ancora oggi, possa essere imposto il dovere di subordinare i suoi interessi «egoistici» e rispondenti a una valutazione prettamente economica, a considerazioni *lato sensu* «sociali» e connesse alla salvaguardia di altri valori, quali quelli occupazionali e produttivi e, più in generale, del mercato.

Sul tema è intervenuta fermamente autorevole dottrina, la quale ha escluso la sussistenza di un dovere di soccorso, come tale prevalente su politiche di profitto,

⁹⁰ Vale, del resto, la pena rilevare, seppur *incidenter*, che il legislatore, all'art. 1, *lett. c*), del l. 12 giugno 1990, n. 146, contempla i servizi bancari tra i servizi pubblici essenziali (ai fini della regolamentazione del diritto di sciopero), esclusivamente “*per quanto concerne l'assistenza e la previdenza sociale, nonché gli emolumenti retributivi o comunque quanto economicamente necessario al soddisfacimento delle necessità della vita attinenti a diritti della persona costituzionalmente garantiti*”: risulta, dunque, escluso il servizio bancario in quanto tale.

⁹¹ VIALE, *Imprese insolventi e credito bancario: apertura dei lavori*, in *Il Fallimento*, 1985, p. 241, il quale ritiene che le politiche «assistenziali» siano state dettate da esigenze quali la necessità di fronteggiare la disoccupazione o crisi settoriali del Mezzogiorno.

⁹² SGROI SANTAGATI, «*Concessione abusiva del credito*», cit., p. 628.

finalizzate all'allocazione ottimale delle risorse⁹³.

Ciò in quanto si è sostenuto che, se è vero che la legislazione di emergenza ha, negli anni, predisposto vari tipi di intervento a sostegno delle aziende in crisi e dei tentativi di risanamento, è, al contempo, anche vero che non ha mai introdotto obblighi per gli istituti di credito volti alla concessione di benefici extraconcorsuali alle imprese in difficoltà e non ha, inoltre, mai attribuito alle Autorità di vigilanza il potere di interferire sul merito delle scelte discrezionali delle banche in materia di erogazione del credito⁹⁴.

Se dunque si ritiene, come sembra corretto, che l'impresa bancaria, al fine di esercitare la propria attività in modo conforme agli obiettivi posti dall'art. 5 T.u.b., nonché al fine di tutelare gli interessi sottesi al sistema creditizio (*id est*, quelli dei risparmiatori e degli investitori) possa legittimamente rifiutarsi di finanziare un'impresa in difficoltà⁹⁵, in quanto ciò confliggerebbe con gli interessi egoistici della banca stessa, allora sembra ragionevole adottare la medesima soluzione nel caso in cui la banca decida, sempre in virtù di considerazioni imprenditoriali, di finanziare un imprenditore decotto⁹⁶. Autorevole dottrina ha, infatti, osservato che la banca «non è tenuta a perseguire l'interesse del cliente in luogo del proprio, né a sostituirsi al cliente al fine di raffigurarsi le convenienze o meno della concessione del finanziamento»: al contrario, in tale ambito opera la regola del *caveat emptor*, in quanto «la banca non deve al cliente quella forma di consulenza che è la consulenza del controinteressato (che invece la banca è tenuta a dare quando presta servizi di investimento)»⁹⁷.

In altre parole, proprio la qualifica di imprenditore privato del banchiere consente

⁹³ SCHLESINGER, *Imprese insolventi*, cit., p. 244.

⁹⁴ BIVONA, L'«obbligo di far credito» nelle discipline emergenziali, in *Nuova giur. civ.*, 2022, I, p. 99; FRANCHINA, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Dir. fall.*, 1988, I, p. 657; SCHLESINGER, *Op. ult. cit.*, p. 244 s.

⁹⁵ Ciò che sembra emergere, peraltro, anche da alcune norme del Codice della crisi: si pensi all'art. 61, comma 4, CCII (prima 182-*septies*, comma 4, l.fall.), ai sensi del quale “[...] in nessun caso, per effetto dell'accordo di ristrutturazione, ai creditori ai quali è stato esteso l'accordo [può essere imposta, n.d.r.] ... la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti”.

⁹⁶ MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, p. 728.

⁹⁷ MAFFEIS, *Op. ult. cit.*, p. 728.

a tale soggetto di valutare, alla luce della propria politica aziendale e, dunque, liberamente, la convenienza dell'instaurazione o prosecuzione di un rapporto di credito con un cliente in crisi. Come è stato correttamente osservato, infatti, l'ulteriore prestito al debitore in crisi di nuova finanza è «in sostanza, del tutto razionale quando il rischio e il costo di fornire (perdendola) [nuova finanza, n.d.r.] siano inferiori al beneficio costituito dall'accresciuta probabilità di recuperare anche la vecchia»⁹⁸.

Ciò, certamente, con un limite: è evidente, infatti, che il riconoscimento della discrezionalità della banca nella concessione di credito non può spingersi fino a giustificare un utilizzo abusivo della stessa e neppure fino a consentire gli effetti degenerativi di un «capitalismo selvaggio»⁹⁹, in cui l'insufficienza di regole porta a trarre giovamento dalla debolezza altrui (in questo caso, quella del richiedente il finanziamento).

Se dunque sono comprensibili le esigenze che hanno portato ad impiegare il concetto di utilità sociale della funzione bancaria, in quanto ciò è avvenuto al fine di garantire, anche da parte di tale soggetto, il rispetto dei principi di solidarietà, buona fede e correttezza, sembra, a chi scrive, che il bilanciamento tra la *potestas* decisoria della banca e la necessità di evitare un credito concesso con «assoluta indifferenza rispetto a chi, concretamente, dovrà farsi carico della restituzione»¹⁰⁰ debba fondarsi su altri principi – quali, come si vedrà, quelli sottesi all'istituto della responsabilità extracontrattuale – piuttosto che su indebite distorsioni delle logiche che governano l'ordinamento bancario.

Sul punto si tornerà, tuttavia, in maniera più approfondita, nel Capitolo quarto.

4. *La trasparenza nel sistema bancario.*

Nei paragrafi che precedono si è cercato di ricostruire le regole preposte all'erogazione del credito e si è evidenziato come, sebbene l'attività creditizia abbia, grazie

⁹⁸ STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, cit., p. 321.

⁹⁹ CAPRIGLIONE, *Sub art. 10*, cit., p. 114.

¹⁰⁰ LO CUOCO, *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in AA. VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Milano, 1986, p. 213.

all'art. 41 Cost., un indubbio rilievo pubblicistico, nondimeno, essa costituisce attività d'impresa ai sensi dell'art. 2082 c.c. e, in quanto tale, soggiace, al pari di qualsiasi attività svolta da un imprenditore privato, agli oneri di diligenza dell'art. 1176 c.c.

Si è, poi, osservato come, alla luce della normativa di settore, tale diligenza debba garantire la “sana e prudente gestione” delle imprese bancarie e, debba, dunque, consistere in una valutazione del merito creditizio rigorosa, che consenta l'erogazione del finanziamento solo a soggetti che, presumibilmente, saranno in grado di restituire la somma ricevuta, con i relativi interessi, nei termini stabiliti contrattualmente.

Da ultimo, si è affermato che, dalle norme del Testo unico bancario (in particolare, dagli artt. 5 e 53 T.u.b.), può desumersi che gli obblighi del “buon banchiere” sono posti a tutela dell'ordinamento bancario stesso e, più precisamente, proteggono l'interesse dei risparmiatori e degli investitori alla stabilità del sistema creditizio, e non, invece, quello dei terzi che operano sul mercato e interagiscono con l'imprenditore sovvenuto.

L'erogazione del credito alle sole imprese meritevoli, dunque, risponde all'esigenza di evitare la crisi degli istituti di credito e, dunque, perdite in capo ai risparmiatori e agli investitori e non, invece, a tutelare i soggetti che vantano diritti nei confronti del finanziato.

Ciò posto, come è facilmente intuibile, l'indagine sul merito creditizio presuppone che le banche possano disporre di strumenti informativi idonei a conoscere la solidità economico-finanziaria del soggetto che richiede il credito¹⁰¹.

Infatti, l'operazione che conduce la banca ad erogare un finanziamento si svolge nei termini che seguono: essa viene avviata su presentazione di un'istanza del cliente volta ad ottenere il fido, corredata di tutte le notizie e documenti ritenuti rilevanti ai fini dell'accoglimento della richiesta. In seguito alla ricezione della domanda, la banca

¹⁰¹ Indagine che, come visto (*supra*, par. 3.1), in seguito all'attuazione, da parte della Banca d'Italia, degli Orientamenti dell'*European Banking Authority* del 29 maggio 2020 (EBA/GL/2020/06), non è più volta a conoscere la sola situazione economico-finanziaria attuale dell'impresa, risultante dai bilanci, ma anche a svolgere una prognosi sulle capacità prospettive dell'azienda di rimanere *in bonis* e, dunque, di adempiere regolarmente al contratto di finanziamento (cfr. GUIOTTO, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, cit., pp. 1199 ss.).

avvia, dunque, una fase istruttoria, al fine di acquisire ulteriori informazioni riguardo all'“affidabilità” del richiedente¹⁰². Esaurita la fase istruttoria, la meritevolezza del cliente viene vagliata dall'organo deliberativo della banca (il consiglio di amministrazione), ovvero da altri organi o soggetti delegati alla concessione del credito, i quali trasmettono, poi, gli estremi dell'operazione all'ufficio della banca che ha inoltrato la richiesta e che intrattiene i rapporti con il cliente. La decisione della banca, infine, viene comunicata da tale ufficio al cliente stesso, ma solo dopo aver verificato, nuovamente, la permanenza del merito creditizio, sulla cui base è stata deliberata l'erogazione del fido¹⁰³.

Al fine, dunque, di verificare che il richiedente il fido abbia una “storia creditizia” idonea, le Autorità di vigilanza hanno istituito alcuni strumenti destinati a garantire la corretta informazione e la trasparenza nel sistema bancario: tra di essi spicca, per importanza, la Centrale dei rischi¹⁰⁴.

Prima di esaminare il funzionamento della Centrale dei rischi, è bene ricordare, quanto alla normativa di riferimento, che, in tema di poteri delle Autorità di vigilanza, l'art. 41, terzo comma, della Costituzione, nel prevedere che “*la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”, istituisce una riserva di legge a tutela delle banche e consente, dunque, alle autorità creditizie di porre vincoli alla libertà di impresa bancaria, ma soltanto nei limiti legislativamente previsti.

In attuazione della riserva di legge, ulteriori limitazioni ai poteri delle Autorità di vigilanza discendono, poi, dal Testo unico bancario e, in particolare, dall'art. 5, comma 1, T.u.b., che finalizza l'esercizio dei poteri di vigilanza al perseguimento della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, nonché alla stabilità, efficienza e competitività del sistema finanziario e li vincola al rispetto delle disposizioni in materia creditizia,

¹⁰² GRANATA, *Il fenomeno della concessione di credito*, in *Le Società*, 2007, IV, p. 449.

¹⁰³ FOSCHINI, *La concessione e la revoca del fido bancario e il fallimento del cliente*, in *Dir. fall.*, 1992, I, pp. 503-504.

¹⁰⁴ LIACE, *La centrale dei rischi*, in *Il governo delle banche in Italia: commento al Testo unico bancario ed alla normativa collegata*, RAZZANTE – MORERA – LACAITA (a cura di), Torino, 2006, pp. 563 ss.; CONIGLIANI, *La centrale dei rischi*, in *Banca d'Italia, Tematiche istituzionali*, Roma, 1995, pp. 31 ss.

dall'art. 51 T.u.b., il quale dispone che le banche inviino alla Banca d'Italia, con le modalità e nei termini da essa stabiliti, le segnalazioni periodiche nonché ogni altro dato e documento richiesto e, infine, dall'art. 53, comma 1, *lett. b*), T.u.b., che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di emanare disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni¹⁰⁵.

La normativa primaria, dunque, se, da un lato, certamente riconosce alle Autorità di vigilanza una ampia sfera di discrezionalità, dall'altra vincola l'esercizio dei relativi poteri al raggiungimento degli scopi e alla protezione degli interessi per cui tali soggetti sono stati istituiti.

Inoltre, per un verso, a differenza della Legge bancaria del 1936, all'interno della quale erano contemplate indicazioni precise sul contenuto dei provvedimenti adottabili dall'organo di vigilanza, il Testo unico non contiene previsioni in tal senso e indica unicamente quali sono gli oggetti su cui i provvedimenti di vigilanza possono intervenire¹⁰⁶; per altro verso, tuttavia, la Legge sulla tutela del risparmio, del 28 dicembre 2005, n. 262, detta alcune regole procedurali che limitano ulteriormente la discrezionalità delle Autorità di vigilanza.

In attuazione, dunque, di un simile quadro normativo, è intervenuta la delibera del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR) del 16 maggio 1962, la quale ha istituito il Servizio per la centralizzazione dei rischi bancari, oggi disciplinato dal decreto d'urgenza del Ministro dell'Economia e delle Finanze – Presidente del Comitato interministeriale per il Credito e il Risparmio (CICR) dell'11 luglio 2012, n. 663, nonché dalle direttive della Banca d'Italia (in particolare, dalla Circolare dell'11 febbraio 1991, n. 139, come aggiornata all'ottobre 2021).

La Centrale dei rischi è, più nello specifico, un sistema informativo istituito al fine di consentire un regolare funzionamento del mercato del credito e, in particolare, allo scopo di permettere alle banche, agli intermediari finanziari, alle società veicolo di cartolarizzazione dei crediti di cui alla legge 30 aprile 1999, n. 130, nonché agli

¹⁰⁵ Per gli ulteriori riferimenti alla normativa primaria e secondaria in tema di Centrale dei rischi, si veda il Capitolo I, Sezione I, della Circolare della Banca d'Italia dell'11 febbraio 1991, n. 139, aggiornata all'ottobre 2021, disponibile su *Bancaditalia.it*.

¹⁰⁶ Si veda, ad es., l'art. 53 T.u.b.

Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio (OICR) di venire utilmente (anche se non esaustivamente) a conoscenza della complessiva situazione di indebitamento del cliente nei confronti del sistema finanziario, in modo da poter agevolmente valutare il merito creditizio e, in generale, poter procedere all'analisi e alla gestione del rischio di credito¹⁰⁷.

La Circolare della Banca d'Italia del 21 aprile 1999, n. 229, recante le Istruzioni di vigilanza, precisa, infatti, che *“il servizio offerto dalla Centrale dei rischi si propone di fornire ai soggetti tenuti ad effettuare le segnalazioni uno strumento informativo in grado di accrescere la loro capacità di valutazione e di controllo della clientela”*.

Il funzionamento di tale strumento informativo è, poi, specificato dalla Circolare della Banca d'Italia dell'11 febbraio 1991, n. 139, secondo cui *“gli intermediari partecipanti comunicano alla Banca d'Italia informazioni sulla loro clientela e ricevono, con la medesima periodicità con cui sono raccolte, informazioni sulla posizione debitoria verso il sistema creditizio dei nominativi segnalati e dei soggetti a questi collegati. Essi ricevono, inoltre, informazioni aggregate riferite a categorie di clienti. Gli intermediari possono interrogare la Centrale dei rischi per chiedere informazioni su soggetti che essi non segnalano, a condizione che le richieste siano avanzate per finalità connesse con l'assunzione e la gestione del rischio di credito”*.

La Centrale dei rischi, dunque, consente agli intermediari di ricevere informazioni sulla reputazione economica relativa ai soggetti che hanno chiesto un finanziamento e di valutarne consapevolmente il merito creditizio, restando, comunque, *“nella loro piena autonomia il compito di valutare tutti i dati oggettivi e soggettivi che concorrono alla formazione del giudizio sull'effettiva potenzialità economica degli affidati, secondo quanto stabilito dalle politiche aziendali di erogazione del credito”*¹⁰⁸.

I vantaggi di un tale strumento conoscitivo sono evidenti: con questo sistema,

¹⁰⁷ Con “rischio del credito”, in particolare, si intende «il rischio di variazioni di valore delle attività finanziarie, riconducibile all'impossibilità/indisponibilità, per il soggetto debitore, di far fronte alle obbligazioni assunte» (cfr. PACILEO, «Sofferenze bancarie»: presupposti di legittimità della segnalazione alla centrale dei rischi della Banca d'Italia, in *Giur. comm.*, 2010, IV, p. 676).

¹⁰⁸ In tal senso dispone la Circolare dell'11 febbraio 1991, n. 139, disponibile su *Bancaditalia.it*.

infatti, da un lato, i costi del monitoraggio vengono sopportati dal soggetto finanziato e, dall'altro lato, la pressione finanziaria consente di raggiungere un mercato efficiente, dal momento che i debitori più a rischio vengono estromessi dal mercato del credito, consentendo, al contempo, ai debitori meritevoli di ottenere tassi di interesse inferiori rispetto a quelli applicabili se la ponderazione del tasso fosse basata sulla c.d. *adverse selection*¹⁰⁹. Ciò permette, dunque, di perseguire quella sana e prudente gestione finalizzata alla stabilità, efficienza e competitività del sistema finanziario, posta a fondamento dell'ordinamento bancario dall'art. 5 T.u.b¹¹⁰.

Quanto al contenuto delle informazioni, alla Centrale dei rischi devono essere segnalati i finanziamenti (e le garanzie) il cui importo oggetto di restituzione da parte del sovvenuto superi la cosiddetta "soglia di censimento", equivalente a trentamila euro.

Parimenti oggetto di segnalazione è il minor importo di duecentocinquanta euro, nel caso in cui il cliente lamenti gravi difficoltà nel pagare il debito e si trovi, dunque, in uno stato di sofferenza. A tal proposito, la Circolare n. 139/1991 (Cap. II, Sez. 2, par. 1.5) definisce "sofferenza" l'"*esposizione per cassa nei confronti dei soggetti in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dall'azienda. Si prescinde, pertanto, dall'esistenza di eventuali garanzie (reali o personali) poste a presidio dei crediti. Sono escluse le posizioni la cui situazione di anomalia sia riconducibile a profili attinenti al rischio-paese*". La Circolare prosegue, inoltre, precisando che "*l'appostazione a sofferenza implica una valutazione da parte*

¹⁰⁹ Tale espressione indica un fenomeno distorsivo del mercato, determinato da asimmetrie informative. Più precisamente, si tratta dell'applicazione di tassi di interesse indifferenziati da parte degli intermediari finanziari, a causa dell'impossibilità per gli stessi di disporre delle informazioni necessarie per diversificare i profili di rischio della clientela. Ciò che comporta, da un lato, che i debitori più affidabili siano disincentivati, dato lo sproportionato costo del denaro rispetto al loro profilo di rischio, dal richiedere credito, mentre, dall'altro lato, che i debitori meno meritevoli godano di tassi di interesse inferiori rispetto a quelli adeguati al rischio rappresentato (Cfr. FACCINCANI, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali di risanamento. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare*, Milano, 2007, p. 35 s.; PACILEO, *op. ult. cit.*, p. 677).

¹¹⁰ VELLA, *Segnalazione dei crediti in «sofferenza» alla Centrale dei rischi e responsabilità della banca*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997 II, p. 494 s.

dell'intermediario della complessiva situazione finanziaria del cliente e non può scaturire automaticamente da un mero ritardo di quest'ultimo nel pagamento del debito. La contestazione del credito non è di per sé condizione sufficiente per l'appostazione a sofferenza”.

Presupposto per la segnalazione del cliente è, pertanto, lo stato di insolvenza¹¹¹ (definita dal Glossario, che costituisce parte integrante della Circolare, come “*incapacità non transitoria di adempiere alle obbligazioni assunte*”) anche non accertato giudizialmente, o una situazione sostanzialmente equiparabile¹¹².

Le banche sono tenute, inoltre, a segnalare mensilmente la posizione di rischio di ciascun cliente in essere l'ultimo giorno del mese e a far pervenire le segnalazioni alla Centrale dei rischi entro il venticinquesimo giorno del mese successivo a quello di riferimento. Esse sono in ogni caso tenute a “*trasmettere le suddette segnalazioni con la massima tempestività*” (Cap. II, Sez. 2, par. 4).

Dalla normativa riportata, risulta, dunque, evidente che gli istituti di credito, nel momento in cui sono destinatari di una richiesta di finanziamento, godono della possibilità di accedere ad una fonte di informazione che, con minime spese, consente di ottenere una rappresentazione immediata e adeguata dello stato di solvibilità

¹¹¹ La giurisprudenza ha, tuttavia, precisato che «ai fini della segnalazione a sofferenza la nozione di insolvenza che si ricava dalle Istruzioni emanate dalla Banca d'Italia, sulla base delle direttive del Cicer, non si identifica con quella propria fallimentare, ma si concretizza in una valutazione negativa della situazione patrimoniale, apprezzabile come deficitaria, ovvero come di grave difficoltà economica, senza, quindi, alcun riferimento al concetto di incapienza o irrecuperabilità. Si deve, quindi, trattare di una grave e non transitoria difficoltà economica equiparabile, anche se non coincidente, con la condizione d'insolvenza. È del tutto evidente, allora, che – contrariamente a quanto ritenuto dalla ricorrente – nell'apprezzamento da compiersi circa l'esistenza di una sofferenza, ai fini della verifica circa la legittimità della segnalazione presso la Centrale rischi, entri sicuramente in gioco la consistenza patrimoniale del debitore. E ciò ben si comprende: il dato di una ipotetica alterazione del patrimonio può infatti concorrere a determinare l'insorgenza di quella situazione di grave difficoltà economica in cui la stessa sofferenza consiste. Basti pensare al caso in cui il debitore proceda a una gratuita dismissione di cespiti di valore: tale evenienza si traduce, come è ovvio, nell'impossibilità, da parte di quel soggetto, di far fronte alla propria inadempienza attraverso la monetizzazione dei detti beni» (Cass., 15 dicembre 2020, n. 28635, in *De Jure*).

Sulla segnalazione delle esposizioni deteriorate si veda anche la Circolare della Banca D'Italia, del 30 luglio 2008, n. 272.

¹¹² La posizione del cliente non è, invece, oggetto di segnalazione o, comunque, cessa di essere segnalata, tra le altre ipotesi, qualora l'imprenditore torni *in bonis* e, dunque, venga meno lo stato di insolvenza o la situazione ad essa equiparabile.

dell'impresa (d'altra parte, la finalità di un tale sistema informativo è proprio quella di agevolare un più efficiente esercizio dell'attività creditizia, mediante uno *screening* completo del soggetto richiedente il credito).

Il rilievo è interessante perché, a ben vedere, proprio il menzionato vantaggio informativo, pur funzionale al rispetto dei doveri di diligenza del *bonus argentarius*, è stato, talvolta, posto a fondamento di un obbligo della banca di condividere i dati così acquisiti con gli altri operatori del mercato, ovvero, quantomeno, di astenersi dal deludere l'affidamento che i terzi ripongono nel fatto che, potendo essa disporre di tutti i dati necessari a valutare il merito creditizio, si asterrà dal sovvenzionare un'impresa non affidabile¹¹³.

Tuttavia, per quanto concerne il presunto dovere degli istituti di credito di condividere con altri operatori le informazioni ottenute nel corso delle istruttorie sul merito creditizio, si è correttamente osservato come non esista, nel nostro ordinamento, un diritto soggettivo dei terzi di essere informati sulle condizioni di solvibilità dell'impresa, così come non esiste, specularmente, un dovere configurabile in capo alla banca di fornire informazioni a riguardo¹¹⁴.

Peraltro, non soltanto non esiste alcuna disposizione che imponga un simile dovere, ma una diffusione di informazioni concernenti la reputazione economica dell'imprenditore potrebbe risultare addirittura lesiva di diritti alla riservatezza dell'imprenditore, il quale, legittimamente, potrebbe avere interesse (anche per ragioni di concorrenza) a

¹¹³ DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 179; NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., p. 240; ROPPO, *La responsabilità delle banche*, cit., p. 871.

Diverso è, naturalmente, il caso di errata segnalazione alla Centrale Rischi. In tal caso, infatti, è pacificamente ammesso il diritto del cliente erroneamente segnalato di ottenere il relativo risarcimento del danno, sempreché risulti provato «l'accertamento sia del nesso causale tra la condotta illecita e la contrazione dei finanziamenti o la perdita possibilità di accesso al credito sia del nesso causale tra la contrazione dei finanziamenti e il peggioramento dell'andamento economico del soggetto danneggiato» (Cass., 1° luglio 2020, n. 13264, in *De Jure. Conf.*, tra le tante, Cass., 10 febbraio 2020, n. 3133, *ivi*), non potendosi tale danno ritenere comunque *in re ipsa* (Cass., 5 agosto 2019, n. 20885, in *Guida al diritto*, 2019, XLVII, p. 58, secondo cui « il danno all'immagine e alla reputazione per illegittima segnalazione alla Centrale rischi, in quanto costituente danno conseguenza, non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, dovendo essere allegato e provato da chi ne domanda il risarcimento»; Cass., 8 gennaio 2019, n. 207, *ivi*, 2019, VI, p. 60; Cass., 28 marzo 2018, n. 7594, in *DeJure*).

¹¹⁴ DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 178; NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., p. 236.

non condividere tali informazioni con il mercato.

Per quanto, invece, riguarda il dovere della banca di astenersi dal finanziare un'impresa non meritevole, al fine di non indurre i terzi in errore sullo stato di solvibilità del sovvenuto, pare, certamente, ragionevole affermare che sugli istituti di credito – così come su qualsiasi altro operatore economico – grava il dovere di non inquinare «le normali condizioni di trasparenza in cui si svolgono (o dovrebbero svolgersi) le relazioni di mercato»¹¹⁵.

Cionondimeno, se, per un verso, è condivisibile ritenere che, sebbene non possa rinvenirsi uno specifico obbligo in capo alla banca di promuovere la trasparenza al di fuori della relazione contrattuale instaurata con la clientela, essa abbia comunque l'onere di astenersi dall'inquinare le condizioni di trasparenza del mercato, non sembra, tuttavia, altrettanto logico ritenere che la violazione di tale obbligo possa far sorgere una responsabilità del soggetto finanziatore nei confronti dei terzi che operano sul mercato.

Ciò in quanto, anzitutto, non può ignorarsi che le banche sono tenute al segreto bancario relativamente alle posizioni dei loro clienti, i quali, come già osservato, potrebbero avere interesse (per ragioni di concorrenza o di riservatezza) ad evitare che la propria esposizione debitoria venga portata a conoscenza di terzi, clienti e concorrenti.

In secondo luogo, sembra, secondo chi scrive, più corretto, sulla base di quanto affermato in tema di interessi protetti dalle norme sulla diligenza bancaria (*supra*, par. 3.2.) ritenere che un comportamento da parte del finanziatore non conforme alle prescrizioni dell'ordinamento bancario in tema di trasparenza possa, al più, comportare una responsabilità dinanzi alle Autorità di vigilanza e non, invece, nei confronti dei soggetti estranei al sistema creditizio¹¹⁶. Non è concettualmente sbagliato, infatti, far derivare dalla disciplina sulla concessione del credito una funzione pubblicistica delle

¹¹⁵ DI MARZIO, *Op. ult. cit.*, p. 179.

¹¹⁶ Cfr., in tal senso, ROPPO, *Crisi d'impresa*, cit., p. 876; VISCUSI, *Profili di responsabilità*, cit., p. 1121 s. Ma *contra*, si veda Trib. Prato, 15 febbraio 2017, in *Giur comm.*, 2018, 2, II, p. 236, secondo cui «le disposizioni [di vigilanza dell'ordinamento sezionale del credito, n.d.r.] non avrebbero rilevanza solo all'interno dell'ordinamento settoriale del credito, con le conseguenze previste da tale ordinamento in caso di violazione [...] ma avrebbero rilevanza anche esterna, qualora le banche, trasgredendole, arrechino un danno ad altri».

imprese bancarie e affermare, pertanto, che l'attività di queste ultime deve essere coerente con il perseguimento degli interessi generali del mercato; tali interessi devono, però, essere correttamente ricondotti a quelli facenti capo ai risparmiatori e agli investitori, la cui posizione viene direttamente lesa da un comportamento non economico della banca e non, al contrario, con quelli dei terzi creditori dell'affidato, i quali solo indirettamente possono subire un pregiudizio dal finanziamento di un soggetto non meritevole.

Il punto verrà affrontato *amplius* nel Capitolo quarto, relativo alla responsabilità della banca in caso di finanziamento illecito. Ciò che preme, però, sin da subito, evidenziare è che se, come si vedrà, ci sono effettivamente ipotesi in cui la banca può essere chiamata a rispondere per aver finanziato un soggetto decotto, esse, tuttavia, non si fondano sulla violazione delle norme sulla trasparenza bancaria, dal momento che esse, per le ragioni esposte, sono preordinate a tutelare situazioni giuridiche non coincidenti con quelle dei soggetti che si affermano lesi dal credito accordato ad un soggetto decotto.

CAPITOLO II

I FINANZIAMENTI ALLE IMPRESE IN CRISI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Gli incentivi all’apporto di nuova finanza alle imprese in crisi nella Legge fallimentare. – 2.1. Finanziamenti e consecutio tra procedure concorsuali. – 3. Gli incentivi all’apporto di nuova finanza alle imprese in crisi nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. – 4. Le forme di finanziamento all’impresa in crisi. – 5. Nozione di finanziamento. – 6. La sistematizzazione della normativa sui finanziamenti ad opera del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. – 7. La finanza “ponte” (art. 99, comma 5, CCII). – 8. La finanza “interinale” (art. 99, comma 1, CCII). – 9. La finanza “in esecuzione” (art. 101 CCII).

1. Premessa.

Nel Capitolo precedente, si è cercato di ricostruire i meccanismi e le logiche interne all’ordinamento bancario che governano la concessione del credito. Ciò, in particolare, al fine di comprendere quali siano gli atteggiamenti che gli istituti di credito possono assumere dinanzi alla richiesta di sostegno finanziario da parte di un’impresa in crisi e, quindi, quali siano le effettive speranze che l’azienda in difficoltà può riporre in un simile intervento.

È emerso, dunque, che, per quanto l’iniezione di nuova finanza possa considerarsi essenziale nel corso dei tentativi di risanamento¹, tuttavia le esigenze imprenditoriali

¹ BOTTAI, *I finanziamenti alle imprese in crisi nella Legge fallimentare*, in BOTTAI – GALLOTTA, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2021, p. 117; CAZZETTA, *Continuità aziendale e tutela del credito. Il finanziamento bancario all’impresa in crisi*, Napoli, 2020; GALLOTTA, *L’approccio del d.lgs. 14/2019 al problema dei finanziamenti alle imprese in crisi*, in BOTTAI – GALLOTTA, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2021, p. 168; GIORGI, *I finanziamenti all’impresa in crisi tra il labirinto delle prededuzioni e la selva della frammentazione dei riti*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, II, p. 263; SCHLESINGER, *Imprese insolventi e credito bancario: considerazioni introduttive*, in *Il Fallimento*, 1985, p. 243; SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice. Commento tematico ai dd.lgs. nn. 14/2019 e 83/2022*, AMBROSINI (diretto da), Torino, 2022, p. 826; VATTERMOLI, *I “finanziamenti prededucibili” nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*,

del banchiere e la necessità di evitare operazioni ad alto rischio (*id est*, le regole di diligenza) impongono, talvolta, alle banche di astenersi dal concedere credito ad un soggetto che, secondo una prognosi svolta in sede di istruttoria sul merito creditizio, non sarà, verosimilmente, in grado di restituire la somma ricevuta e i relativi interessi nei termini stabiliti contrattualmente. La violazione dei doveri del *bonus argentarius*, infatti, potrebbe portare l'istituto di credito a rispondere del suo operato contrario al criterio del profitto dinanzi alle Autorità di vigilanza, preposte a garanzia della “*sana e prudente gestione dei soggetti vigilati*”², ovvero dinanzi a risparmiatori e investitori.

Tuttavia, se deve ritenersi che il banchiere goda della discrezionalità tipica dell'imprenditore nell'esercizio della propria attività e se non si può, dunque, ravvisare un obbligo in capo a tale soggetto di sovvenzionare l'impresa in crisi al fine di consentirne il ritorno *in bonis*³, deve, per altro verso, riconoscersi che il legislatore mostra un deciso *favor* nei confronti dei tentativi di risanamento⁴ e, dunque, logicamente, nei confronti dell'apporto della finanza indispensabile perché essi abbiano concrete *chance* di successo⁵.

Ciò risultava incontestabile già in seguito alle riforme della Legge fallimentare intervenute a partire dal 2005, ma è oggi ancor più vero alla luce del d.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14, emanato in attuazione della legge delega del 19 ottobre 2017, n. 155 e recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII).

in AA.VV., *Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, IV, p. 746.

² Cfr. art. 5, comma 1, T.u.b.

³ ABBADESSA, Voce *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 531, secondo cui l'obbligo delle banche di concedere credito «sarebbe [...] in radicale contrasto con il ruolo tipico (selettivo) che in un'economia di mercato la banca è chiamata a svolgere rispetto al processo di allocazione ottimale delle risorse»; BIVONA, L'“*obbligo di far credito*” nelle discipline emergenziali, in *Nuova giur. civ.*, 2022, I, p. 99.

⁴ D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Milano, 2013, p. 625; LEUZZI, *L'evoluzione del valore della continuità aziendale nelle procedure concorsuali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, II, pp. 479 ss.

⁵ MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1090; NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell'indebitamento dell'impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 808; STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 1075.

Infatti, come si vedrà, sia nella Legge fallimentare, sia nel Codice della crisi, sono presenti numerose norme che contemplano incentivi all'erogazione di credito al debitore in crisi e che, a ben vedere, consentono alla banca di neutralizzare, in parte, il rischio insito in un finanziamento concesso ad un soggetto non più *in bonis*.

Ciò che, verosimilmente, sarà in grado, per un verso, di incidere sui meccanismi valutativi del merito creditizio in senso più favorevole al cliente, in quanto contribuirà a superare il timore degli istituti di credito di non riuscire a recuperare la somma erogata; per altro verso, imporrà di riconsiderare i confini di responsabilità degli istituti di credito nell'ambito dei finanziamenti all'impresa in crisi, dal momento che, come è intuibile, sarebbe una contraddizione ritenere che il legislatore possa chiamare la banca a rispondere per aver concesso un finanziamento a un'impresa in crisi quando quel finanziamento è stato auspicato e incentivato (e, dunque, ritenuto meritevole) dalla legge stessa.

Con la riserva di approfondire nei Capitoli terzo e quarto, dedicati alla patologia dei rapporti banca-impresa, quest'ultimo aspetto, in questa sede sembra, pertanto, opportuno, dapprima, indagare quale sia il trattamento riservato dalla normativa sulla crisi d'impresa alle banche e, più nello specifico, ai finanziamenti da queste erogati (Sezione prima), per poi passare all'esame delle principali forme di sostentamento bancario all'imprenditore in crisi (Sezione seconda).

Sezione prima

GLI INCENTIVI AL FINANZIAMENTO ALLE IMPRESE IN CRISI

2. *Gli incentivi all'apporto di nuova finanza alle imprese in crisi nella Legge fallimentare.*

La Legge fallimentare nella sua ultima formulazione prima dell'entrata in vigore del Codice della crisi, conteneva disposizioni particolarmente favorevoli per l'istituto di credito che avesse finanziato un debitore in stato di difficoltà economico-finanziaria o, addirittura, di decozione.

Tali previsioni, in particolare, rappresentavano il risultato di un mutamento culturale che aveva riguardato, per un verso, il ceto bancario e, per altro verso, l'impresa in crisi; risultato che, per quanto concerne le procedure concorsuali, aveva trovato consacrazione nella stagione delle riforme del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, inaugurata dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (c.d. "Decreto competitività")⁶.

Più precisamente, con riferimento agli istituti di credito, le modifiche apportate alla Legge fallimentare avevano comportato un regime di «netto favore, se non di vero e proprio privilegio»⁷.

Tale *favor* nei confronti delle banche veniva agevolmente spiegato, in dottrina, alla luce della diversa posizione ricoperta, rispetto al passato, da tali soggetti nel rapporto contrattuale con il cliente⁸. Infatti, in origine, gli istituti di credito godevano di una netta supremazia nei confronti dei correntisti, la quale era dovuta, principalmente, alla

⁶ Il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 è stato, poi, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, il quale, al contempo, ha conferito deleghe al governo per una più ampia riforma della Legge fallimentare, cui è stata data attuazione dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e con il d.l. 12 settembre 2007, n. 169. Una ulteriore significativa riforma è avvenuta, successivamente, ad opera del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134 e ad opera del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2015, n. 132 (per una ricostruzione delle riforme della Legge fallimentare si veda GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d'impresa*, Torino, 2016, pp. 1 ss.).

⁷ L'espressione è di NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 226; ID., *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le Società*, 2007, IV, p. 439; ID., *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 306 s.

⁸ NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, cit., p. 442.

rilevanza ed essenzialità dell'attività svolta e all'assenza di una normativa specifica sull'erogazione del credito. Ciò si traduceva, dunque, nell'imposizione al cliente di contratti caratterizzati da una decisa riduzione dell'alea contrattuale sopportata dalla banca (ad esempio, tramite la previsione di clausole limitative della responsabilità). Il legislatore, pertanto, al fine di riequilibrare le posizioni degli operatori del mercato, compensava la preminenza ricoperta dagli istituti di credito in sede contrattuale con una penalizzazione in sede concorsuale e, dunque, con un aumento dell'area di rischio nei confronti dei terzi. Al contrario, il ridimensionamento del potere delle banche nei rapporti con i correntisti, dovuto ad interventi normativi e giurisprudenziali⁹, ha

⁹ Si pensi, ad esempio, alla disciplina sulla trasparenza contenuta nel Testo unico bancario, ovvero alla giurisprudenza sulle clausole anatocistiche (cfr. Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, II, p. 649, con nota di PORZIO, *Rilievi critici sulle recenti sentenze della Cassazione in materia di anatocismo*, secondo cui «la previsione contenuta nei contratti di conto corrente bancario, concernente la capitalizzazione trimestrale degli interessi dovuti dal cliente, in quanto basata su un mero uso negoziale e non su una vera e propria norma consuetudinaria, è nulla, in quanto anteriore alla scadenza degli interessi»; Cass., 30 marzo 1999, n. 3096, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1153, secondo cui «essendo la pratica della capitalizzazione trimestrale degli interessi un uso negoziale (e non normativo), va comunque escluso che il contratto di finanziamento intrattenuto dalla banca col cliente possa essere automaticamente integrato, ex art. 1374 c.c., dalla clausola corrispondente»; C. Cost., 17 ottobre 2000, n. 425, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 1, con nota di MUCCIARONE, *L'anatocismo bancario: tra usi, interventi governativi e clausola Nub*, secondo cui «è costituzionalmente illegittimo – in riferimento all'art. 76 cost., per eccesso di delega rispetto all'art. 1, comma 5, l. 24 aprile 1998 n. 128 – l'art. 25, comma 3, d.lg. 4 agosto 1999 n. 342, nella parte in cui stabilisce che le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti bancari stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera del Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (Cicr) relativa alle modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria (delibera poi emessa il 9 febbraio 2000 ed entrata in vigore il 22 aprile 2000), siano valide ed efficaci fino a tale data e che, dopo di essa, debbono essere adeguate – a pena di inefficacia da farsi valere solo dal cliente – al disposto della menzionata delibera, con le modalità ed i tempi ivi previsti»; Cass. S.U., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Rivista della Corte dei conti*, 2004, VI, p. 213, secondo cui «le clausole anatocistiche di capitalizzazione trimestrale degli interessi a debito del correntista bancario sono nulle per contrasto con l'art. 1283 c.c., e, pertanto, l'efficacia *ex tunc* della succitata nullità si estende anche alle clausole *de quibus* inserite nei contratti stipulati anteriormente al 1999»; Cass. SU., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Resp. civ. e prev.* 2011, III, p. 697, secondo cui «l'interpretazione data dal giudice di merito all'art. 7 del contratto di conto corrente bancario, stipulato dalle parti in epoca anteriore al 22 aprile 2000, secondo la quale la previsione di capitalizzazione annuale degli interessi contemplata dal comma 1 di detto articolo si riferisce ai soli interessi maturati a credito del correntista, essendo invece la capitalizzazione degli interessi a debito prevista dal comma successivo su base trimestrale, è conforme ai criteri legali d'interpretazione del contratto ed, in particolare, a quello che prescrive l'interpretazione sistematica delle clausole; con la conseguenza che, dichiarata la nullità della surriferita previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 c.c., (il quale

portato, sempre in un'ottica compensativa, ad una minore penalizzazione rispetto ai terzi all'interno delle procedure concorsuali (ad esempio, come si vedrà a breve, attraverso il "depotenziamento" dell'azione revocatoria fallimentare).

Quanto, invece, all'atteggiamento del legislatore nei confronti dell'impresa in crisi, abbandonata la tradizionale concezione del fallito quale *decoctor ergo fraudator*¹⁰ e della crisi dell'impresa quale evento patologico e distruttivo cui può seguire, unicamente, l'espulsione del complesso produttivo dal mercato, le riforme iniziate nel 2005 avevano relegato, almeno negli auspici legislativi, il fallimento ad *extrema ratio*. In

osterebbe anche ad un'eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale), gli interessi a debito del correntista debbono essere calcolati senza operare capitalizzazione alcuna»; C. Cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *Giust. civ.*, 2012, 5, I, p. 1146, secondo cui «l'art. 2, comma 61 d.l. 29 dicembre 2010 n. 225 (comma aggiunto dalla legge di conversione 26 febbraio 2011 n. 10), che stabilisce che 'In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'art. 2935 c.c. si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa', è costituzionalmente illegittimo per essere in contrasto con il canone generale della ragionevolezza delle norme (la disposizione, autoqualificantesi di interpretazione autentica e, pertanto, con efficacia retroattiva, infatti, lungi dall'esprimere una soluzione ermeneutica rientrante tra i significati ascrivibili all'art. 2935 c.c., ad esso nettamente deroga, innovando rispetto al testo previgente, peraltro senza alcuna ragionevole giustificazione e anzi l'efficacia retroattiva della deroga rende asimmetrico il rapporto contrattuale di conto corrente perché, retrodatando il decorso del termine di prescrizione, finisce per ridurre irragionevolmente l'arco temporale disponibile per l'esercizio dei diritti nascenti dal rapporto stesso, in particolare pregiudicando la posizione giuridica dei correntisti che, nel contesto giuridico anteriore all'entrata in vigore della norma denunciata, abbiano avviato azioni dirette a ripetere somme ai medesimi illegittimamente addebitate) e con l'art. 117, comma 1, cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (la Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, ha più volte affermato che se, in linea di principio, nulla vieta al potere legislativo di regolamentare in materia civile, con nuove disposizioni dalla portata retroattiva, diritti risultanti da leggi in vigore, il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'art. 6 Cedu ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia)»; Cass., 9 maggio 2020, n. 9140, in *Foro it.*, 2020, 12, I, p. 3906, secondo cui «posto che le clausole anatocistiche inserite in contratti di conto corrente conclusi prima dell'entrata in vigore della delibera Cicr 9 febbraio 2000 sono radicalmente nulle, affinché in tali contratti sia introdotta validamente una nuova clausola di capitalizzazione degli interessi è necessaria un'espressa pattuizione formulata nel rispetto dell'art. 2 della predetta delibera»).

¹⁰ Significativo, in tal senso, quanto scriveva BALDO DEGLI UBALDI, *Consilia*, V, Venezia, 1575, p. 399: «*falliti sunt infami et infamissimi et more antiquissimae legis tradi creditoris laniandi ... Nec excusantur ob adversam fortunam est decoctor ergo fraudator; sic lex enim vocat eos, unde edictum fraudatorium*»; MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017, p. 295; NUZZO, *Le conseguenze personali del fallimento. Dalla "morte civile" alla politica della seconda opportunità*, in *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, LANDI – PETRUCCI (a cura di), Torino, 2017, p. 219.

altre parole, la Legge fallimentare riformata mostrava uno spiccato *favor* nei confronti delle soluzioni negoziate della crisi d'impresa e dei meccanismi di conservazione degli *assets* aziendali¹¹, consentendo, dunque, da un lato, di affrontare la crisi in un'ottica non punitiva per il debitore, considerato *honest but unfortunate*¹² e, dall'altro lato, di recuperare e reinserire nella vita economica l'impresa e l'imprenditore e consentirgli, dunque, un *fresh start*¹³.

Proprio l'esigenza di incoraggiare i tentativi di recupero dell'impresa e di scongiurare l'espulsione del debitore dal mercato avevano comportato, tra l'altro¹⁴, un significativo intervento del legislatore volto ad incentivare l'apporto di nuova finanza nei confronti di un soggetto che, altrimenti, avrebbe potuto incontrare – dato il carattere conclamato della sua situazione economico-finanziaria – diverse difficoltà ad accedere al credito commerciale.

¹¹ TARZIA GIO., *Le indicazioni del disegno di legge delega in tema di azioni revocatorie*, in *Il Fallimento*, 2016, p. 1055 s.

¹² MINICUCCI, *Il dolo nella bancarotta. Alla ricerca della tipicità soggettiva della fattispecie patrimoniale*, Firenze, 2018, p. 19; MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, MONTALENTI (a cura di), Milano, 2018, p. 11; NORELLI, *L'esdebitazione del fallito*, in *Esecuzione forzata*, 2006, pp. 4 ss.; RECCIA, *La sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta prefallimentare*, Torino, 2018, p. 19.

¹³ Cfr. la Relazione illustrativa al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, secondo cui la riforma si ispirava «ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale. Nella legislazione dei Paesi europei si è da tempo affermata la tendenza non dissimile volta a considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, ed in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali».

¹⁴ Si pensi, ad esempio, all'introduzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art.* 182-bis l.fall. e alla riforma del concordato preventivo ad opera del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, l.fall., ovvero all'introduzione dell'istituto dell'esdebitazione *ex art.* 142 l.fall. ad opera del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Sulle modifiche alla Legge fallimentare si vedano AA.VV., *Le nuove norme processuali e fallimentari: commento del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 e della Legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80*, PUNZI – RICCI (a cura di), Padova, 2005; AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare: commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al D.L. 35, 2005 e al D. lgs. 5, 2006)*, JORIO (diretto da) – FABIANI (coordinato da), Bologna, 2006; PANZANI, *L'esdebitazione. La riforma del fallimento e delle procedure esecutive individuali: una riforma mancata*, in *Le Società*, 2007, IV, p. 475; AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 469.

In particolare, il sistema di incentivi all'apporto di nuova finanza ai fini della buona riuscita degli strumenti privati di composizione delle crisi (quali i concordati preventivi *ex art. 160 l.fall.*, gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis* e i piani di risanamento *ex art. 67, comma 3, lett. d)*, l. fall.) si era tradotto, anzitutto, nel “depotenziamento”¹⁵ dell'azione revocatoria fallimentare, per cui erano protetti dall'inefficacia gli atti, pagamenti e garanzie concesse su beni del debitore, posti in essere in esecuzione o di un piano attestato che apparisse idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria (art. 67, comma 3, *lett. d)*, l.fall.), o di un concordato preventivo, ovvero di un accordo di ristrutturazione omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* l.fall., nonché gli atti, pagamenti e garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161 l.fall. (art. 67, comma 3, *lett. e)*, l. fall.)¹⁶. È evidente, infatti, che tali norme proteggevano, tra l'altro, anche i rimborsi o le garanzie concesse sui finanziamenti bancari, purché in esecuzione di un tentativo di risanamento, ovvero dopo il deposito della domanda di concordato¹⁷.

Sempre in tema di protezione dall'efficacia delle azioni revocatorie fallimentari, veniva, poi, in rilievo il Testo unico bancario, in quanto l'art. 39, comma 4 prevedeva, all'interno della disciplina del credito fondiario, secondo la medesima logica dell'art. 67, comma 3, l.fall., che la relativa ipoteca non fosse assoggettabile a revocatoria fallimentare quando fosse stata iscritta (solo) dieci giorni prima della pubblicazione della

¹⁵ Cfr. D'ORAZIO, *I finanziamenti e la legislazione emergenziale*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1272; PATTI, *L'azione revocatoria fallimentare tra depotenziamento e dubbi di legittimità costituzionale*, in *Il Fallimento*, 2006, p. 282; QUARANTA, *L'azione revocatoria fallimentare*, in AA.VV., *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, CELENTANO – FORGILLO (a cura di), Milanofiori Assago, 2008, p. 825; BERTACCHINI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, pp. 212 e 225 ss.

¹⁶ NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, cit., p. 439. Inoltre, rilevante nel senso di un trattamento di favore per il ceto bancario era anche la previsione di cui all'art. 67, comma 3, *lett. b)*, l.fall., secondo cui erano esenti da revocatoria anche le rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non avessero ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca.

¹⁷ BONFATTI, *Il sostegno finanziario delle imprese in crisi*, in AA.VV., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali. Atti del convegno di Lanciano (26 e 27 novembre 2010)*, BONFATTI – FALCONE (a cura di), Milano, 2011, pp. 90 ss., secondo cui, peraltro, l'art. 67, comma 3, l.fall. trova applicazione anche all'azione revocatoria ordinaria; SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 830.

sentenza dichiarativa di fallimento e disponeva l'inapplicabilità dell'art. 67 l. fall. ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari¹⁸.

Insomma, il legislatore, attraverso la preclusione all'operatività delle azioni revocatorie fallimentari, mirava a proteggere proprio il ceto bancario e ciò in quanto riconosceva l'essenzialità, per la buona riuscita dei piani attestati di risanamento, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e del concordato preventivo, dell'apporto di nuova finanza (si pensi alle spese di procedura, ovvero al pagamento dei compensi dei professionisti che assistono il debitore nell'elaborazione e presentazione delle domanda di accesso alle procedure)¹⁹.

Un ulteriore incentivo al finanziamento alle imprese in crisi era, inoltre, rappresentato dall'istituto della prededuzione²⁰.

Infatti, l'art. 111, comma 2, l.fall. applicava tale trattamento di favore, da un lato, ai crediti "*così qualificati da una specifica disposizione di legge*", nonché, dall'altro lato, a quelli sorti "*in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*"²¹, impiegando in tal modo la soddisfazione preferenziale come strumento per assicurare l'immediata soddisfazione del proprio credito a chi avesse finanziato l'impresa nel corso della risoluzione della crisi²².

¹⁸ FALCONE, Sub *art. 49*, in AA.VV., *Testo unico bancario. Commentario*, PORZIO (a cura di), Milano, 2010, p. 392.

¹⁹ BONFATTI, *Op. ult. cit.*, p. 90; NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 439; NIGRO, *Considerazioni conclusive*, AA.VV., *Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, IV, p. 807.

²⁰ Cfr., sul punto, la Relazione illustrativa al d.l. 31 maggio 2010, n. 78, (disponibile su *m.flcgil.it*) dove, in relazione all'introduzione dell'art. 182-*quater* l.fall., si legge che «la disposizione di cui al comma 1 è volta a favorire e promuovere l'erogazione di nuovi finanziamenti all'impresa in difficoltà da parte sia di intermediari bancari e finanziari che dei soci. Nella prassi applicativa, infatti, se diffusi sono gli accordi nei quali creditori e soci sono soliti rinunciare a parte dei 50 crediti esistenti ovvero concedere moratorie in funzione del risanamento dell'impresa, più complesse sono le determinazioni in ordine alla erogazione di nuovi finanziamenti. Questi ultimi comportano un ulteriore accrescimento del rischio di credito da parte del finanziatore e il riconoscimento, sia pur in presenza di specifiche condizioni, del beneficio della prededucibilità potrebbe rappresentare un importante incentivo nella loro erogazione a sostegno dell'impresa».

²¹ MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1092; BONFATTI, *Op. ult. cit.*, p. 98.

²² Cfr. D'ORAZIO, *I finanziamenti e la legislazione emergenziale*, cit., p. 1272.

Più precisamente, per quanto riguarda la prima categoria di crediti prededucibili (e, cioè, quelli così qualificati da una disposizione di legge), vi rientravano certamente i finanziamenti concessi in esecuzione di un concordato preventivo, ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (art. 182-*quater*, comma 1, l.fall., c.d. “finanziamenti alla ristrutturazione”), i finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o della domanda di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti, a condizione che i finanziamenti fossero previsti dal piano di cui all’art. 160 l.fall. o dall’accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione fosse stata espressamente disposta nel provvedimento di accoglimento della domanda di ammissione al concordato o di omologazione dell’accordo (art. 182-*quater*, comma 2, l.fall., c.d. “finanza ponte”), i finanziamenti autorizzati in pendenza della procedura di concordato o della domanda di omologazione di un accordo (art. 182-*quinquies*, commi 1-4, l.fall., c.d. “finanza interinale”), nonché, infine, i crediti derivanti da atti legalmente compiuti dal debitore ai sensi dell’art. 161, comma 7, l.fall²³.

Per quanto, invece, concerne i crediti sorti in funzione o in occasione delle procedure concorsuali – fermo restando che, secondo chi riteneva che gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis* l.fall. difettassero della natura di procedura concorsuale, tale

²³ Nessuna prededuzione, invece, è prevista per la nuova finanza erogata nell’ambito di un piano attestato di risanamento *ex art. 67*, comma 3, *lett. d*), l.fall., in relazione al quale, dunque, l’incentivo al finanziamento è limitato all’esonero dall’operare dell’azione revocatoria fallimentare (cfr. AGOSTINELLI, *Sub art. 111*, in AA.VV., *Codice del fallimento*, PAJARDI – PALUCHOWSKI (a cura di), Milano, 2013, p. 1388).

norma non poteva trovare applicazione²⁴ – la prededuzione veniva accordata²⁵ ogniqualvolta il debito fosse stato contratto nell’interesse della massa o, comunque, fosse derivato da attività di terzi poste in essere a vantaggio del ceto creditorio²⁶ (si pensi, ad esempio, ad un finanziamento concesso al debitore al fine di consentirgli di ottenere servizi strumentali all’accesso alle procedure concorsuali²⁷, oppure alle anticipazioni bancarie concesse al debitore in relazione a crediti ceduti alla banca sorti nell’esercizio dell’impresa in caso di continuità aziendale in pendenza di una procedura concorsuale).

Gli interventi legislativi volti ad incentivare l’erogazione di nuova finanza all’impresa in crisi avevano riguardato, poi, anche l’ambito della responsabilità penale: in

²⁴ Si veda, ad es., AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Il Fallimento*, 2012, pp. 1137 ss.; BONFATTI, *I “cerchi concentrici” della concorsualità e la prededuzione dei crediti (“dentro o fuori”?)*, in *Il caso.it*, p. 2; CASTIELLO D’ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 605; NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d’impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 377; PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, p. 104; PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 193. In giurisprudenza si veda Trib. Bologna, 17 novembre 2011, in *Il Fallimento*, 2012, p. 594, con nota di BONFATTI, *Pluralità di parti ed oggetto dell’accertamento del Tribunale nell’accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall. (e nel concordato preventivo)*; Trib. Roma, 27 febbraio 2019, in Trib. Roma 27 febbraio 2019, in *Il Fallimento*, 2019, p. 1330. Ma *contra* si veda DELLE MONACHE, *Profili dei «nuovi» accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 549; TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012, p. 26; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una “procedura concorsuale”: la Cassazione completa il percorso*, in *Il Fallimento*, 2018, p. 992. In giurisprudenza, Cass., 18 gennaio 2018, n. 1182, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 5, p. 515; Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896, *ivi*, 5, II, p. 515; Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in *DeJure*; Cass., 21 giugno 2018, n. 16347, in *Guida al diritto 2018*, 48, p. 90; Cass., 8 maggio 2019, n. 12064, in *DeJure*; Cass., 27 novembre 2019, n. 31051, in *Giur. comm.*, 2020, 5, II, p. 1084.

²⁵ Cfr. Cass., 5 marzo 2014, n. 5098, in *Giur.it.*, 2014, 7, p. 1650.

²⁶ AGOSTINELLI, *Op. ult. cit.*, p. 1391 s.

Più precisamente, la giurisprudenza riteneva che il credito potesse dirsi sorto *in funzione* della procedura concorsuale in presenza di un «rapporto di coerenza teleologica della obbligazione con i fini della procedura» (ad esempio, in caso di spese preparatorie per la presentazione di una procedura concorsuale), mentre doveva ritenersi sorto *in occasione* della procedura concorsuale in presenza di un «legame temporale di coesistenza fra procedura concorsuale e obbligazione» e, dunque, nel caso di obbligazione assunta «durante la procedura e per il suo funzionamento» (Cosi Trib. Milano, 4 dicembre 2019, in *Il Fallimento*, 2020, p. 547).

²⁷ PACCHI, *La prededuzione dei crediti: notazioni generali*, in *Diritto della banca e dei mercati finanziari*, 2011, 3, p. 483.

particolare, con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, era stato introdotto l'art. 217-bis l.fall.²⁸, ai sensi del quale le disposizioni sui reati di bancarotta preferenziale (art. 216, terzo comma, l.fall.) e di bancarotta semplice (art. 217 l.fall.) “*non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) ... nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-quinquies e alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'articolo 22-quater, comma 1, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 116, nonché ai pagamenti ed alle operazioni compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti*”²⁹.

Come è stato osservato in dottrina, infatti, tale norma era stata introdotta proprio nell'interesse del ceto bancario ed era volta a rispondere all'esigenza di evitare che il rischio di incorrere in sanzioni penali in caso di insuccesso dei tentativi di risanamento e di successivo fallimento, potesse disincentivare l'assunzione di impegni finanziari nel corso delle procedure alternative al fallimento³⁰.

²⁸ BONATO, “How to get away with bankruptcy”, ovvero l'esenzione dai reati di bancarotta ex art. 217-bis l.fall., in *Il Fallimento*, 2018, pp. 269 ss.; DI VIZIO, *I rischi penali per gli operatori bancari in relazione ai finanziamenti con garanzia pubblica previsti dal decreto liquidità*, in AA.VV., *Finanziamenti e diritto della crisi nell'emergenza*, PACCHI – PISANESCHI (a cura di), Torino, 2020, pp. 83 ss.; D'ORAZIO, *I finanziamenti e la legislazione emergenziale*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1272.

²⁹ Secondo la tesi prevalente, si trattava di una causa di esclusione della tipicità: BONINI, *Note sulla causa di esclusione del fatto tipico ex art. 217-bis l. fallimentare*, in AA.VV., *Le procedure di composizione negoziata delle crisi e del sovraindebitamento*, BONFATTI – FALCONE (a cura di), Milano, 2014, p. 95; LOTTINI, *Sub art. 217-bis l.fall.*, in AA.VV., *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO, Milanofiori Assago, 2017, p. 2722; D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Le Società*, 2011, p. 202 s.

³⁰ Cfr., in tal senso, BASILE, *Art. 217-bis l.fall. e gruppi di società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2013, p. 203, secondo cui «l'attività di lobbying ad opera del settore creditizio nel corso dei lavori preparatori [...] funge da cartina di tornasole della già richiamata centralità della valutazione del “rischio penale” connesso alle nuove procedure risanatorie, nella prospettiva dei creditori (e in particolar modo delle banche) che assumono i conseguenti impegni finanziari, più che della stessa impresa che intenda ricorrervi»; LOTTINI, *Modifica della legge fallimentare – Il nuovo art. 217 bis l.fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 1366, secondo cui il legislatore del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, nell'introdurre l'art. 217-bis l.fall., avrebbe fatto proprie «sollecitazioni in tal senso provenienti dal mondo bancario».

Ancora, significativo in tal senso era stato il percorso di “privatizzazione” delle procedure concorsuali operato dalle citate riforme della Legge fallimentare, le quali, sulla base dell’assunto che la gestione della crisi fosse un fatto “privato” tra debitore e creditori, avevano attribuito un ruolo più attivo a tali soggetti, limitando le occasioni di intervento dell’autorità giudiziaria (si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all’eliminazione della dichiarazione d’ufficio del fallimento, ovvero alla riduzione dei poteri del giudice delegato, *etc.*)³¹. Ciò aveva, senza dubbio, incrementato i poteri riconosciuti ai creditori “forti” (intesi come titolari di crediti di maggiore ammontare e di capacità di finanziare gli interventi di recupero dell’attività) e dunque, ancora una volta, delle banche³².

Da ultimo, veniva in rilievo l’art. 41, comma 2, T.u.b.: tale norma, infatti, in coerenza con l’art. 51 l.fall. (il quale, nel vietare, dal giorno della dichiarazione di fallimento, qualsiasi azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati dopo il fallimento, faceva salva la diversa previsione di legge), prevedeva che l’appropriazione da parte del creditore fondiario fosse possibile anche in costanza di fallimento³³.

Dal complesso di norme poc’anzi ricordate si desumeva, dunque, la volontà del legislatore, dinanzi a un’impresa in stato di crisi, di incentivare la concessione di credito al fine di evitare che la situazione economica non ancora irreversibile degenerasse nell’insolvenza e, dunque, nel fallimento e nella conseguente espulsione dell’azienda dal mercato.

³¹ FALCONE, *La “gestione privatistica dell’insolvenza” tra accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in AA.VV., *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta»*. Atti del Convegno (Lanciano, 13 ottobre 2007), BONFATTI – FALCONE (a cura di), Milano, 2008, p. 271; GROSSI, *Il tribunale fallimentare e il giudice delegato*, in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, GHIA – PICCININNI – SEVERINI (a cura di), III, Milanofiori Assago, 2011, pp. 3 ss.; JORIO, *Le soluzioni concordati della crisi d’impresa tra “privatizzazione” e tutela giudiziaria*, in AA.VV., *Crisi d’impresa e riforme delle procedure concorsuali*. Atti del convegno, Milano, 2006, pp. 39 ss.; NIGRO, *Privatizzazione delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d’impresa*, JORIO (a cura di), Torino, 2007, p. 1.; ID., *“Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, pp. 359 ss.

³² NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., p. 439.

³³ APICE – MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012, p. 121.

Il medesimo atteggiamento, peraltro, poteva riscontrarsi anche in relazione al debitore in stato di decozione: infatti, anche in tale ipotesi, al fine di meglio soddisfare le ragioni dei creditori e di preservare, per quanto possibile, gli *assets* aziendali e i livelli occupazionali, il sistema normativo prediligeva, ancora una volta, l'iniezione di nuova finanza (si pensi all'art. 104, comma 8, l.fall., il quale, al fine di consentire l'esercizio provvisorio dell'impresa o l'affitto di azienda o di un suo ramo, prevedeva il rimborso in prededuzione, ai sensi dell'art. 111, comma 1, n. 1), l.fall., ovvero all'art. 20, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270³⁴, ai sensi del quale “*i crediti sorti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa e la gestione del patrimonio del debitore dopo la dichiarazione dello stato di insolvenza sono soddisfatti in prededuzione, a norma dell'articolo 111, primo comma, numero 1), della legge fallimentare*”).

Insomma, il *favor* del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 nei confronti dell'erogazione del credito all'impresa in crisi non può essere certamente revocato in dubbio³⁵: ciò che ha portato gli interpreti ad affermare che, al fine di evitare che la posizione privilegiata degli istituti di credito costituisse una violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della disparità di trattamento e della irragionevolezza, le banche non potessero ritenersi «semplici beneficiarie di trattamenti di favore», ma dovessero ricoprire un ruolo attivo nel salvataggio dell'impresa³⁶.

2.1. *Finanziamenti e consecutio tra procedure concorsuali.*

Prima di passare all'analisi delle norme che disciplinano i finanziamenti alle imprese in stato di difficoltà economico-finanziaria nel Codice della crisi è opportuno, secondo chi scrive, approfondire una questione interpretativa (sorta nel vigore della Legge fallimentare ma, come si vedrà, solo in parte – forse – risolta dal legislatore della riforma del 2019) la cui soluzione è suscettibile di incidere sul trattamento riservato alla banca finanziatrice.

³⁴ Norma dettata per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza.

³⁵ Tanto che, in relazione alle modifiche normative del 2005-2007, si era parlato di riforme “bancocentriche”: cfr. NIGRO, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 806.

³⁶ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., p. 439.

Il riferimento è, in particolare, al criterio, della “consecuzione tra procedure concorsuali”³⁷: si tratta, più precisamente, di un istituto elaborato in sede pretoria, la cui portata non è meramente teorica, ma, al contrario, condiziona profondamente, per quanto qui di interesse, la disciplina delle azioni revocatorie e della prededuzione.

Infatti, secondo la ricostruzione tradizionale, la consecuzione è un «fenomeno generalissimo, consistente nel collegamento sequenziale fra procedure concorsuali di qualsiasi tipo volte a regolare una coincidente situazione di dissesto dell’impresa (vuoi che essa si atteggi come crisi, vuoi che consista in una situazione di insolvenza, dato che stato di crisi e stato di insolvenza possono rappresentare una mera distinzione di grado della medesima crisi economica) e unite da un rapporto di continuità causale e unità concettuale piuttosto che di rigorosa successione cronologica»³⁸. Continuità causale e unità concettuale che deve essere esclusa, nello specifico, quando, sulla base di una valutazione di carattere giuridico-economico, debba ritenersi che «l’imprenditore, nell’eventuale iato temporale fra le procedure susseguitesi fra loro, sia intervenuto attivamente nella gestione dell’impresa ed abbia variato la consistenza economica del suo stato di dissesto in maniera sostanziale³⁹, introducendo elementi di rilevante difformità rispetto alla situazione in precedenza apprezzata dagli organi giudiziari»⁴⁰.

In altre parole, secondo tale ricostruzione, quando, alla luce di una valutazione complessiva, si può ritenere che le diverse procedure concorsuali siano intervenute al fine di regolare una medesima situazione di crisi economica, l’unicità della situazione

³⁷ Cfr. Cass., 11 giugno 2019, n. 15724, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, 4, II, p. 530; Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, in *Il Fallimento*, 2010, p. 1136, con nota di FERRO, *Consecuzione di procedure tra nuovo concordato preventivo e dichiarazione di fallimento*; Cass., 14 gennaio 2011, n. 821, in *Giust. civ. mass.*, 2011, p. 63; Cass., 28 maggio 2012, n. 8439, in *Giust. civ. mass.*, 2012, p. 717; Trib. Milano, 4 dicembre 2019, in *Il Fallimento*, 2020, p. 547. In dottrina si veda AMBROSINI, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali. Le altre procedure concorsuali*, VASSALLI–LUISO–GABRIELLI (diretto da), IV, Torino, 2014, p. 416.

³⁸ Così Cass., 11 giugno 2019, n. 15724, cit.

³⁹ *Id est*, abbia modificato la massa attiva e passiva.

⁴⁰ Cass., 19 aprile 2010, n. 9289, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 565; Cass., 28 luglio 1999, n. 8164, in *Il Fallimento*, 2000, p. 860.

sostanziale induce a considerarle un unico fenomeno, e, cioè, come se una procedura «si evolvesse nell'altra»⁴¹.

Orbene, il principio della *consecutio* tra procedure, come già accennato, influenzava l'applicazione delle regole sulle azioni revocatorie fallimentari e sulla prededucibilità dei crediti⁴².

Quanto al primo profilo, in particolare, si affermava⁴³ che se le due procedure succedutesi nel tempo erano intervenute al fine di regolare la medesima situazione di dissesto e dovevano, dunque, ritenersi un'unica procedura, allora anche il *dies a quo* del periodo sospetto, di cui agli artt. 64, comma 1, 65, 67, commi 1 e 2, e 69 l.fall., doveva essere “retrodatato” e, dunque, calcolato non con riferimento al momento della dichiarazione di fallimento, ma con riferimento alla data di ammissione alla prima procedura⁴⁴.

La regola era stata, poi, consacrata, per quanto riguarda il fallimento successivo al concordato preventivo, dall'art. 69-*bis*, comma 2, l.fall., introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, ai sensi del quale il *dies a quo* del periodo sospetto, nel caso in cui alla domanda di concordato fosse seguita la dichiarazione di fallimento, doveva farsi

⁴¹ Così Trib. Milano, 4 dicembre 2019, cit.

⁴² La *consecutio* tra procedure concorsuali, peraltro, stante la formulazione “generale” dell'art. 111, comma 2, l.fall., veniva ammessa dalla prevalente giurisprudenza non solo tra procedure minori e successivo fallimento (cfr. Cass., 29 gennaio 2010, n. 2167, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 133; Cass., 3 febbraio 2006, n. 2437, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 2; Cass., 13 dicembre 2002, n. 17844, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 2193) ma anche nel caso di successione tra sole procedure minori (cfr. Cass., 8 aprile 2013, n. 8534, in *DeJure*).

Inoltre, chi riteneva che gli accordi di ristrutturazione dei debiti avessero natura di procedura concorsuale, coerentemente applicava l'orientamento da ultimo citato anche a tali strumenti di regolazione della crisi (cfr. Trib. Milano, 4 dicembre 2019, cit.).

⁴³ Cfr. Cass., 13 aprile 2016, n. 7324, in *DeJure*; Cass., 6 agosto 2010, n. 18437, cit.; Cass., 14 marzo 2006, n. 5527, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 690.

⁴⁴ Per la ricostruzione del dibattito relativo alla necessità di ammissione alla prima procedura, ovvero alla sufficienza della presentazione della prima domanda ai fini della retrodatazione del periodo sospetto, si veda Cass., 5 gennaio 2022, n. 215, in *Guida al diritto*, 2022, p. 7, secondo cui «in tema di revocatoria fallimentare, ove la dichiarazione di fallimento sia stata preceduta da un concordato preventivo, il principio di consecuzione tra le procedure è destinato a operare, con la conseguente retrodatazione del *dies a quo* del periodo sospetto alla data di pubblicazione della domanda di concordato, anche nell'ipotesi in cui a quest'ultima non abbia fatto seguito il provvedimento di ammissione alla procedura, per essere stata la domanda respinta o abbandonata».

decorrere dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese⁴⁵.

È evidente, dunque, come l'applicazione del principio della consecuzione tra procedure concorsuali operasse in senso sfavorevole per gli istituti bancari (e, dunque, attenuasse il trattamento favorevole previsto in tema di revocatoria fallimentare) ogniqualvolta il finanziamento erogato all'imprenditore in crisi non fosse riconducibile alle ipotesi di esenzione di cui all'art. 67, comma 3, l.fall.: in questi casi, infatti, non solo la banca non avrebbe potuto beneficiare della protezione dall'azione revocatoria fallimentare, ma correva il rischio che i finanziamenti concessi o le garanzie ottenute *in limine* ad un tentativo di risanamento fossero revocati per effetto della retrodatazione del periodo sospetto.

Al contrario, l'operare della *consecutio* tra procedure concorsuali poteva produrre effetti favorevoli per gli istituti bancari nell'ambito della disciplina della prededuzione: con riferimento a tale istituto, infatti, nel vigore della Legge fallimentare, si discuteva sulla possibilità, per un credito prededucibile sorto nell'ambito di una procedura concorsuale, di mantenere il medesimo rango anche all'interno di una successiva procedura concorsuale.

Ciò in quanto, tradizionalmente, tale beneficio è stato ricostruito quale istituto di natura processuale, il quale determina una eccezione alla *par condicio creditorum* (poiché attribuisce il diritto di essere soddisfatti con preferenza rispetto agli altri creditori che partecipano al concorso) ed è in grado di realizzarsi e di assistere il credito solamente nella procedura in cui la prededuzione ha avuto origine. In tali aspetti, dunque, si differenzia dal privilegio, che, al contrario, ha natura sostanziale, poiché accede al credito garantito, ne presuppone l'esistenza, ne segue le sorti e ne consente la soddisfazione con preferenza rispetto ai crediti chirografari) e preesiste al procedimento esecutivo, nascendo al di fuori di esso⁴⁶.

⁴⁵ Cass., 5 gennaio 2022, n. 215, cit.

⁴⁶ Cass., 11 giugno 2019, n. 15724, cit.; Trib. Milano, 4 dicembre 2019, cit. In dottrina si veda ALESSI, *Debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 10; BOZZA – SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 470 ss.

Proprio a causa del fatto che, secondo la ricostruzione tradizionale, il debito prededucibile può godere di tale rango solo nella procedura nel cui ambito il credito è maturato, gli interpreti, allo scopo di consentire il permanere della prededuzione anche nelle successive procedure concorsuali, hanno invocato, ancora una volta, il principio della *consecutio* tra procedure. In particolare, si sosteneva che, dal momento che l'art. 111, comma 2, l.fall. si riferiva, con declinazione al plurale, ai crediti prededucibili sorti in occasione o in funzione “*delle procedure concorsuali*” di cui alla Legge fallimentare, allora la prededuzione poteva essere ammessa non solo nelle procedure in relazione alle quali la stessa era maturata, ma anche nel caso di procedure concorsuali tra loro legate da un rapporto di consecuzione⁴⁷.

Tale interpretazione, dunque, consentiva al creditore – e, quindi, per quanto rileva ai fini della presente indagine, anche alla banca che avesse concesso un finanziamento prededucibile – di non perdere il diritto, maturato nell'ambito della prima procedura, ad essere soddisfatto con precedenza rispetto agli altri creditori partecipanti al concorso, ma di mantenerlo anche nella successiva procedura concorsuale (si pensi, ad esempio, al credito derivante dal finanziamento concesso dall'istituto bancario ai sensi dell'art. 182-*quinquies* l.fall., insinuabile nel successivo fallimento, sulla base del principio della *consecutio*, in prededuzione)⁴⁸. Ciò costituiva, dunque, un ulteriore incentivo all'erogazione di credito prededucibile, in quanto la banca poteva contare sul fatto che, anche nel caso di insuccesso del tentativo di risanamento, il credito sarebbe stato, in ogni caso, rimborsato con preferenza.

Come si è anticipato, il legislatore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, evidentemente consapevole dell'interpretazione diffusasi nel vigore della Legge fallimentare, sembra aver preso posizione, almeno in relazione agli istituti della prededuzione e dell'azione revocatoria, sull'applicabilità del principio della *consecutio* tra procedure.

⁴⁷ Cass., 11 giugno 2019, n. 15724, cit.; Cass., 10 aprile 2019, n. 10106, in *DeJure*.

⁴⁸ SIRACUSA, *La prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti sorti in amministrazione controllata e concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 153; GIORGI, *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, Milano, Giuffrè, 1996.

Di tali novità normative si tratterà, tuttavia, nel paragrafo seguente, dedicato agli incentivi al finanziamento alle imprese in difficoltà economico-finanziaria nel Codice della crisi.

3. *Gli incentivi all'apporto di nuova finanza alle imprese in crisi nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.*

Tra i principali obiettivi del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14⁴⁹, vi è quello, esplicitato nella Relazione illustrativa al Codice della crisi⁵⁰, di consentire alle imprese sane, ma in difficoltà economico-finanziaria, di ristrutturarsi sin dai primi segnali della crisi, in modo tale da scongiurare l'insolvenza e rendere possibile la prosecuzione dell'attività⁵¹.

Ciò, in particolare, deriva dalla consapevolezza del legislatore che «le possibilità di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore, mentre il ritardo nel percepire i segnali di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a divenire irreversibile»⁵².

L'esigenza di preservare gli *assets* produttivi e, dunque, di sostenere le imprese in crisi, si è, poi, accentuata in seguito allo scoppiare della pandemia da Covid-19 e al suo impatto negativo sul sistema produttivo; ciò ha determinato, nel 2021, un ulteriore intervento normativo⁵³, poi trasfuso, con modificazioni, nel Codice della crisi ad opera del d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83. Con tali ultime novità legislative, dunque, sono state potenziate le misure e le procedure dirette al risanamento dell'impresa⁵⁴, così da

⁴⁹ Entrato in vigore – lo si ricorda – il 17 luglio 2022 (con le modifiche, da ultimo, apportate dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83), ad eccezione degli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388, entrati in vigore il 16 marzo 2019.

⁵⁰ Consultabile in *Il Fallimento.it*.

⁵¹ Ciò in conformità alle raccomandazioni provenienti dall'Unione Europea e, in particolare, dalla Raccomandazione della Commissione (UE) n. 135/2014.

⁵² In tal senso si esprime la Relazione illustrativa al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (pag. 5).

⁵³ Il riferimento è al d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito in l. 21 ottobre 2021, n. 147.

⁵⁴ Un intervento in tal senso era stato auspicato, peraltro, anche dalla Direttiva (UE) n. 1132/2017.

consentire ai debitori una ristrutturazione precoce, che possa evitare l'insolvenza e l'espulsione dell'impresa dal mercato⁵⁵.

Non deve, pertanto, stupire che, proprio nell'ottica di preservare l'attività e di consentire al debitore di tornare *in bonis*, anche il Codice della crisi sia intervenuto sulla disciplina dei finanziamenti all'impresa in crisi con disposizioni, in molti casi, favorevoli agli istituti di credito.

Anzitutto, in tal senso depone la disciplina dell'azione revocatoria nella liquidazione giudiziale: l'art. 166, comma 3, CCII, infatti, dispone – similmente al previgente art. 67, comma 3, l.fall. – che siano protetti dall'inefficacia “*gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato di cui all'articolo 56 o di cui all'articolo 284 e in esso indicati. L'esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria*” (lett. d)), nonché “*gli atti, i pagamenti e le garanzie su beni del debitore posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, del piano di ristrutturazione di cui all'articolo 64-bis omologato e dell'accordo di ristrutturazione omologato e in essi indicati, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione. L'esclusione opera anche con riguardo all'azione revocatoria ordinaria*” (lett. e)).

⁵⁵ Si pensi, ad esempio, all'indicazione dei “segnali di allarme”, ossia indicatori che consentono di rilevare tempestivamente la crisi dell'impresa (art. 3 CCII); alla trattazione prioritaria delle domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza, se proposte unitamente a domande di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata (art. 7 CCII); alle norme sulla composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa (artt. 12 ss. CCII); alla disciplina delle misure cautelari e protettive del patrimonio del debitore in pendenza di un tentativo di risanamento (artt. 54, 55 e 64 CCII); alla possibilità di omologare l'accordo di ristrutturazione anche in assenza del consenso dei creditori istituzionali (art. 63, comma 2-bis, CCII), all'introduzione dello strumento del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione (artt. 64-bis ss. CCII), alle novità in tema di concordato preventivo, volte ad adeguare tale procedura ai principi di efficienza, pubblicità, trasparenza, celerità (artt. 84-88, 92, 94-bis, 109, 112, CCII); all'introduzione di disposizioni specifiche relative all'accesso, funzionamento ed esecuzione degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società (artt. 120-bis-120-quinquies CCII).

Dalla lettera di tale norma si desume, dunque, che se, per un verso, la protezione in esame ha subito una limitazione, rispetto alla disciplina dell'art. 67 l.fall., in quanto prevede che l'esenzione non operi per talune ipotesi (in relazione al piano attestato, nel caso di comportamenti fraudolenti o gravemente colposi dell'attestatore o del debitore, conosciuti dal creditore e, in relazione al concordato preventivo, al piano *ex art. 64-bis* CCII e all'accordo di ristrutturazione, nel caso in cui l'atto, il pagamento o la garanzia non sia stato previamente indicato⁵⁶), tuttavia, per altro verso, la sfera di operatività dell'esenzione è stata notevolmente ampliata. Infatti, in primo luogo, essa opera, alla luce del Codice della crisi, anche per gli atti legalmente compiuti dopo la presentazione della domanda di accesso all'accordo di ristrutturazione dei debiti: ciò rappresenta una differenza rispetto a quanto previsto dalla Legge fallimentare, la quale proteggeva solo gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dopo il deposito del ricorso *ex art. 161 l.fall.*, cui poteva seguire, eventualmente, il deposito di una domanda di accordo (art. 67, terzo comma, *lett. e*), l.fall.). In secondo luogo, l'art. 166 CCII – risolvendo, peraltro, un contrasto sorto tra gli interpreti sul punto⁵⁷ – estende la

⁵⁶ Non sembra, invece, potersi leggere in un'ottica di restringimento delle ipotesi di esenzione da azione revocatoria la mancata trasposizione, nel Codice della crisi, dell'art. 182-*quinquies*, comma 7, l.fall., ai sensi del quale “*il debitore che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti di cui al quinto comma del presente articolo, a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67*”. È evidente, infatti, che tali atti sono già protetti dall'inefficacia quali atti legalmente compiuti dopo il deposito di una domanda di accesso al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione dei debiti.

⁵⁷ La norma in esame, in particolare, disattende il più recente orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità sul punto: in Cass., 8 febbraio 2019, n. 3778, in *Il Fallimento*, 2019, p. 599, infatti, si legge che «l'art. 67, comma 3, *lett. e*), l. fall. nel prevedere l'esclusione dall'assoggettamento all'azione revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo omologato ai sensi dell'art. 182-*bis* l.fall. ha riguardo alla sola azione revocatoria fallimentare e non anche a quella ordinaria che, in base a quanto stabilito dall'art. 66 della stessa legge, è disciplinata integralmente secondo le norme del codice civile». In dottrina, sull'applicabilità dell'esenzione anche alla revocatoria ordinaria, si veda NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 l.fall.*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 15; ID., *Le esenzioni dalla revocatoria. Piani attestati. Accordi di ristrutturazione. Concordato preventivo*, in AA.VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, JORIO (a cura di), II, Torino, 2016, p. 1478; NIGRO, *Sub art. 67 l.fall.*, in AA.VV., *La legge fallimentare dopo la riforma. Disposizioni generali e fallimento*, I, NIGRO – SANDULLI – SANTORO, Torino, 2010, p. 929; MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 209;

protezione dall'inefficacia anche alle azioni revocatorie ordinarie e ciò all'evidente scopo di incentivare il ricorso agli strumenti di regolazione della crisi attraverso la garanzia della stabilità degli atti compiuti in presenza di una situazione di crisi o insolvenza nel caso di esito negativo del tentativo di risanamento⁵⁸.

Sempre per quanto concerne le azioni revocatorie, anche nel Codice della crisi, la disciplina favorevole in tema di inefficacia degli atti è attenuata dalle regole sulla decorrenza del periodo sospetto (periodo, peraltro, allungato a causa della sua decorrenza non dal giorno della dichiarazione di fallimento, ma dal giorno del deposito della domanda cui è seguita l'apertura della liquidazione giudiziale)⁵⁹: l'art. 170, comma 2, CCII, infatti, prevede che “*quando alla domanda di accesso a una procedura concorsuale segue l'apertura della liquidazione giudiziale, i termini di cui agli articoli 163, 164, 166, commi 1 e 2, e 169 decorrono dalla data di pubblicazione della predetta domanda di accesso*”. Tale norma, dunque, riproduce il contenuto dell'art. 69-bis l.fall. (che, come visto⁶⁰, consacrava, secondo larga parte degli interpreti, la regola della consecuzione), ma con due differenze rispetto alla normativa previgente: anzitutto, la retrodatazione del periodo sospetto opera non solo nel caso di presentazione di una domanda di concordato, ma anche quando la liquidazione giudiziale abbia fatto seguito ad una qualsiasi altra procedura concorsuale (e ciò è conforme, quindi, all'opinione maggioritaria formatasi nella vigenza della Legge fallimentare); in secondo luogo, il *dies a quo* è anticipato in modo automatico e, quindi, sebbene tale norma sembri trattare – in conformità alla teoria della *consecutio*⁶¹ – le procedure succedutesi nel tempo come un unico fenomeno, tuttavia, per altro verso, essa prescinde dalla medesimezza della situazione di dissesto affrontata dalle diverse procedure concorsuali, come, invece, ritenuto dalla giurisprudenza formatasi nella vigenza della legge fallimentare. Si tratta, pertanto, di novità idonee ad aumentare il rischio corso dall'istituto di credito

⁵⁸ Tale obiettivo emerge, peraltro, esplicitamente anche dalla Relazione illustrativa al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

⁵⁹ La diversa decorrenza del periodo sospetto è stata prevista in attuazione dell'art. 7, comma 4, lett. b), della legge delega.

⁶⁰ *Supra*, par. 2.

⁶¹ Cfr., sul punto, CARMELLINO, *Nuove questioni (ma non troppo) sull'applicazione del principio della consecuzione delle procedure: post hoc, ergo propter hoc (oppure no?)*, in *Fallimento*, 2022, 6, p. 803.

nell'ipotesi in cui il finanziamento erogato non rientri nelle previsioni dell'art. 166, comma 3, CCII.

Venendo, invece, all'incentivo al finanziamento alle imprese in crisi rappresentato dal carattere prededucibile dei relativi crediti, deve osservarsi come, anche in tale caso, il Codice della crisi si discosti, in parte, dalla Legge fallimentare.

A tal proposito, norma di primaria importanza è l'art. 6, comma 1, CCII, il quale – similmente all'art. 111 l.fall.⁶² – contiene l'elenco dei crediti considerati prededucibili. Esso, in particolare, dispone, per quanto qui di interesse, che godono di tale rango, oltre ai crediti così espressamente qualificati dalla legge, anche “[...] *i crediti legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell'esercizio dell'impresa, il compenso degli organi preposti e le prestazioni professionali richieste dagli organi medesimi*” (lett. d).

Sulla previsione contenuta nella lett. d) non occorre soffermarsi, se non per osservare che essa si pone in continuità con l'art. 161, comma 7, l.fall., che riconosceva il beneficio della prededucazione ai crediti legalmente sorti nel corso della procedura di concordato preventivo (previsione, peraltro, ribadita, con specifico riferimento al concordato, all'art. 46, comma 4, CCII⁶³ e, con riferimento all'ipotesi di revoca della liquidazione giudiziale, all'art. 53, comma 3, CCII).

Quanto, invece, alle altre ipotesi tipiche di crediti prededucibili, il Codice della crisi ha, in sostanza, trasposto i casi di finanziamenti prededucibili previsti nella Legge fallimentare relativamente al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Godono, dunque, del beneficio in esame, i finanziamenti interinali e urgenti

⁶² A differenza di quanto avveniva nella Legge fallimentare, tuttavia, la prededucazione non è disciplinata, in generale, nelle norme relative alla ripartizione dell'attivo nel fallimento (ora liquidazione giudiziale), ma all'interno dei principi generali (cfr. PANI, *La prededucazione prima e dopo il Codice della crisi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2022, p. 21, secondo cui tale scelta è opportuna in quanto «la prededucazione rappresenta un fenomeno trasversale a tutte le procedure concorsuali, lungi dal trovare spazio operativo soltanto nella procedura di liquidazione giudiziale»).

⁶³ In relazione al concordato preventivo viene, peraltro, in rilievo, in tema di contratti pendenti, l'art. 97, comma 11, CCII, il quale stabilisce che è prededucibile il credito conseguente a eventuali prestazioni eseguite legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali dopo la pubblicazione della domanda di accesso al concordato e prima della notificazione del provvedimento che ha autorizzato lo scioglimento o la sospensione.

(art. 99, commi 1-4, CCII), i finanziamenti ponte (art. 99, comma 5, CCII) e, infine, i finanziamenti concessi in esecuzione del piano o dell'accordo omologati (art. 101, comma 1, CCII). Inoltre, sono state introdotte ulteriori ipotesi di finanziamenti prededucibili: il riferimento è, in particolare, all'art. 22, comma 1, CCII, che, in tema di composizione negoziata, stabilisce che *“su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può: a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 6 ... c) autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese di cui all'articolo 25 a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 6”*.

Al contrario, nel d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, è scomparso il riferimento alla prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione di una procedura concorsuale e, dunque, non sono più rinvenibili fattispecie atipiche di prededuzione. Ciò rappresenta una novità di non poco conto, se solo si tiene mente al fatto che proprio in virtù del binomio occasionalità-funzionalità si erano moltiplicate le ipotesi di prededuzione e, dunque, di crediti soddisfatti con precedenza⁶⁴. Tuttavia, la mancata trasposizione, nel Codice della crisi, del riferimento a tale categoria di prededuzione, si spiega alla luce degli obiettivi della riforma, esplicitati nella legge delega: quest'ultima, infatti, nel prevedere i principi cui avrebbe dovuto attenersi il Governo nella predisposizione e attuazione dei decreti attuativi, aveva imposto, all'art. 2, comma 1, *lett. e) ed m)*, rispettivamente, di *“ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali, anche attraverso ... il contenimento delle ipotesi di prededuzione, ... al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure”* e di *“riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi [...]”*. Il diverso regime rispetto a quello previsto dalla Legge fallimentare è coerente, pertanto, con l'intento di preservare l'attivo delle procedure e, dunque, di massimizzare la soddisfazione dei creditori.

Dal complesso delle norme appena esaminate si desume, dunque, che il legislatore del 2019, se, per un verso, ha inteso limitare le ipotesi di debiti della massa, in nome

⁶⁴ PANI, *La prededuzione prima e dopo il Codice della crisi*, cit. pp. 5 ss.

del principio di economicità delle procedure⁶⁵, per altro verso ha preservato da tale intervento proprio i casi di prededuzione derivanti da finanziamenti: ciò che, dunque, esprime, senza dubbio, il *favor* mostrato, ancora una volta, dal legislatore per tale forma di sostegno all'impresa in crisi.

Favor che, sempre in tema di prededuzione, emerge anche da una ulteriore norma contenuta nella legge delega: l'art. 6, comma 1, *lett. o)*, aveva disposto, infatti, oltre al riordino e alla semplificazione delle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi, anche di riconoscere “*stabilità alla prededuzione dei finanziamenti autorizzati dal giudice [...]*”: ciò aveva portato, in particolare, all'inserimento, nel comma 2 dell'art. 6 CCII, della regola secondo cui “*la prededucibilità permane anche nelle successive procedure esecutive o concorsuali*”. Con tale norma, dunque, il legislatore sembra, ancora una volta, aver preso posizione sul principio della *consecutio* tra procedure concorsuali (che, come visto *supra*, rappresentava un'interpretazione favorevole per gli istituti bancari).

Infatti, alla luce dell'art. 6, comma 2, CCII, si può affermare che, in conformità all'interpretazione prevalente della Legge fallimentare, la prededuzione sorta nell'ambito di una procedura può essere mantenuta nella procedura concorsuale successiva; tuttavia – e ciò rappresenta la novità rispetto al passato – ai fini del permanere della prededuzione conta solo l'aspetto cronologico e non più anche quello economico-giuridico della identità dello stato di dissesto. A sostegno di tale affermazione viene in rilievo, da un lato, il fatto che, come è evidente, all'interno di un procedimento esecutivo non può esserci spazio per l'accertamento della medesimezza della crisi, dal momento che tale stato di fatto non costituisce un presupposto per accedere all'esecuzione forzata; dall'altro lato, la lettera della norma induce a ritenere che, al fine del permanere della prededuzione, non è più richiesto che la massa attiva e passiva del patrimonio del debitore siano rimaste invariate: ciò in quanto, nel caso di finanziamenti prededucibili, il fatto stesso dell'apporto di finanza nuova muta le masse e ciò dovrebbe sempre comportare, se si dovesse applicare la regola della *consecutio*, l'esclusione del

⁶⁵ Non a caso, infatti, la Sezione in cui è contenuto l'art. 6 CCII è rubricata “*Pubblicazione delle informazioni ed economicità delle procedure*”.

carattere prededucibile del credito nella procedura concorsuale successiva⁶⁶. Ma ciò, come appena visto, non corrisponde a quanto previsto nell'art. 6, comma 2, CCII.

In verità, la ricostruzione appena proposta è criticata da chi evidenzia come essa si ponga in contrasto con gli obiettivi di economicità delle procedure della legge delega, raccomandati anche dall'Unione Europea e, senza dubbio, sottesi alla formulazione dell'art. 6, comma 1, CCII: ciò in quanto, in particolare, il riconoscimento automatico della prededuzione determina l'aumento dei crediti che godono di tale rango e, dunque, rischia di consumare la maggior parte dell'attivo delle procedure concorsuali successive⁶⁷.

Ciononostante, a parere di chi scrive, la decisione del legislatore di non dare rilievo alla consecuzione tra procedure concorsuali è tutt'altro che irrazionale e può agevolmente spiegarsi alla luce di un contemperamento tra interessi differenti, ma ritenuti ugualmente rilevanti.

Più precisamente, sembra ragionevole ritenere che l'art. 6, comma 2, CCII debba essere letto nel senso che il legislatore, dopo aver notevolmente limitato le ipotesi di prededuzione e averle ridotte alle sole fattispecie tipiche, non abbia ritenuto opportuno che il riconoscimento di tale beneficio subisse anche l'incertezza insita nel giudizio (da operarsi *ex post*) sulla sussistenza della *consecutio* tra procedure: ciò, infatti, avrebbe aumentato il rischio corso dai finanziatori nel sostenere l'impresa in crisi e avrebbe, dunque, disincentivato l'apporto della finanza indispensabile per il buon esito del tentativo di risanamento.

Ulteriori incentivi al finanziamento alle imprese in crisi sono poi rappresentati, come già avveniva nella Legge fallimentare, dalle esenzioni dai reati di bancarotta preferenziale (art. 322, comma 3, CCII) e semplice (art. 323 CCII): in tal senso, infatti, dispone l'art. 324 CCII, il quale prevede, al pari dell'art. 217-bis l.fall., una causa di esclusione della tipicità per i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo, di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati, degli accordi in esecuzione del piano attestato, ovvero del concordato minore omologato ai sensi

⁶⁶ STAUNOVO POLACCO, *Il nuovo concordato preventivo alla luce dei principi generali, sostanziali e processuali del C.C.I.I. L'esecuzione e la risoluzione*, in corso di pubblicazione.

⁶⁷ PANI, *La prededuzione prima e dopo il Codice della crisi*, cit., p. 37.

dell'articolo 80 CCII, nonché per i pagamenti e le operazioni di finanziamento autorizzate dal giudice a norma degli articoli 99, 100 e 101 CCII.

Ancora, anche nel Codice della crisi il legislatore incentiva l'apporto di nuova finanza non solo in presenza della crisi, ma anche allorché il debitore si trovi in uno stato di decozione: è, infatti, stata trasposta nel d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (art. 211, comma 8, CCII) la norma contenuta nell'art. 104, comma 8, l.fall.

Da ultimo, è interessante rilevare che, nonostante la legge delega avesse imposto, all'art. 7, comma 4, *lett. a*), di “*escludere l'operatività di esecuzioni speciali e di privilegi processuali, anche fondiari*”, il Governo non ha dato attuazione a tale previsione: infatti, l'art. 150 CCII è formulato in modo identico all'art. 51 l.fall. (fatto salvo, ovviamente, il riferimento alla liquidazione giudiziale anziché al fallimento) e dunque, ancora oggi, non essendo venuto meno l'art. 41, comma 2, T.u.b., il creditore fondiario può procedere all'espropriazione anche in pendenza della liquidazione giudiziale.

Insomma, dal quadro appena delineato emerge che il legislatore, seppur più cauto, quantomeno in tema di azioni revocatorie e di ipotesi di crediti prededucibili, nel riconoscere i privilegi del ceto bancario accordati dalle riforme della Legge fallimentare successiva al 2005, tuttavia non sembra aver avuto di mira un decisivo ridimensionamento delle fattispecie favorevoli per gli istituti di credito che abbiano concesso denaro all'imprenditore in difficoltà⁶⁸. Al contrario, proprio l'obiettivo della riforma di preservare gli *assets* aziendali e di fornire priorità ai tentativi di risanamento⁶⁹, sembra aver indotto il legislatore, obbligato a rispettare il principio di economicità delle

⁶⁸ Si pensi, a tal proposito, anche all'art. 100, comma 2, CCII, che prevede, nel caso di concordato preventivo con continuità aziendale, che il contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa possa proseguire se il debitore, alla data della presentazione della domanda di concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il tribunale lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data e purché il professionista indipendente attesti che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori (una previsione simile si rinviene, peraltro, anche nella disciplina del concordato minore, all'art. 75, comma 3, CCII).

⁶⁹ Significativo, in tal senso, è anche l'art. 16, comma 5, CCII, il quale, in tema di composizione negoziata della crisi, dispone che “[...] *l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di sospensione e di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore [...]*”. Cfr. STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1182 s.

procedure, ad intervenire in senso riduttivo sui costi delle procedure in modo tale da salvaguardare, per quanto possibile, gli incentivi al finanziamento alle imprese in crisi⁷⁰.

⁷⁰ A tal proposito, è stato notato come la riforma del 2019, a differenza delle modifiche che hanno interessato la Legge fallimentare, manchi di una “idea forte” in relazione al ruolo delle banche nella crisi d’impresa: cfr., in tal senso, NIGRO, *Considerazioni conclusive*, cit., p. 806 secondo cui dalla riforma si percepisce «l’assenza, alla sua base, di una idea forte (qualcuno ha parlato di una “riforma senza anima”): essa si concreta essenzialmente in interventi puntuali, non sempre coordinati fra di loro e comunque non riconducibili a linee univoche. E questo, per ciò che qui interessa, si è tradotto, per quanto riguarda la posizione fatta alle banche, in un regime abbastanza composito e variegato, che vede sovrapporsi ed intrecciarsi profili di favore e di disfavore».

I FINANZIAMENTI NEL CODICE DELLA CRISI

4. *Le forme di finanziamento all'impresa in crisi.*

Nella Sezione precedente si è tentato di fornire un quadro delle norme che, prima nella Legge fallimentare e poi nel Codice della crisi, sembrano poste dal legislatore con l'intento di favorire l'apporto di nuova finanza all'impresa in crisi.

In particolare, si è giunti a riconoscere che, mentre gli interventi normativi susseguiti a partire dal 2005 avevano privilegiato con decisione il ceto bancario (non a caso, infatti, alcuni interpreti avevano parlato di riforme “bancocentriche”⁷¹), al contrario il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, anche a causa delle sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea e trasposte nella legge delega, ha dovuto contemperare l'esigenza di garantire l'afflusso di nuova finanza nell'ambito dei tentativi di risanamento con quella – altrettanto rilevante – di preservare il patrimonio attivo delle procedure e garantire un maggior soddisfacimento dei creditori.

Ciò si è tradotto, dunque, in una serie di previsioni che ridimensionano il trattamento di favore riservato agli istituti di credito senza, tuttavia, intaccarne il nocciolo duro, rappresentato dall'attenuazione, per quanto possibile, del rischio di non riuscire a recuperare le somme corrisposte al cliente in stato di crisi o decozione⁷², ovvero di incorrere in responsabilità penali⁷³.

Dal momento, tuttavia, che il presente elaborato si pone come obiettivo di ricerca quello di individuare quali siano le concrete possibilità di ottenere nuova finanza da parte dell'imprenditore in stato di difficoltà economico-finanziaria o di insolvenza,

⁷¹ Cfr. NIGRO, *Considerazioni conclusive*, AA.VV., *Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, p. 807.

⁷² Attraverso gli esaminati istituti dell'esenzione dalle azioni revocatorie e della prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti, nonché tramite la possibilità, prevista dall'art. 41, comma 2, T.u.b., per il creditore fondiario di procedere alla soddisfazione coattiva del proprio credito anche in pendenza della liquidazione giudiziale.

⁷³ Attraverso la causa di esclusione della tipicità relativa ai reati di bancarotta preferenziale e semplice.

alla luce sia delle logiche imprenditoriali che governano l'attività bancaria⁷⁴, sia delle forme di responsabilità che interessano la concessione del credito, prima di passare all'analisi di queste ultime (e, dunque, della patologia dei rapporti tra banche e imprese in crisi) risulta opportuno analizzare le forme di finanziamento contemplate dalla normativa sulla crisi d'impresa. Ciò in quanto, solo una volta delineato compiutamente il sistema dei finanziamenti disciplinati dal legislatore sarà possibile definire con chiarezza il confine tra condotta lecita e condotta illecita nell'erogazione del credito.

Tale tema, dunque, rappresenterà l'oggetto della presente Sezione.

5. *Nozione di finanziamento.*

Prima di passare all'analisi delle singole forme di finanziamento contemplate dal legislatore in relazione alla crisi d'impresa è bene chiarire cosa si intende per “finanziamento” ai fini della presente indagine, potendo tale espressione, come si vedrà, assumere significati tra loro difformi. Ciò, in particolare, si rende necessario sia per chiarezza espositiva, sia, soprattutto, per poter definire con precisione quali sono le condotte disciplinate dal Codice della crisi (e, prima di esso, dalla Legge fallimentare) e ritenute, dunque, meritevoli di protezione.

Orbene, a tal proposito deve rilevarsi che sia il r.d. 16 marzo 1942, n. 267, sia il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, impiegano, in diverse disposizioni, talvolta il termine “mutuo” e, talvolta, il termine “finanziamento”⁷⁵. Il riferimento è, in particolare, in relazione al termine “finanziamento”, per quanto concerne la Legge fallimentare, agli artt. 72-ter, comma 1, 72-quater, comma 4, 182-quater, commi 1-3, 182-quinquies, commi 1-4, 182-septies, comma 4, 182-octies, comma 3 e 217-bis, comma 1, l.fall., nonché, per quanto concerne il Codice della crisi, agli artt. 22, lett. a), b) e c), 25, comma 8, 61, comma 4, 62, comma 3, 67, comma 3, 68, comma 3, 76, comma 3, 97, comma 14, 99, commi 1-2 e 4-6, 101, commi 1 e 2, 102, commi 1 e 2, 112, comma 1, lett. f), 164, commi 2 e 3, 176, comma 1, 177, comma 3, 283, comma 1 e 5, 292, comma 1 e 2 e 324, comma 1, CCII; in relazione, invece, al termine “mutuo” – il quale ricorre

⁷⁴ Capitolo primo.

⁷⁵ Talvolta, poi, seppur sporadicamente e solo nel Codice della crisi, il legislatore parla, più genericamente, di “finanza nuova”: artt. 56, comma 2, lett. e) e 87, comma 1, lett. g), CCII.

decisamente con meno frequenza – per quanto concerne la Legge fallimentare, agli artt. 167, comma 2 e 182-*quinquies*, comma 6, l.fall., nonché, per quanto concerne il Codice della crisi, agli artt. 53, comma 2, 67, comma 5, 75, comma 3, 94, comma 2 e 100, comma 2, CCII.

Sembra opportuno, pertanto, chiedersi se le due espressioni (“mutuo” e “finanziamento”) siano impiegate in modo atecnico e, dunque, possano essere considerate quali sinonimi, ovvero se ad esse debba essere riconosciuto un significato differente⁷⁶: infatti, dalla soluzione data a tale quesito discende, come intuibile, la possibilità, o meno, di applicare le disposizioni che menzionano i finanziamenti anche ai contratti di mutuo e viceversa.

Orbene, come noto, in ambito economico, la nozione di finanziamento viene intesa in senso ampio ed è, cioè, idonea a comprendere al suo interno qualsiasi negozio di prestito, ossia di approvvigionamento di mezzi finanziari⁷⁷. In altre parole, il finanziamento indica un incremento patrimoniale del soggetto finanziato ad opera del finanziatore, con obbligo di restituzione e di corresponsione degli interessi a carico del primo.

In ambito giuridico è diffusa, invece, una interpretazione del termine più ristretta, idonea ad indicare «tutti quei negozi che possono servire ad apprestare, per un tempo determinato, mezzi economici di utilizzazione vincolata, atti a costituire, cioè, temporanee disponibilità finanziarie per una finalità convenzionale»⁷⁸.

⁷⁶ Cfr., sul punto, Cass., 21 giugno 2018, n. 16347, in *Guida al diritto*, 2018, XLVIII, p. 92; Cass., 2 febbraio 2018, n. 2627, in *DeJure*; in dottrina cfr. BONFATTI, *Il sostegno finanziario alle imprese in crisi. Finanziamenti pendenti e nuove erogazioni*, Pisa, 2022, pp. 77 ss.; ID., *La nozione di finanziamento. Le forme negoziali tipiche e atipiche*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1187; SANZO, *Il finanziamento delle imprese in crisi*, in AA.VV., *Le operazioni di finanziamento*, GALGANO (diretto da), Bologna, 2016, p. 1457.

⁷⁷ Cfr. MAGNI, *Il mutuo*, *Op. ult. cit.*, p. 871. Sulla nozione di finanziamento in ambito economico si veda anche ARGENZIANO, *Il finanziamento delle imprese industriali*, Milano, 1959, pp. 323 e 341; BIANCHI, *L'autofinanziamento*, Milano, 1963, p. 4.

⁷⁸ Così FRAGALI, *I contratti di credito agrario come contratti di finanziamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, I, p. 471; ID., *Del mutuo. Artt. 1813-1322 c.c.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969, p. 75; ID., voce *Finanziamento (dir. priv.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVII, 1968, pp. 605 ss. Sul punto si veda anche CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, p. 616; MAGNI, *Il mutuo*, in AA.VV., *Diritto civile*, LIPARI – RESCIGNO (diretto da), Milano, 2009, p. 871; LOCORATOLO, *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in AA.VV., *Le operazioni di finanziamento alle imprese*, DEMURO (a cura di), Torino, 2010, p. 418.

Invero, ai fini della presente indagine, la distinzione tra i due significati (“finanziamento” come ogni approvvigionamento di mezzi finanziari senza un fine predeterminato ovvero solo vincolato ad uno scopo) merita di essere sdrammatizzata. Infatti, nella grande maggioranza dei casi, i finanziamenti chiesti dall’imprenditore per lo svolgimento della propria attività sono erogati in virtù di una specifica finalità e, pertanto, le norme che impiegano tale termine possono essere agevolmente applicate a quasi tutti i prestiti ottenuti dal debitore.

Ad ogni modo, ferma restando la sostanziale irrilevanza a fini pratici, la soluzione più permissiva – favorevole ad individuare un finanziamento in ogni caso in cui vi sia un apporto di mezzi finanziari a prescindere dall’esistenza di uno specifico scopo contrattualizzato – pare preferibile con riferimento alla Legge fallimentare e al Codice della crisi: trattandosi, infatti, di una normativa destinata a disciplinare l’attività degli imprenditori dal punto di vista economico e non, invece, l’istituto del finanziamento in sé, è ragionevole ritenere che il legislatore abbia voluto accogliere una interpretazione del termine più generale⁷⁹. Del resto, molte delle norme in commento (si pensi, ad esempio, agli artt. 25, comma 8 e 112, comma 1, *lett. f*), CCII) si riferiscono ad un’attività squisitamente economica e non certo giuridica e, in tale contesto, poco rileva che solo alcuni di tali finanziamenti siano vincolati contrattualmente ad uno scopo, rilevando unicamente che questi siano stati “*eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, in qualsiasi forma pattuiti dopo la presentazione dell’istanza di cui all’articolo 17*” (nel caso dell’art. 25, comma 8, CCII), ovvero che siano “*necessari per l’attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori*” (nel caso dell’art. 112, comma 1, *lett. f*), CCII)⁸⁰.

⁷⁹ Non a caso, infatti, gli artt. 99 e 101 CCII parlano di finanziamenti effettuati *in qualsiasi forma*, orientando, dunque, l’interprete verso una lettura ampia del termine (cfr. BROGI, *I finanziamenti all’impresa in crisi tra legge fallimentare, codice della crisi e d.l. n. 118 del 2021*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1285).

⁸⁰ Sono, dunque, da ritenersi eccezionali rispetto all’accezione più ampia del termine finanziamento quelle disposizioni del Codice della crisi che sembrano riferirsi ad una specifica destinazione del credito concesso e per le quali, dunque, deve ritenersi che valga il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* (si pensi, ad esempio, all’art. 99, comma 3, CCII, il quale, secondo alcuni interpreti, si riferirebbe ad un «mutuo di scopo legale»: GALLOTTA, *L’approccio del d.lgs. 14/2019 al problema dei finanziamenti alle imprese in crisi*, in BOTTAI –

Venendo, invece, al secondo termine impiegato dal legislatore, esso è definito all'art. 1813 c.c., ai sensi del quale “*il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità*”. Inoltre, in relazione a tale contratto viene in rilievo l'art. 1815, comma 1, c.c., secondo cui, salvo diversa volontà delle parti, il mutuatario deve corrispondere gli interessi al mutuante.

Così definiti i due istituti, risulta evidente che tra di essi intercorre un rapporto di genere a specie: infatti, il mutuo rientra nel *genus* dei finanziamenti, in quanto, stando alla definizione codicistica, esso, al pari del finanziamento, presuppone un incremento patrimoniale ad opera del mutuante in favore del mutuatario, con corresponsione degli interessi; al contrario, rispetto al contratto di finanziamento, il mutuo si caratterizza perché le cose corrisposte dal mutuante devono, necessariamente, essere rappresentate dal denaro o da altri beni fungibili⁸¹. Tuttavia, oltre al contratto di mutuo, rientrano nel medesimo *genus*, ad esempio, anche le aperture di credito, gli sconti bancari, ovvero le anticipazioni su crediti derivanti da forniture, su titoli o su merci⁸².

Se, dunque, è possibile affermare che ogni contratto di mutuo è anche un finanziamento, allora è evidente che le disposizioni contenenti la parola “finanziamento” *supra*

GALLOTTA, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2021, p. 174).

⁸¹ Cfr. MAGNI, *Il mutuo*, in AA.VV., *Diritto civile*, LIPARI – RESCIGNO (diretto da), Milano, 2009, p. 871; Chiaramente, se si intende il termine “finanziamento” nella sua accezione giuridica e più ristretta allora, coerentemente, bisogna ritenere che all'interno del *genus* rientri il solo mutuo di scopo, caratterizzato dalla destinazione della provvista ad un fine vincolato: FRAGALI, *Del mutuo. Artt. 1813-1322 c.c.*, cit., p. 75; LOCORATOLO, *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, cit., p. 418.

⁸² FRAGALI, voce *Finanziamento (dir. priv.)*, cit., p. 612 s., secondo cui, nella nozione di finanziamento, possono rientrare anche taluni negozi indiretti come, ad esempio, l'assunzione di debito altrui a scopo di compensazione, l'apporto, il riporto finanziario o la fideiussione. Cfr., inoltre, BONFATTI, *La nozione di finanziamento. Le forme negoziali tipiche e atipiche*, cit., p. 1188, il quale riconduce alla nozione di finanziamento impiegata dalla normativa sulla crisi d'impresa anche i crediti di firma (conf., *ex multis*, Cass., 19 maggio 2020, n. 8882, in *DeJure*; Cass., 31 gennaio 2019, n. 3017, in *Giur. comm.*, 2020, 1, II, p. 54; Cass., 20 aprile 2018, n. 9926, in *DeJure* In dottrina D'ORAZIO, *I finanziamenti e la legislazione emergenziale*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1272); SANZO, *Il finanziamento delle imprese in crisi*, in AA.VV., *Le operazioni di finanziamento*, GALGANO (diretto da), Bologna, 2016, p. 1506. In giurisprudenza si veda Cass., 21 giugno 2018, n. 16347, in *Guida al diritto 2018*, 48, p. 92 e Cass., 2 febbraio 2018, n. 2027, in *DeJure*.

elencate sono riferite e si applicano anche al caso in cui la fattispecie si riferisca ad un mutuo.

Al contrario, al fine di stabilire se gli articoli che menzionano il contratto di mutuo siano applicabili anche ai finanziamenti è necessario indagare se anche il termine mutuo sia impiegato come sineddoche e, dunque, per indicare il *genus* dei finanziamenti, ovvero se esso sia da intendere come riferito ai soli contratti di cui agli artt. 1813 ss. c.c.

Per rispondere a tale quesito è indispensabile indagare la *ratio* delle disposizioni che menzionano tale termine – impiegato, come visto, solo occasionalmente dal legislatore nella normativa sulla crisi d’impresa – e, cioè, degli artt. 53, comma 2, 67, comma 5, 75, comma 3, 94, comma 2 e 100, comma 2, CCII⁸³.

Partendo, dunque, dagli artt. 53, comma 2 e 94, comma 2, CCII, essi contemplano il termine in esame all’interno di un elenco riferito, rispettivamente, agli atti che il debitore può compiere, su autorizzazione del tribunale, nel periodo intercorrente tra la pubblicazione della sentenza di revoca della liquidazione giudiziale e il suo passaggio in giudicato⁸⁴ e agli atti che, se compiuti dal debitore dopo la presentazione della domanda di concordato preventivo e sino alla sua omologazione e senza l’autorizzazione del tribunale, sono inefficaci nei confronti dei creditori anteriori al concordato⁸⁵.

⁸³ Non è necessaria l’analisi degli artt. 167, comma 2 e 182-*quinquies*, comma 6, l.fall., dal momento che tali norme sono state trasposte, con modifiche irrilevanti in questa sede, rispettivamente, nell’art. 94, comma 2 e 100, comma 2, CCII.

⁸⁴ Ai sensi dell’art. 53, comma 2, CCII, infatti, “*dalla pubblicazione della sentenza di revoca e fino al momento in cui essa passa in giudicato, l’amministrazione dei beni e l’esercizio dell’impresa spettano al debitore, sotto la vigilanza del curatore. Il tribunale, assunte, se occorre, sommarie informazioni ed acquisito il parere del curatore, può autorizzare il debitore a stipulare mutui, transazioni, patti compromissori, alienazioni e acquisti di beni immobili, rilasciare garanzie, rinunciare alle liti, compiere ricognizioni di diritti di terzi, consentire cancellazioni di ipoteche e restituzioni di pegni, accettare eredità e donazioni ed a compiere gli altri atti di straordinaria amministrazione*”.

⁸⁵ L’art. 94, comma 2, CCII, infatti, stabilisce che “*fermo il disposto dell’articolo 46, i mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili e di partecipazioni societarie di controllo, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni e in genere gli atti eccedenti l’ordinaria amministrazione, compiuti senza l’autorizzazione del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato*”.

Come è stato evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza già nel vigore della Legge fallimentare⁸⁶, l'elenco contenuto in tali norme non è da ritenersi tassativo e ciò può desumersi sia dal carattere eterogeneo degli atti menzionati, sia dalle formule di chiusura con cui il legislatore estende il regime autorizzatorio agli “*altri atti di straordinaria amministrazione*”⁸⁷, ovvero a “*in genere tutti gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione*”⁸⁸.

In relazione agli artt. 53, comma 2 e 94, comma 2, CCII, pertanto, sembra potersi ritenere che la regola in essi contenuta non sia riferibile ai soli mutui stipulati senza l'autorizzazione del tribunale, ma, in generale, a qualsiasi finanziamento, il quale determini un'incidenza negativa sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza⁸⁹.

Per quanto, invece, riguarda gli artt. 67, comma 5, 75, comma 3 e 100, comma 2, CCII, essi dispongono – il primo con riferimento alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, il secondo con riferimento al concordato minore e il terzo con riferimento al concordato preventivo –, rispettivamente, che il debitore può prevedere nel piano “*il rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del*

⁸⁶ Cass., 18 febbraio 1999, n. 1357, in *Il Fallimento*, 1999, p. 1018; JEANTET, *Gli effetti della domanda e dell'ammissione*, in AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2016, p. 75 s.; LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 424; ALBESANO, *Gli effetti della domanda e dell'ammissione*, in AA.VV., *Il concordato preventivo dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2021, p. 116.

⁸⁷ Art. 53, comma 2, CCII.

⁸⁸ Art. 94, comma 2, CCII.

⁸⁹ Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291, in *DeJure*, secondo cui «in tema di concordato preventivo, la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o straordinaria amministrazione dell'atto posto in essere dal debitore senza autorizzazione del giudice delegato, ai fini della eventuale dichiarazione di inefficacia dell'atto stesso ai sensi dell'art. 167 l. fall., deve essere compiuta dal giudice di merito tenendo conto che il carattere di atto di straordinaria amministrazione dipende dalla sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determina la riduzione, ovvero lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva dichiarato inefficace una cessione di credito effettuata dall'imprenditore assoggettato a concordato preventivo, non autorizzata dal g.d., valorizzando esclusivamente l'importo del credito, senza considerare la possibilità di qualificarla come atto di ordinaria amministrazione, in quanto mezzo di pagamento di una fornitura di materiale resasi necessaria per l'esecuzione di un precedente contratto di appalto, che permetteva di acquisire alla massa il relativo corrispettivo)»; Cass., 18 febbraio 1999, n. 1357, cit.

contratto di mutuo garantito da ipoteca iscritta sull'abitazione principale del debitore, se lo stesso, alla data del deposito della domanda, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data [...]”, che “quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, [il debitore può] prevedere il rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa se il debitore, alla data della presentazione della domanda di concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il giudice lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data [...]” e che, nel concordato preventivo, l'autorizzazione al pagamento di debiti pregressi può riguardare il “rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa se il debitore, alla data della presentazione della domanda di concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il tribunale lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data [...]”.

Al contrario di quanto sostenuto in relazione agli artt. 53, comma 2 e 94, comma 2, CCII, non sembra – a parere di chi scrive – che nelle tre norme in esame il termine “mutuo” possa essere inteso come riferibile, più in generale, al concetto di finanziamento: ad una simile soluzione, infatti, osta il riferimento al rimborso rateale della somma corrisposta. Ciò in quanto la restituzione rateale rappresenta la regola per i contratti di mutuo (in relazione ai quali tale forma di rimborso trova espressa disciplina nell'art. 1819 c.c.)⁹⁰, mentre è difficilmente ipotizzabile in relazione ad altri contratti di finanziamento (quantomeno tipici)⁹¹. Pertanto, le norme contenute negli artt. 67, comma 5, 75, comma 3 e 100, comma 2, CCII non potranno essere applicate a contratti di finanziamento diversi dal mutuo.

⁹⁰ CHERTI, *Il mutuo (tra Codice civile e legislazione speciale*, in AA.VV., *I contratti bancari*, PIRAINO – CHERTI (a cura di), Torino, 2016, p. 188; GALGANO, *Il diritto civile in 27 lezioni*, Milano, 2007, p.294.

⁹¹ In effetti, bisogna prestare attenzione a non confondere un rimborso rateale da altre forme solo apparentemente assimilabili (quali, ad es., un rientro progressivo da un'apertura di conto corrente a scadenze programmate). Benché in entrambi i casi il capitale venga rimborsato (eventualmente, *in thesi*, financo con cadenza periodica identica) solo nel caso della rata essa è, alla scadenza, immediatamente esigibile (conf. Cass., 26 luglio 2022, n. 23265, in *DeJure*).

Insomma, sulla base dei rilievi appena svolti può ritenersi che quando il legislatore del Codice della crisi (e della oramai abrogata Legge fallimentare) menziona i finanziamenti (in particolare, per quanto qui interessa, negli artt. 94, 99, 101 e 102 CCII), egli si stia riferendo ad una categoria ampia di contratti, all'interno della quale un ruolo preminente è certamente occupato dal mutuo, sebbene esso non esaurisca il *genus* di appartenenza⁹². Al contrario, solo gli artt. 53, comma 2 e 94, comma 2, CCII, sulla finanza erogata in corso di procedura, dettati con espresso riferimento al contratto di mutuo possono essere applicati a qualsiasi tipo di finanziamento⁹³, non potendosi, invece, accogliere la medesima soluzione, per le ragioni esposte, in relazione agli artt. 67, comma 5, 75, comma 3 e 100, comma 2, CCII.

Da ultimo, giova specificare, in relazione alla nozione di “finanziamento”, che essa deve essere riferita non solo alla concessione di nuova finanza, ma anche al mantenimento o integrazione di contratti di credito preesistenti: ciò in quanto anche la

⁹² In tal senso sembra esprimersi anche MACCARONE, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi: tipologie*, in AA.VV., *Finanziamenti bancari alle imprese in crisi fra prededuzione e subordinazione. Incontro di studio del 18 marzo 2011*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, III, p. 463 s., secondo cui «anzitutto, il termine finanziamento esprime non una nozione giuridica, ma una nozione economica, che, per manifestarsi, ha bisogno di un veicolo contrattuale, che consenta di realizzare la funzione che quella nozione esprime. Non si capisce allora perché soltanto il mutuo dovrebbe essere un finanziamento e non invece un'apertura di credito in conto corrente, o uno sconto di effetti o un'anticipazione, una prestazione di una garanzia a valere su un affidamento per crediti di firma e così via. Il mutuo, nella genericità del suo schema, è il prototipo di tutti i contratti di credito, che ne ripetono la sostanza funzionale e se ne differenziano soltanto per le modalità tecniche con cui essa è soddisfatta».

⁹³ Nello stesso senso sembra esprimersi anche BONFATTI, *La nozione di finanziamento. Le forme negoziali tipiche e atipiche*, cit., pp. 1187 ss., secondo cui «tenuto conto della circostanza che, a parere di chi scrive, le disposizioni dichiarate applicabili ai “finanziamenti” riguardano le operazioni poste in essere in tre delle quattro fasi, nelle quali si può sviluppare una procedura di composizione negoziale della crisi d'impresa (la fase “ponte”; la fase “interinale”; la fase “in esecuzione” - artt. 182- *quater* l.fall. e 182- *quinquies* l.fall.; artt. 99 CCII e 101 CCII -); mentre la disposizione applicabile ai “mutui” concerne le operazioni poste in essere nella fase “in corso” di procedura (particolarmente: nel corso del Concordato preventivo - art. 167 l.fall.; art. 94 CCII -); ne deriva la irragionevolezza di una interpretazione che riconoscesse al termine “mutuo” un ambito di applicazione più ristretto rispetto a quello attribuibile al termine “finanziamento”. In ragione di ciò - oltre che di concomitanti considerazioni di carattere generale - non pare ci sia ragione per ritenere il termine “mutui” come riferibile esclusivamente al contratto descritto con tale nome dal Codice civile (art. 1813 c.c.), secondo il quale il mutuo è il contratto con il quale una parte “consegna all'altra una determinata quantità di denaro... e l'altra si obbliga a restituire” altrettanto».

prosecuzione o modifica di un rapporto finanziario pendente al sopraggiungere della crisi può rivelarsi determinante per il buon esito dei tentativi di salvataggio dell'impresa⁹⁴.

6. *La sistematizzazione della normativa sui finanziamenti ad opera del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.*

Dopo aver chiarito, nel paragrafo che precede, quale significato debba essere riconosciuto ai termini “finanziamento” e “mutuo” impiegati dalla normativa sulla crisi d'impresa, è possibile passare all'analisi delle singole forme di finanziamento contemplate dal legislatore con riferimento all'impresa in crisi.

A tale proposito giova, anzitutto, osservare che il tema in esame è stato oggetto di una crescente attenzione legislativa e ciò è andato di pari passo con quel mutamento culturale, ricordato più volte, che ha visto progressivamente abbandonare l'idea del fallito quale soggetto meritevole di espulsione dal mercato, in favore della concezione per cui è opportuno, nell'interesse non solo del debitore, ma anche dei creditori e dell'economia in generale, evitare la disgregazione del patrimonio e perseguire il risanamento dell'impresa⁹⁵.

⁹⁴ Cfr., in tal senso, BONFATTI, *La nozione di finanziamento. Le forme negoziali tipiche e atipiche*, cit., pp. 1187 ss.; STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1181.

⁹⁵ Cfr., in tal senso, *ex multis*, STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1181; BROGI, *I finanziamenti all'impresa in crisi tra legge fallimentare, codice della crisi e d.l. n. 118 del 2021*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1285; GIORGI, *I finanziamenti all'impresa in crisi tra il labirinto delle prededuzioni e la selva della frammentazione dei riti*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, II, p. 263; SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice. Commento tematico ai dd.lgs. nn. 14/2019 e 83/2022*, AMBROSINI (diretto da), Torino, 2022, p. 826; BOTTAI, *I finanziamenti alle imprese in crisi nella Legge fallimentare*, in BOTTAI – GALLOTTA, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2021, p. 135; GALLOTTA, *L'approccio del d.lgs. 14/2019 al problema dei finanziamenti alle imprese in crisi*, in BOTTAI – GALLOTTA, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2021, p. 168.

Ciò ha determinato, dunque, il susseguirsi, a partire dal 2010⁹⁶, di una serie di interventi legislativi volti a fornire una disciplina sistematica all'apporto di finanza in costanza di crisi, ritenuta fondamentale ai fini del salvataggio dell'azienda⁹⁷.

In particolare, la prima previsione specifica sul tema era stata introdotta dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, il quale aveva aggiunto, nella Legge fallimentare, l'art. 182-*quater*. A tale primo intervento aveva, poi, fatto seguito il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, con cui, per un verso era stato introdotto l'art. 182-*quinquies* l.fall. e, per altro verso era stato modificato l'art. 182-*quater* l.fall. Infine, l'art. 182-*quinquies* era stato modificato dal d.l. 27 giugno 2015, n. 83, nonché dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118⁹⁸.

Il sistema dei finanziamenti, dunque, nel vigore della Legge fallimentare, poteva essere sintetizzato come segue.

Una prima categoria di finanziamenti riguardava l'erogazione del credito all'impresa *in bonis* e, cioè, prima e al di fuori della crisi. Trattandosi di finanza erogata ad un soggetto "sano", essa, come logico, non veniva presa in considerazione dalla Legge fallimentare ed era, pertanto, disciplinata dalle normali regole privatistiche (salva la possibilità che l'atto venisse colpito da inefficacia a seguito dell'azione revocatoria ordinaria esercitata ai sensi dell'art. 66 l.fall.; azione che, tuttavia, si fondava sui medesimi presupposti della revocatoria *ex art. 2901 c.c.*, in virtù dell'espreso richiamo operato dall'art. 66 l.fall. a tale norma).

Una seconda categoria di finanziamenti concerneva il credito concesso all'imprenditore in presenza di una situazione di difficoltà economico-finanziaria, ma indipendentemente dall'accesso a soluzioni negoziate della crisi. Anche in questa ipotesi si

⁹⁶ Dopo la riforma del 2005, infatti, gli interpreti avevano messo in evidenza l'impianto normativo non fornisse sufficienti garanzie ai finanziatori, in quanto l'unico incentivo all'erogazione di nuova finanza era rappresentato dall'esenzione dall'azione revocatoria *ex art. 67 l.fall.* per gli atti, pagamenti e garanzie posti in essere *in esecuzione* di un piano attestato, di un concordato preventivo, ovvero di un accordo di ristrutturazione omologato, mentre il riconoscimento della prededuzione era subordinato al ricorrere dei presupposti dell'art. 111 l.fall. (cfr. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 44; VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzione nel nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 664).

⁹⁷ PISANI MASSAMORMILE, *La prededuzione ed i finanziamenti all'impresa in crisi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2015, p. 1 s.; SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 826.

⁹⁸ Cfr. D'ORAZIO, *I finanziamenti e la legislazione emergenziale*, cit., p. 1272.

trattava, dunque, di un comune rapporto contrattuale, il quale, tuttavia, veniva disciplinato dal legislatore in considerazione della sua supposta incidenza negativa sul patrimonio del debitore e, quindi, per la sua attitudine lesiva della *par condicio creditorum*. In tale ottica, pertanto, venivano in rilievo le disposizioni in tema di revocatoria fallimentare *ex art. 67 l.fall.*, nonché le fattispecie di responsabilità penale del sovvenuto, previste dagli artt. 216, 217 e 218 l.fall.

Queste prime due ipotesi di finanza, dunque, non essendo destinate ai tentativi di salvataggio dell'impresa, non erano oggetto di una specifica disciplina, ma soggiacevano alle regole cui erano sottoposti tutti gli atti ritenuti lesivi dei diritti dei creditori del fallito.

Al contrario, destinataria di previsioni specifiche era una terza categoria di finanziamenti e, più precisamente, quella dei finanziamenti concessi al debitore “con causa di salvataggio”⁹⁹ e, dunque, erogati al fine di garantire il successo del tentativo di risanamento. In tale ipotesi, infatti, proprio in virtù del carattere funzionale al buon esito delle procedure negoziate di risoluzione della crisi, il legislatore si era preoccupato di dettare alcune norme *ad hoc*, volte a garantire l'ottenimento da parte del debitore della nuova finanza e, dunque, a scongiurare il rischio di credito in capo al soggetto finanziatore.

Era, dunque, possibile distinguere cinque ipotesi di finanziamenti concessi nell'ambito di una soluzione negoziata della crisi d'impresa.

Più nello specifico, seguendo un ordine “cronologico” e, dunque, relativo alle varie fasi delle procedure di risoluzione negoziata della crisi, il debitore poteva, in primo luogo, richiedere i finanziamenti “ponte”, di cui all'art. 182-*quater*, comma 2, l.fall. Si trattava, in particolare, di finanza erogata in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, suscettibile di godere del beneficio della prededuzione a condizione che il finanziamento fosse previsto nel piano *ex art. 160 l.fall.* o nell'accordo di ristrutturazione e che la prededuzione fosse

⁹⁹ L'espressione è di STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, cit., p. 1182.

espressamente disposta nel provvedimento di accoglimento della domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero di omologazione dell'accordo.

In secondo luogo, l'imprenditore poteva ottenere la finanza "interinale urgente": l'art. 182-*quinquies*, comma 3, l.fall., infatti, consentiva all'imprenditore che avesse presentato una domanda con riserva di ammissione al concordato preventivo *ex art.* 161, comma 6, l.fall., anche in assenza del piano, ovvero una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o una proposta di accordo di ristrutturazione, di essere autorizzato in via di urgenza a contrarre finanziamenti prededucibili, "*funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182-bis, quarto comma, o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-bis, settimo comma*". In altre parole, si trattava di finanziamenti necessari per consentire al debitore di evitare un pregiudizio imminente e irreparabile all'azienda durante il tempo necessario alla predisposizione del piano o della proposta di concordato preventivo, ovvero all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione o alla conclusione delle trattative con i creditori in vista di un accordo di ristrutturazione. Dopo il deposito dei medesimi atti e per il medesimo periodo di tempo (ma in assenza delle ragioni di urgenza), il debitore poteva, inoltre, essere autorizzato a contrarre i finanziamenti "interinali", ai sensi dell'art. 182-*quinquies*, comma 1, l.fall.: si trattava, più precisamente, di finanza prededucibile, funzionale alla miglior soddisfazione dei creditori, la cui erogazione veniva autorizzata dal tribunale sulla base di un'attestazione in tal senso, previa verifica del complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, da parte di un professionista, designato dal debitore e in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, *lett. d*), l.fall¹⁰⁰.

¹⁰⁰ La c.d. finanza interinale era stata introdotta, come visto, nel 2012 e, successivamente, modificata nel 2015 al fine di porre rimedio al vuoto normativo relativo a quei finanziamenti collocati tra la c.d. finanza ponte e la c.d. finanza in esecuzione: AMBROSINI, *Il diritto dell'impresa in crisi*, Pisa, 2022, p. 153; SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 827 s.

La terza forma di finanza nell'ambito dei tentativi di risanamento era, poi, quella "in esecuzione" di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ed era, anch'essa considerata prededucibile ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l.fall. (art. 182-*quater*, comma 1, l.fall.).

La finanza "interinale" e "in esecuzione"¹⁰¹, peraltro, oltre a godere del carattere della prededucibilità ai sensi degli artt. 182-*quater* e *quinquies*, beneficiavano anche dell'esenzione dall'azione revocatoria dei rimborsi e delle garanzie ex art. 67, comma 3, *lett. e*), l.fall. e dell'esenzione dai reati di bancarotta preferenziale ex art. 217-*bis* l.fall.¹⁰².

Infine, due ulteriori forme di finanziamento nel corso di un tentativo di salvataggio erano rappresentate, rispettivamente, dai finanziamenti autorizzati durante la procedura di concordato, ex art. 167, comma 2, l.fall. e dai finanziamenti dei soci concessi in esecuzione o in funzione di una procedura di concordato preventivo, ovvero di accordo di ristrutturazione dei debiti¹⁰³: i primi, in particolare, godevano della

¹⁰¹ Ciò non valeva per la finanza "ponte", in quanto la lettera dell'art. 67, comma 3, *lett. e*), l.fall. e 217-*bis* l.fall. si riferiva esclusivamente ai pagamenti e alle garanzie posti in essere *in esecuzione* del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, nonché posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161 l.fall. (art. 67, comma 3, *lett. e*), l.fall.) e ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato o del piano attestato di risanamento, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'art. 182-*quinquies* l.fall. (artt. 217-*bis* l.fall.): BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 65 s.; ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis l.fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il Fallimento*, 2011, 5, p. 516. Ma *contra* si veda STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Il Fallimento*, 2010, 12, p. 1346, secondo cui, anche nel caso di finanziamento "ponte" dovrebbe operare l'esenzione da revocatoria fallimentare, in quanto «essendo stato estinto un debito che sarebbe stato di rango parificato ai prededucibili, il curatore difetterebbe d'interesse [...] sarebbe un cattivo curatore quello che disperdesse risorse in azioni revocatorie che si risolvono in una partita di giro (il finanziatore restituirebbe quanto incassato e si insinuerebbe ex art. 70, secondo comma con rango prededucibile, riprendendosi quanto riversato). Il comitato dei creditori non dovrebbe approvare il programma di liquidazione che prevedesse una simile azione, il giudice delegato non dovrebbe autorizzarla e il giudice della causa dovrebbe rigettarla per difetto d'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. Farebbe eccezione il solo caso in cui si ponesse un problema di insufficienza dell'attivo anche rispetto ai crediti prededucibili, ai sensi dell'art. 111-*bis*, quinto comma».

¹⁰² BOTTAI, *I finanziamenti alle imprese in crisi nella Legge fallimentare*, cit., p. 138; SCRIBANO – LIUZZO, *Op. ult. cit.*, p. 832.

¹⁰³ Cfr. BOTTAI, *Op. ult. cit.*, p. 137.

prededucibilità al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 111 l.fall.¹⁰⁴; i secondi, invece, erano considerati prededucibili ai sensi dell'art. 182-*quater*, comma 3, l.fall. Anch'essi, poi, godevano dell'esenzione dalle azioni revocatorie, ai sensi dell'art. 67, comma 3, *lett. e*), l.fall., nonché dai reati di bancarotta preferenziale e semplice, ai sensi dell'art. 217-*bis* l.fall.¹⁰⁵.

Come può agevolmente notarsi, il sistema dei finanziamenti nell'ambito dei tentativi di risanamento contemplato dalla Legge fallimentare risultava particolarmente articolato e ciò era conseguenza dei frammentari interventi legislativi che, come visto, si erano succeduti nel tempo.

Per tale motivo, la legge delega del 19 ottobre 2017, n. 155, ha inserito, tra i criteri direttivi cui avrebbe dovuto attenersi il Governo nell'esercizio della delega, quello di *“prevedere il riordino e la semplificazione delle varie tipologie di finanziamento alle imprese in crisi, riconoscendo stabilità alla prededuzione dei finanziamenti autorizzati dal giudice nel caso di successiva liquidazione giudiziale o amministrazione straordinaria, salvo il caso di atti in frode ai creditori”* (art. 6, comma 1, *lett. o*)).

Con la riserva, dunque, di esaminare, nei paragrafi successivi, il sistema dei finanziamenti all'impresa in crisi predisposto dal d.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14 e, dunque, attualmente vigente, giova premettere che il legislatore della riforma ha mantenuto la tradizionale suddivisione poc'anzi esposta¹⁰⁶, seppur apportando le modifiche necessarie a rendere la disciplina omogenea e coerente: infatti, gli artt. 94, 99, 101 e 102 CCII, dedicati al tema in esame, disciplinano, rispettivamente, i finanziamenti autorizzati nel corso di un concordato preventivo (di cui al previgente art. 167, comma 2, l.fall.), la finanza interinale e ponte (di cui ai previgenti artt. 182-*quinquies*, commi 1 e 3 e 182-*quater*, comma 2, l.fall.), i finanziamenti in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti (di cui al previgente art. 182-*quater*, comma 1, l.fall.) e, infine, i finanziamenti dei soci (di cui al previgente art. 182-*quater*, comma 3, l.fall.).

¹⁰⁴ Trib. Terni, 26 aprile 2012, disponibile su *Ilcaso.it*.

¹⁰⁵ Cfr. *supra*, Sezione prima, par. 2.

¹⁰⁶ Cfr. BROGI, *I finanziamenti all'impresa in crisi tra legge fallimentare, codice della crisi e d.l. n. 118 del 2021*, cit., p. 1285.

Con l'esclusione, dunque, dei finanziamenti dei soci *ex art.* 102 CCII (i quali esulano dal tema del presente elaborato), nonché i finanziamenti erogati nel corso del concordato preventivo (i quali, sebbene erogati nel corso di una procedura, non hanno necessariamente causa di salvataggio) le altre forme di finanziamento erogate con finalità di risanamento saranno, dunque, affrontate seguendo l'ordine "cronologico" – già impiegato in relazione al sistema dei finanziamenti nella Legge fallimentare – corrispondente, cioè, alle fasi del salvataggio dell'impresa.

7. *La finanza "ponte" (art. 99, comma 5, CCII).*

Come si è anticipato nel paragrafo precedente, la finanza "ponte" era contemplata, nella Legge fallimentare, dall'art. 182-*quater*, comma 2 e si caratterizzava per il suo carattere funzionale rispetto alla presentazione di una domanda di concordato preventivo, ovvero di omologa dell'accordo di ristrutturazione¹⁰⁷. Inoltre, il beneficio della prededuzione non era automatico, ma era subordinato alla duplice condizione, per un verso, della previsione del finanziamento nel piano *ex art.* 160 l.fall. o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e, per altro verso, dell'espresso riconoscimento della prededuzione nel provvedimento di accoglimento della domanda di ammissione al concordato, ovvero di omologazione dell'accordo di ristrutturazione.

La versione originaria del Codice della crisi non aveva mantenuto tale categoria di finanziamenti e ciò, probabilmente, a causa della scarsa diffusione, nella prassi, di tale strumento di sostentamento dell'impresa, dovuta, come noto, all'incertezza insita nel meccanismo di riconoscimento della prededuzione; alea che risiedeva, in effetti, non solo nell'accoglimento della domanda di ammissione al concordato o di omologazione dell'accordo e, dunque, nella positiva valutazione del tribunale circa il ricorrere dei requisiti richiesti dalla legge per l'accoglimento del ricorso, ma anche nel riconoscimento, sempre ad opera del collegio, del carattere "funzionale" del finanziamento¹⁰⁸.

¹⁰⁷ BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 43.

¹⁰⁸ AMBROSINI, *Profili civili e penali delle novità introdotte dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 in materia di soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, in AA.VV. *Crisi di imprese: casi e materiali*, BONELLI (a cura di), Milano, 2011, p. 227; BELTRAMI, *Op. ult. cit.*, p. 48; COSTA, *Procedure di salvataggio delle imprese, azione revocatoria e prededuzione nelle recenti*

Ciononostante, il primo correttivo al Codice della crisi (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147) aveva reintrodotta la finanza “ponte” tra i sistemi di finanziamento dell’impresa in crisi, inserendola nella norma dedicata ai finanziamenti “interinali” e, cioè, l’art. 99 CCII. La previsione era stata, poi, mantenuta immutata dai successivi correttivi: l’attuale art. 99, comma 5, CCII, pertanto, stabilisce che “*le disposizioni di cui ai commi da 1 a 4 si applicano anche ai finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti, quando i finanziamenti sono previsti dal relativo piano e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero gli accordi di ristrutturazione siano omologati*”.

Mentre, dunque, i presupposti di riconoscimento della prededuzione non sono mutati rispetto a quanto previsto dall’art. 182-*quater*, comma 2, l.fall., al contrario l’art. 99, comma 5, CCII apporta alcune novità dal punto di vista procedurale¹⁰⁹.

Infatti, il richiamo operato dalla disposizione in esame ai commi da 1 a 4 dell’art. 99 CCII impone, oggi, al debitore, anzitutto, di presentare al tribunale un ricorso in cui si specifica, per un verso, la destinazione dei finanziamenti, per altro verso, che l’istante non è in grado di reperirli altrimenti¹¹⁰ e, infine, che l’assenza di tali finanziamenti determinerebbe grave pregiudizio per l’attività aziendale o per il prosieguo della procedura; in secondo luogo, di accompagnare al ricorso la relazione di un professionista indipendente, il quale attesti la sussistenza dei requisiti appena esposti, nonché che i finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori (la relazione non è, tuttavia, necessaria quando il tribunale ravvisi l’urgenza di provvedere

evoluzioni normative, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, FORTUNATO – GIANNELLI – GUERRERA – PERRINO (a cura di), Milano, 2011, p. 29; LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. it.*, 2010, XI, p. 2460; MUNARI, *Crisi d’impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, p. 227; SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 843; GALLOTTA, *L’approccio del d.lgs. 14/2019 al problema dei finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 175.

¹⁰⁹ SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 844.

¹¹⁰ Ad esempio, tramite finanziamenti erogati dai soci.

per evitare un danno grave ed irreparabile all'attività aziendale)¹¹¹. È previsto, peraltro, che l'istanza possa avere ad oggetto anche l'autorizzazione a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei finanziamenti.

In presenza di una simile documentazione, dunque, il tribunale provvede in camera di consiglio con decreto motivato entro dieci giorni dal deposito del ricorso, assunte sommarie informazioni¹¹²: a differenza di quanto avveniva in virtù della previgente disciplina, dunque, il Codice della crisi ha ritenuto opportuno subordinare la prededuzione alla previa autorizzazione del tribunale (come gi avveniva per i finanziamenti "interinali") e non, invece, ad un provvedimento successivo alla contrazione del finanziamento stesso.

Risulta evidente, pertanto, che con le modifiche apportate alla disciplina della finanza "ponte" contenuta nel previgente art. 182-*quater*, comma 2, l.fall., il legislatore della riforma ha inteso ridurre l'alea che connotava tale categoria di finanziamenti, cui poco sopra si faceva cenno e, con ciò, consentirne un maggiore utilizzo nella pratica. È ragionevole ritenere, infatti, che il tribunale non possa discostarsi dalle valutazioni operate dal professionista indipendente nell'attestazione che deve accompagnare il ricorso (pena l'inutilità di un simile documento), se non in caso di illogicità o irragionevolezza, ovvero di errore sui dati su cui l'attestazione si fonda¹¹³.

Per il resto, permane l'incertezza, già rilevata dagli interpreti con riferimento alla finanza "ponte" nella Legge fallimentare, insita nel vaglio del tribunale circa la

¹¹¹ ROSSI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Il Fallimento*, 2017, p. 640; NOCERA, *Finanziamenti prededucibili ex art. 182 quinquies – L'attestazione del professionista e la veridicità dei dati aziendali*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 1463.

¹¹² Cfr. SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 842, secondo cui si tratterebbe, dal punto di vista processuale, di un provvedimento di urgenza ex art. 700 c.p.c.

¹¹³ Cfr., in tal senso, SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 844, secondo cui la riduzione della sfera di discrezionalità del tribunale emergerebbe anche dal «disposto del comma 3 dell'art. 99 CCII, a mente del quale il provvedimento con cui viene negata o riconosciuta la prededuzione in relazione a un credito già erogato necessita di motivazione: il che lascia ritenere che l'eventuale diniego del tribunale deve fondarsi su elementi concreti che portino ad escludere l'idoneità del finanziamento a determinare un miglior soddisfacimento dei creditori»; PISANI MASSAMORMILE, *La prededuzione ed i finanziamenti all'impresa in crisi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2015, p. 15.

funzionalità¹¹⁴ del finanziamento alla presentazione di una domanda di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti¹¹⁵.

A tal proposito, dal momento che la norma si riferisce alla funzionalità del finanziamento rispetto alla *presentazione del ricorso* per l'accesso ad una procedura di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti e non alla procedura stessa, sembra preferibile ritenere che il presupposto in esame ricorra ogniqualvolta la nuova finanza abbia agevolato il debitore nel compimento delle attività necessarie a predisporre la documentazione da presentare al tribunale e nella continuazione dell'impresa. Vi rientrerebbero, dunque, a titolo esemplificativo, per un verso, le somme destinate al pagamento dei dipendenti, dei fornitori strategici, di imposte, tasse e contributi previdenziali e, per altro verso, le somme destinate al deposito delle spese di procedura e al pagamento dei compensi dei professionisti che hanno assistito il debitore per l'accesso alla procedura¹¹⁶.

¹¹⁴ Il richiamo al carattere funzionale del finanziamento, peraltro, ha indotto parte degli interpreti, nel vigore della Legge fallimentare, ad interrogarsi sul rapporto tra l'art. 182-*quater*, comma 2, l.fall. e l'art. 111, l.fall., il quale pure faceva riferimento ai crediti sorti *in funzione* delle procedure concorsuali. Secondo alcuni, infatti, il rapporto tra le due norme era di specialità, nel senso che entrambe le norme erano applicabili anche a crediti sorti prima dell'apertura della procedura, ma l'art. 182-*quater*, comma 2, l.fall. estendeva la prededucibilità, a differenza dell'art. 111 l.fall., il quale menzionava il carattere "concorsuale" della procedura, anche ai crediti sorti prima di un accordo di ristrutturazione (che, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza – seppur minoritaria – non apparteneva al novero delle procedure concorsuali). Cfr., sul punto, BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 55 s.

¹¹⁵ Ad esempio, era incerto se la prededucibilità potesse essere riconosciuta anche ai finanziamenti erogati in funzione della presentazione del ricorso anticipato *ex art. 182-bis*, comma 6, l.fall.: BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 47.

¹¹⁶ In tal senso si era, peraltro, orientata la dottrina già nel vigore dell'art. 182-*quater*, comma 2, l.fall.: AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012, p. 141, secondo cui «la formulazione della norma porta invece a escludere la prededucibilità di un finanziamento strumentale all'attuazione del piano, giacché l'obiettivo dell'erogazione non è, in prospettiva, la sistemazione della crisi nel suo insieme, bensì, assai più specificamente, la possibilità di presentare, nell'immediato, domanda per accedere al concordato o per ottenere l'omologazione dell'accordo»; BELTRAMI, *Op. ult. cit.*, p. 57; DEL MAJNO, *Brevi riflessioni sulla "finanza ponte" ex art. 182 quater, comma II, L.F.*, disponibile su *IlCaso.it*; FERRO – FILOCAMO, *Sub art. 182-quater*, in AA.VV., *La legge fallimentare*, III, FERRO (a cura di), Padova, 2014, p. 2606; RIZZARDO, *Sub art. 182-quater*, in AA.VV., *Commentario breve alla legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (a cura di), Padova, 2013, p. 1277; VALENSISE, *Sub art. 182-quater*, in AA.VV., *La legge fallimentare dopo la riforma*, NIGRO – SANDULLI – SANTORO (a cura di), Torino, 2010, p. 2340.

Sempre con riferimento alla funzionalità, dalla lettera dell'art. 99, comma 5, CCII, sembra, poi, doversi desumere che la prededuzione può essere riconosciuta solo a finanziamenti funzionali alla presentazione della domanda “piena” di concordato preventivo o di omologazione dell'accordo: ciò in quanto, a differenza del comma 1 della medesima disposizione, il comma 5 non richiama il ricorso presentato ai sensi dell'art. 44 CCII¹¹⁷.

Una ulteriore rilevante novità contenuta nel Codice della crisi (e che interessa, come si vedrà, anche i finanziamenti “interinali”) concerne le ipotesi di esclusione della prededucibilità del credito in caso di comportamenti fraudolenti del debitore: infatti, l'art. 99, comma 6, CCII, stabilisce che in caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, i finanziamenti autorizzati non beneficiano della prededuzione qualora, da un lato, risulti che il ricorso o l'attestazione contengono dati falsi, ovvero omettono informazioni rilevanti, o il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione e, dall'altro lato, il curatore dimostri che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano tali circostanze. Si tratta, in sostanza, di una norma posta a tutela della massa dei creditori ma che, al contempo, sempre in un'ottica di incentivo all'apporto di nuova finanza all'impresa in crisi, mira ad evitare che il finanziatore subisca le conseguenze di un comportamento scorretto del debitore, non verificabile o conoscibile al momento dell'erogazione del credito: in tal senso, infatti, deve essere letta la previsione sull'onere della prova posto a carico del curatore¹¹⁸.

Da ultimo, con riferimento alla finanza “ponte”, giova osservare come – al pari di quanto avveniva in relazione ai finanziamenti *ex art. 182-quater*, comma 2, l.fall. – il legislatore non abbia previsto, oltre alla prededucibilità del relativo credito, anche la protezione dei rimborsi o garanzie dall'azione revocatoria: l'art. 166, comma 3, CCII, infatti, similmente all'art. 67, comma 3, l.fall., continua a non contemplare, tra gli atti

¹¹⁷ Cfr., sul punto, sebbene in relazione all'art. 182-*quater*, comma 2, l.fall., BELTRAMI, *Op. ult. cit.*, il quale, peraltro, evidenzia l'irrilevanza del quesito dal punto di vista pratico, dal momento che è difficile immaginare che il soggetto finanziatore si decida a concedere credito in assenza dei documenti sui quali si baserà la ristrutturazione.

¹¹⁸ Cfr. FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, p. 74.

esenti da revocatoria, quelli compiuti *in funzione* della presentazione di una domanda di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti¹¹⁹.

Al contrario, a differenza dell'art. 217-*bis* l.fall., l'art. 324 CCII, esclude la responsabilità per i reati di bancarotta preferenziale e semplice per i “*pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma [dell'articolo] 99*”.

8. La finanza “interinale” (art. 99, comma 1, CCII).

Seguendo l'ordine cronologico, dopo la fase di predisposizione della domanda di accesso al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, vi è quella intercorrente tra il deposito della domanda e il provvedimento di omologazione, ovvero l'apertura della procedura.

In relazione a tale momento del tentativo di ristrutturazione, la Legge fallimentare consentiva al debitore che avesse presentato una domanda di ammissione al concordato preventivo, anche con riserva, o di omologazione di un accordo di ristrutturazione, ovvero una proposta di accordo *ex art. 182-bis*, comma 6, l.fall., di essere autorizzato a contrarre finanziamenti “interinali”, i quali potevano essere di due tipi.

Anzitutto, l'imprenditore poteva ricorrere, se autorizzato sulla base di sommarie informazioni, a stipulare finanziamenti (individuati anche soltanto per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative) prededucibili *ex art. 111 l.fall.*, a condizione che un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, *lett. d)*, l.fall., attestasse, verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologa, la funzionalità di tale finanza rispetto al miglior soddisfacimento dei creditori (art. 182-*quinqies*, comma 1 e 2, l.fall.).

In alternativa, in caso di urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine per il deposito della domanda piena, ovvero all'udienza di omologa dell'accordo, o alla scadenza del termine *ex art. 182-bis*, comma 7, l.fall., il debitore poteva essere autorizzato dal tribunale, assunte sommarie informazioni sul piano e la proposta e sentito il commissario giudiziale ed

¹¹⁹ Cfr. BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 65 s.

eventualmente i principali creditori, a contrarre finanziamenti “interinali urgenti”, funzionali a tali necessità. In questa ipotesi, l’istanza avrebbe dovuto specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non sarebbe stato in grado di reperirli altrimenti e, infine, che in assenza degli stessi sarebbe derivato un pregiudizio imminente e irreparabile all’azienda. Inoltre, in tal caso il debitore poteva chiedere anche di essere autorizzato a mantenere le linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda (art. 182-*quinquies*, comma 3, l.fall.).

In entrambi i casi, poi, l’autorizzazione poteva riguardare la concessione di pegno o ipoteca o la cessione di crediti a garanzia dei finanziamenti stessi (182- *quinquies*, comma 4, l.fall.).

Il Codice della crisi ha unificato le due tipologie di finanziamenti interinali poc’anzi illustrate.

L’art. 99, commi 1-4, CCII, infatti, prevede che il debitore, con la domanda di accesso al concordato preventivo piena o con riserva, o di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti, anche agevolati o ad efficacia estesa (artt. 57, 60 e 61 CCII), ovvero nel caso di deposito del piano di concordato preventivo (art. 87 CCII), quando sia prevista la continuazione dell’attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione, possa chiedere con ricorso al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione che deve essere allegata alla domanda, “*a contrarre finanziamenti in qualsiasi forma¹²⁰, compresa la richiesta di emissione di garanzie, prededucibili, funzionali all’esercizio dell’attività aziendale sino all’omologa del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti ovvero all’apertura e allo svolgimento di tali procedure e in ogni caso funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori*” e, inoltre “*a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei finanziamenti autorizzati*”¹²¹.

¹²⁰ Sulle fattispecie di contratti di credito riconducibili alla nozione di “finanziamento” cfr. *supra*, Sezione seconda, par. 5.

¹²¹ È stata eliminata, invece, la previsione, inserita dal primo correttivo al Codice della crisi (d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147), relativa alla possibilità per il debitore di chiedere il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi o dell’insolvenza, in quanto tale riferimento era “*divenuto superfluo alla luce del nuovo art. 97, comma 14*” (così la Relazione illustrativa, disponibile su *Giustizia.it*).

Per quanto concerne il contenuto del ricorso, esso è identico a quello previsto per il caso di finanza “ponte” (la cui norma, infatti, richiama, come visto, la disciplina dei finanziamenti interinali)¹²² e, dunque, anche per tale finanza dovrà essere indicata sia la destinazione dei finanziamenti, sia che il creditore non è in grado di procurarseli altrimenti, sia, infine, che l’assenza dei finanziamenti determinerebbe grave pregiudizio per l’attività aziendale o per la prosecuzione della procedura. Parimenti, anche nel caso di finanza “interinale”, la prededuzione è esclusa dal ricorrere delle medesime ipotesi di comportamento del debitore, conosciute dal creditore al momento dell’erogazione del finanziamento, esaminate per la finanza “ponte”, al cui paragrafo, pertanto, si rinvia.

Ciò che, invece, costituisce una novità propria dei finanziamenti “interinali” è, per un verso, la previsione, da parte dell’art. 99, comma 1, CCII, della necessità, ai fini del rilascio dell’autorizzazione, della previsione della continuazione dell’attività aziendale, anche se unicamente in funzione della liquidazione; per altro verso, la possibilità che la finanza “interinale” sostenga l’impresa sino all’omologazione del concordato o dell’accordo.

Si tratta, in particolare, di due norme, non contemplate nell’art. 182-*quinquies* l.fall., idonee ad estendere il perimetro di applicazione della finanza “interinale”.

La prima, infatti, consente di autorizzare il debitore alla contrazione di finanziamenti prededucibili anche nel caso concordato liquidatorio. Con essa, in particolare, il legislatore ha preso posizione sulla questione insorta tra gli interpreti nel vigore della Legge fallimentare circa la limitazione di tale forma di finanza al solo concordato preventivo con continuità aziendale¹²³. L’intervento è opportuno, se solo si considera che la nuova finanza “interinale” può risultare indispensabile anche all’interno di un concordato liquidatorio, in quanto consente al debitore di non incorrere in sanzioni, oltre

¹²² *Supra*, Sezione seconda, par. 7.

¹²³ Cfr. CENSONI, *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Il Fallimento*, 2014, p. 377; BALESTRA, *I finanziamenti all’impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 1401; TOMBARI, *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1138; NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 827.

che di preservare e valorizzare il patrimonio, in vista di un più ampio soddisfacimento del ceto creditorio¹²⁴.

La seconda, invece, supera la disciplina previgente, contenuta nell'art. 182-*quinquies*, comma 3, l.fall., la quale pretendeva la funzionalità del finanziamento rispetto a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale “*fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'art. 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'art. 182-bis, quarto comma, o alla scadenza di cui all'art. 182-bis, settimo comma*”: ciò che determina, dunque, un'estensione dell'ambito di applicazione della finanza “interinale” dal punto di vista temporale.

Da ultimo, giova osservare che la categoria di finanziamenti in esame, similmente a quanto già avveniva nella Legge fallimentare, gode di una protezione maggiore – ed è, dunque, meno aleatoria per l'istituto di credito che accetti di sostenere l'imprenditore in difficoltà – rispetto alla finanza “ponte”: ciò in quanto, in relazione al credito concesso ai sensi dell'art. 99, comma 1, CCII, opera, oltre alla causa di esclusione della tipicità per i reati di bancarotta preferenziale e semplice (art. 324 CCII), anche l'esenzione dall'azione revocatoria, ai sensi dell'art. 166, comma 3, *lett. e*), CCII¹²⁵ (peraltro, a differenza dell'art. 67, comma 3, *lett. e*), l.fall., la protezione è estesa anche all'azione revocatoria ordinaria).

9. La finanza “in esecuzione” (art. 101 CCII).

Quanto alla fase esecutiva del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione, l'art. 182-*quater*, comma 1, l.fall. sanciva che “*i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti*

¹²⁴ Cfr. GALLOTTA, *L'approccio del d.lgs. 14/2019 al problema dei finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 174, la quale osserva come tale soluzione sia, peraltro, coerente con quanto previsto in caso di liquidazione volontaria della società di capitali, dove è contemplato l'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 2487).

¹²⁵ Peraltro, anche in presenza di comportamenti fraudolenti, il finanziamento, sebbene non prededucibile, potrà, comunque, beneficiare dell'esenzione dall'azione revocatoria, in quanto l'art. 166, comma 3, *lett. e*), CCII, a differenza della *lett. d*) della medesima norma, non contiene la previsione secondo cui “*l'esclusione non opera in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia*”.

omologato ai sensi dell'articolo 182-bis sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111".

Il principale problema rappresentato da tale norma risiedeva nell'interpretazione dell'espressione "*in esecuzione*": era dibattuto, infatti, se la prededucibilità fosse ancorata alla circostanza che il finanziamento era stato erogato *in adempimento* dell'accordo e, dunque, sulla base di una specifica previsione contenuta nello stesso, ovvero se dipendesse unicamente dal fatto che il credito era stato concesso *nel corso* della fase esecutiva, ovvero se, infine, il beneficio potesse essere riconosciuto solo in presenza di un finanziamento erogato in costanza di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti *regolarmente adempiuto*¹²⁶.

Il legislatore, con il Codice della crisi, sembra aver preso posizione sul punto, sebbene non in modo risolutivo: l'art. 101 CCII, infatti, dispone che "*quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati, ivi compresa l'emissione di garanzie, in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati ed espressamente previsti nel piano ad essi sottostante sono prededucibili*".

Oggi, dunque, in seguito alla riforma del 2019, può affermarsi con certezza che il finanziamento gode della prededucibilità solo in quanto costituisca attuazione di una previsione contenuta nel concordato o nell'accordo, in quanto in tal senso depona la lettera della legge.

¹²⁶ Cfr. STAUNOVO POLACCO, *Il nuovo concordato preventivo alla luce dei principi generali, sostanziali e processuali del C.C.I.I. L'esecuzione e la risoluzione*, in corso di pubblicazione. GALLOTTA, *L'approccio del d.lgs. 14/2019 al problema dei finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 186 s. In giurisprudenza cfr. Cass., 9 settembre 2016, n. 17911, in *DeJure*, secondo cui «i crediti sorti in esecuzione del concordato preventivo sono prededucibili nel successivo fallimento se conformi al piano approvato dai creditori ed omologato dal tribunale»; Cass., 16 maggio 2016, n. 9995, *ivi*, secondo cui «in tema di opposizione allo stato passivo, i crediti maturati per canoni di contratti di *leasing*, stipulati dalla società *in bonis*, rimasti insoluti nel periodo anteriore alla sua ammissione ad una procedura di concordato preventivo e fino al fallimento della società stessa, possono essere soddisfatti in prededuzione, ex art. 111 l.fall., nel successivo fallimento, ove siano esposti già nel piano analitico allegato alla proposta ai sensi dell'art. 161, comma 2, l. fall., secondo un principio generale che può ricavarsi dall'art. 182-*quater*, comma 2, l. fall., atteso che solo una preventiva indicazione in seno alla proposta concordataria del novero e dell'ammontare dei debiti della massa consente ai creditori ammessi al voto le necessarie valutazioni sulla sua convenienza, nonché di formulare una ragionevole prognosi sulle possibilità di effettivo adempimento».

Tuttavia, la formulazione della nuova norma non esclude, per altro verso, che il beneficio possa essere riconosciuto solo in presenza di una regolare esecuzione della fase *post-omologa* e, dunque, solo allorché il debitore non risulti inadempiente rispetto ad alcun obbligo assunto con la procedura concorsuale.

Orbene, secondo chi scrive, nell'obiettiva incertezza derivante dal dato normativo, sembra ragionevole privilegiare l'interpretazione più garantista per il creditore che abbia concesso il finanziamento, in quanto ciò risulta conforme alle logiche che hanno ispirato il Codice della crisi. Infatti, appare evidente che legare la prededuzione al regolare adempimento del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione complessivamente intesi determina un eccessivo incremento del rischio a carico del creditore finanziante il quale, pur avendo concesso il finanziamento sulla base di quanto previsto nel piano, subirebbe le conseguenze sfavorevoli derivanti da un qualsiasi inadempimento agli obblighi concorsuali, anche ultroneo rispetto al suo rapporto con il debitore. Pertanto, sulla base di tali considerazioni, deve ritenersi che il beneficio della prededuzione sussista alla sola condizione che il finanziamento sia stato concesso sulla base di quanto previsto nell'accordo di ristrutturazione o del concordato preventivo, indipendentemente, quindi, dal fatto che il debitore stia regolarmente adempiendo agli obblighi concorsuali nel loro complesso.

Ulteriore novità apportata dalla nuova disciplina risiede nel riconoscimento della prededuzione per la finanza "in esecuzione", solo nel caso in cui sia prevista la continuazione dell'attività aziendale: il richiamo alla prosecuzione dell'impresa e l'assenza, invece, dell'inciso – contenuto, al contrario, nell'art. 99 CCII – "*anche se unicamente in funzione della liquidazione*", sembra indicare, a differenza dell'interpretazione accolta con riferimento alla finanza "interinale", che il beneficio spetta solo in caso di concordato con continuità aziendale e non, invece, nel caso di concordato liquidatorio¹²⁷.

¹²⁷ In tal senso si veda GALLOTTA, *L'approccio del d.lgs. 14/2019 al problema dei finanziamenti alle imprese in crisi*, cit., p. 188. Ma *contra* si veda BONATO, *Concessione e perdita della prededuzione tra Legge fallimentare e Codice della crisi – Un'analisi diacronica*, disponibile su *IlCaso.it*, secondo cui «sebbene la modifica rappresenti senz'altro una presa d'atto del concreto panorama delle imprese in crisi, viene naturale tuttavia domandarsi la ragione per cui l'inciso non sia stato riflesso nell'art. 101 (CCI emanato) relativo ai finanziamenti "in

L'art. 101 CCII prosegue, poi, al comma 2, stabilendo che “*in caso di successiva ammissione del debitore alla procedura di liquidazione giudiziale, i predetti finanziamenti non beneficiano della prededuzione quando il piano di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti risulta, sulla base di una valutazione da riferirsi al momento del deposito, basato su dati falsi o sull'omissione di informazioni rilevanti o il debitore ha compiuto atti in frode ai creditori e il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano tali circostanze*”.

La norma ricalca la previsione, contenuta nell'art. 99 CCII, già analizzata con riferimento alla finanza “ponte” e “interinale” e su di essa, pertanto, non pare necessario soffermarsi¹²⁸, se non per osservare che, a differenza dell'art. 99, comma 6, CCII, per un verso, la falsità o incompletezza dei dati deve riguardare il piano di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti e non, invece, il ricorso o l'attestazione e, per altro verso, la valutazione di tali circostanze deve essere riferita al momento del deposito del piano¹²⁹.

Infine, la finanza “in esecuzione” gode, al pari della finanza “interinale”, della protezione dall'azione revocatoria (art. 166, comma 3, *lett. e*), CCII) e da responsabilità penale per bancarotta preferenziale o semplice (art. 324 CCII).

A differenza della finanza *ex art. 99 CCII*, tuttavia, tali esenzioni riguardano anche i piani di ristrutturazione *ex art. 64-bis CCII* (per l'esenzione da revocatoria) e gli accordi in esecuzione del piano attestato o i concordati minori omologati (per la causa di esclusione della tipicità).

Inoltre, diversamente da quanto previsto nella Legge fallimentare, il Codice della crisi estende la protezione dall'azione revocatoria anche alla revocatoria *ex art. 2901 c.c.* e richiede, ai fini dell'operare dell'esenzione, che si tratti di finanziamenti

esecuzione”: è infatti in tale contesto, a maggior ragione, che l'impresa in crisi potrebbe necessitare l'iniezione di nuove risorse finanziarie finalizzate al completamento dei progetti intrapresi e alla successiva ordinata valorizzazione dei propri *asset*».

¹²⁸ *Supra*, Sezione II, parr. 4 e 5.

¹²⁹ Peraltro, anche, come già osservato con riferimento alla finanza “interinale” al paragrafo precedente, in presenza di comportamenti fraudolenti, il finanziamento, sebbene non prededucibile, sarà protetto dall'azione revocatoria, stante la diversa formulazione dell'art. 166, comma 3, *lett. e*), CCII, rispetto alla *lett. d*) della medesima norma.

contemplati nel concordato preventivo, nel piano di ristrutturazione omologato o nell'accordo omologato.

CAPITOLO III

LA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA DA OMESSO FINANZIAMENTO ALL'IMPRESA IN CRISI

SOMMARIO: 1. *Considerazioni preliminari.* – 2. *Il “dilemma del banchiere”.* – 3. *concetti di crisi e insolvenza.* – 4. *L’abuso nell’interruzione del credito. La fattispecie.* – 4.1. *L’“abuso” del diritto di interrompere la concessione del credito.* – 4.2. *L’elemento soggettivo.* – 4.3. *L’elemento oggettivo: il confine con l’abuso nella concessione del credito.* – 4.4. *Il nesso di causalità tra interruzione abusiva del credito e danno.* – 4.5. *La quantificazione del danno da abuso nell’interruzione del credito.* – 4.6. *Profili processuali. Rinvio.*

1. *Considerazioni preliminari.*

Dopo aver esaminato, nei Capitoli precedenti, la fisiologia dei rapporti tra banca e impresa in crisi e, in particolare, dopo aver chiarito quali sono le logiche del sistema bancario che governano la concessione del credito e quale sia l’atteggiamento del legislatore della crisi d’impresa sull’apporto di nuova finanza, è possibile affrontare il tema della patologia del rapporto creditizio nei confronti di un’impresa non più *in bonis*.

Più precisamente, al fine di delineare compiutamente il quadro dei finanziamenti all’impresa in crisi è necessario indagare anche quali comportamenti, lungi dal contribuire al risanamento o al miglior soddisfacimento dei creditori, risultano, invece, pregiudizievoli per l’impresa stessa o per i terzi.

Infatti, per un verso, è oramai consolidata l’idea che l’ancora di salvezza dell’impresa in crisi sia rappresentata dal sostegno bancario¹ (motivo per cui, come visto, nel

¹ *Ex multis*, BALESTRA, *I finanziamenti all’impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 1401; BONFATTI, *La nozione di finanziamento. Le forme negoziali tipiche e atipiche*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1187; D’ORAZIO, *I finanziamenti e la legislazione emergenziale*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1272; VATTERMOLI, *I “finanziamenti preveducibili” nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in AA.VV., *Le banche nel nuovo Codice della*

Codice della crisi è possibile rinvenire molteplici disposizioni destinate ad incentivare l'erogazione di finanziamenti e a proteggere il creditore che abbia concesso credito)²; per altro verso, è da anni diffusa l'opinione che quella medesima finanza ritenuta essenziale per il risanamento, possa, al contempo, in presenza di determinate condizioni, rivelarsi fatale per la sopravvivenza dell'azienda.

In altre parole, proprio l'importanza rivestita dai finanziamenti induce gli interpreti a valutare la condotta della banca con particolare severità, con ciò aumentando, dunque, il rischio insito nell'attività creditizia e, conseguentemente, rappresentando un freno alla concessione di nuovo credito, in contrasto, come visto, con la *ratio* sottesa alle più recenti riforme concorsuali.

Peraltro, non si può non notare come la tendenza a ricercare negli istituti di credito i soggetti responsabili del dissesto dell'impresa si sia accentuata negli ultimi anni e rappresenti, pertanto, un tema attualmente molto studiato.

Le ragioni di tale particolare interesse nei confronti del tema in esame sono state rinvenute, da un lato, nel fatto che, in seguito al “depotenziamento” delle azioni revocatorie *ex art. 67 l.fall.* ad opera del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (“Decreto sulla competitività”), le curatele hanno cercato ulteriori strumenti per incrementare l'attivo delle procedure e li hanno, talvolta, trovati nelle azioni risarcitorie promosse nei confronti degli istituti di credito volte a far valere un comportamento scorretto di questi ultimi nella concessione del credito³; dall'altro lato, nella circostanza che, in seguito alla

crisi d'impresa e dell'insolvenza, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, p. 746; SCHLESINGER, *Imprese insolventi e credito bancario: considerazioni introduttive*, in *Il Fallimento*, 1985, p. 243; STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1181.

² Cfr. Capitolo secondo, Sezione prima.

³ NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le Società*, 2007, p. 438, secondo il quale le azioni di responsabilità nei confronti della banca (e, in particolare, la responsabilità da concessione abusiva di credito), parrebbero destinate «a costituire una sorta di nuova frontiera per i curatori fallimentari, i quali “orfani” ormai della revocatoria fallimentare, dovrebbero ripiegare proprio su quella figura per tentare di rimpinguare gli attivi delle procedure»; ROPPO, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Il Fallimento*, 1996, II, pp. 878-879; ID., *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 873.

pandemia da Covid-19, il legislatore⁴, su impulso dell'Unione europea⁵, ha tentato di proteggere il sistema produttivo italiano⁶, incentivando gli istituti di credito a concedere credito alle imprese nel modo più rapido possibile⁷, senza, tuttavia, prevedere, al

⁴ Il riferimento è, in particolare, agli interventi normativi emergenziali rappresentati dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (“Decreto cura Italia”), convertito in l. 24 aprile 2020, n. 27, dal d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito in l. 5 giugno 2020, n. 40, nonché alla l. 30 dicembre 2020, n. 178 (“Legge di stabilità 2021”).

⁵ Il riferimento è, in particolare, alla Comunicazione della Commissione europea del 19 marzo 2020, n. 2020/C911/01 e successive modifiche, recante il “*Quadro temporaneo per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'economia nell'attuale emergenza del Covid-19*”. Cfr., sul punto, D'ORAZIO, *I finanziamenti e la legislazione emergenziale*, cit., p. 1272.

⁶ È noto, infatti, che le misure di contenimento del virus hanno determinato una «insolvenza diffusa» delle imprese: cfr. MINERVINI, *Il rischio di “insolvenza diffusa”. Spunti di riflessione per la “fase 2” (e una proposta operativa)*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 2020, pp. 1 ss.; D'ORAZIO, *Op. ult. cit.*, p. 1272; MODINA, *Covid-19 e imprese: impatto, prime risposte e lezioni da prendere per un ritorno alla prossima normalità*, in AA.VV., *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, PALMIERI (a cura di), I, Napoli, 2020, p. 260; FIMMANÒ, *Gli aiuti di Stato alle imprese in crisi da Coronavirus*, ivi, pp. 179 ss.

⁷ In particolare, tramite la concessione da parte dello Stato di una garanzia a prima richiesta, esplicita e irrevocabile a favore dei soggetti finanziatori (cfr. D'ORAZIO, *Op. ult. cit.*, p. 1272). Il riferimento è, più nello specifico, all'art. 1, comma 1, del già citato d.l. 8 aprile 2020, n. 23, ai sensi del quale “*al fine di assicurare la necessaria liquidità alle imprese con sede in Italia, colpite dall'epidemia COVID-19, diverse dalle banche e da altri soggetti autorizzati all'esercizio del credito, SACE S.p.A. concede fino al 31 dicembre 2020 garanzie, in conformità con la normativa europea in tema di aiuti di Stato e nel rispetto dei criteri e delle condizioni previste dai commi da 2 a 11, in favore di banche, di istituzioni finanziarie nazionali e internazionali e degli altri soggetti abilitati all'esercizio del credito in Italia, per finanziamenti sotto qualsiasi forma alle suddette imprese [...]*”.

Si tratta, a ben vedere, di un incentivo al finanziamento delle imprese che, sebbene dettato dall'intento – senz'altro meritevole – di aiutare le aziende a fronteggiare la paralisi economica conseguente alle misure di contenimento del virus, ha destato, però, non poche perplessità e dubbi interpretativi.

Anzitutto, ai fini che qui rilevano, si è evidenziato come il d.l. 8 aprile 2020, n. 23, al fine di contenere gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica ha prodotto sul tessuto socio-economico nazionale, abbia cercato di incoraggiare le banche a concedere credito in presenza di circostanze che, secondo una valutazione del merito creditizio condotta secondo diligenza, potrebbero escludere l'accoglimento dell'istanza di finanziamento. Il rischio, dunque, è che, in assenza di un eccezionale scudo protettivo positivamente previsto, le banche, sebbene protette, grazie alla garanzia statale, dal punto di vista del rischio di credito, possano comunque essere chiamate a rispondere, in sede civilistica, per concessione abusiva di credito e, in sede penale, per concorso nella bancarotta dell'impresa (cfr. D'ORAZIO, *Op. ult. cit.*, p. 1272, il quale, tuttavia, esclude la responsabilità per concessione abusiva di credito ogniqualvolta i controlli e le verifiche effettuati sia dagli istituti di credito che da SACE S.p.A. ai sensi dell'art. 1, comma 6, del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 siano stati effettivi e non “fittizi”. Ciò non varrebbe, invece, secondo l'Autore, «per i finanziamenti sino ad euro 30.000», poiché per essi «è già la normativa ad imporre la concessione di finanziamenti “a pioggia”, sicché in tali ipotesi non è consentita l'azione di danni per concessione abusiva del credito»).

contempo, (come è invece avvenuto in altri Paesi) forme speciali di esenzione dalla responsabilità per il soggetto finanziatore (oltre che per gli amministratori delle società)⁸: ciò che determinerà, verosimilmente, il moltiplicarsi delle azioni volte a far valere la responsabilità delle banche per aver erogato finanziamenti garantiti dallo Stato in assenza delle situazioni di merito creditizio del cliente richieste dalla normativa emergenziale ai fini dell'accesso al beneficio⁹.

Tuttavia, nonostante la responsabilità degli istituti di credito in relazione all'attività creditizia rappresenti un argomento costantemente portato all'attenzione della

In secondo luogo, è sorto tra gli interpreti un dibattito circa la natura del diritto di credito vantato dallo Stato il quale, in seguito al pagamento del credito, agisca in surroga, ai sensi dell'art. 1203 c.c., nei confronti dell'imprenditore garantito.

Infatti, nonostante interpreti autorevoli abbiano sostenuto che al credito del garante surrogante debba essere riconosciuto carattere chirografario, data l'impossibilità di rinvenire, nel d.l. 8 aprile 2020, n. 23, una disposizione che riconosca al credito di SACE S.p.A. un privilegio in sede di surroga (cfr., in tal senso, DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2020, p. 253), la posizione prevalente è quella di chi afferma che il credito di SACE S.p.A. sia privilegiato: ciò in quanto «i finanziamenti emergenziali non costituiscono una categoria a sé (salvo, ovviamente, che per i presupposti per la loro concessione) ma [vanno] ascritti alla più ampia categoria dei finanziamenti garantiti da fondi pubblici e come tali, regolati dalle norme previste proprio per queste tipologie di finanziamenti. A questa conclusione si può giungere in virtù dell'argomento per il quale le regole fissate nel D.Lgs. n. 123/1998 costituiscono regole (e non principi come avrebbe voluto il legislatore) di carattere generale, applicabili a tutti i finanziamenti che esprimono un sostegno pubblico all'economia (cfr., artt. 1 e 12, D.Lgs. n. 123/1998: "I principi desumibili dal presente decreto costituiscono principi generale dell'ordinamento giuridico")» (così FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese: la contraddizione tra il sistema dei privilegi e la ragion di Stato*, in *Il Fallimento*, 2022, p. 493). In quest'ultimo senso sembra essersi orientata, da ultimo, anche la giurisprudenza di legittimità, secondo cui «in sede fallimentare, gli interventi di sostegno pubblico erogati in forma di concessione di garanzia godono anch'essi del privilegio di cui all'art. 9, comma 5, d.lgs. n. 123 del 1998, perché le diverse forme di intervento pubblico in favore delle attività produttive risultano espressione di un disegno unitario, ed occorre comunque recuperare la provvista per ulteriori e futuri interventi di sostegno della produzione» (Cass., 20 gennaio 2019, n. 2664, in *DeJure*).

⁸ In tal senso, STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, cit., pp. 1181 ss.; DI VIZIO, *I rischi penali per gli operatori bancari in relazione ai finanziamenti con garanzia pubblica previsti dal decreto liquidità*, in AA.VV., *Finanziamenti e diritto della crisi nell'emergenza*, PACCHI – PISANESCHI (a cura di), Torino, 2020, p. 83; D'ORAZIO, *Op. ult. cit.*, p. 1272.

⁹ Cfr. STANGHELLINI, *Op. ult. cit.*, pp. 1181 ss., secondo cui, dal momento che le regole emergenziali avevano escluso la possibilità di accedere a finanziamenti garantiti dallo Stato per le imprese già in crisi al momento del diffondersi della pandemia, c'è il rischio che una parte di queste aziende venga «considerata – con l'inevitabile senno di poi – come già sull'orlo di una crisi al tempo in cui ricevette il finanziamento. Cominceremo allora ad assistere a delicate discussioni sia sulle responsabilità della banca per le sue valutazioni nell'istruire la pratica di finanziamento, sia (nei casi più gravi) sulla sussistenza di un suo non dichiarato fine di proteggere la propria precedente esposizione, riducendola (grazie all'ingresso, in sua vece, di un creditore privilegiato)».

giurisprudenza (anche di legittimità) e ampiamente affrontato in dottrina, essa risulta – al contempo – tutt’altro che certa quanto a confini e presupposti.

Anzi, a ben vedere, ogni aspetto relativo alla struttura degli illeciti compiuti nella concessione del finanziamento è controverso e le soluzioni offerte in proposito scontano, spesso, l’imprecisione determinata dall’intento – pur meritevole – di tutelare adeguatamente un determinato centro di interessi piuttosto che un altro e sono, pertanto, condizionate dallo scopo che si intende perseguire.

Pertanto, secondo chi scrive, il modo più corretto di approcciarsi al tema oggetto di questo e del successivo Capitolo è quello di cercare di fornire, per ciascuna questione controversa, la soluzione che, partendo dalle logiche e dai principi sottesi alle regole dell’ordinamento bancario e dei finanziamenti all’impresa in crisi (profili su cui ci è, per l’appunto, soffermati in precedenza)¹⁰, risulti più coerente con tali sistemi. In questo modo, infatti, le risposte fornite risulteranno una conseguenza necessaria delle conclusioni volta per volta raggiunte e non saranno influenzate dall’obiettivo di proteggere *a priori* la sfera giuridica dell’imprenditore o dei suoi creditori, ovvero, al contrario, quella del soggetto finanziatore.

Ciò con una necessaria premessa.

È evidente – e chi scrive ne è consapevole – che determinate condotte della banca nell’erogazione del credito sono *ictu oculi* illecite e dannose per l’impresa e la collettività e non possono in alcun modo essere giustificate, quantomeno in modo credibile, con l’intento di sostenere il risanamento: si tratta, in particolare, di finanziamenti concessi quando non vi potevano essere dubbi sul carattere irreversibile della crisi e di cui, pertanto, gli istituti di credito devono senz’altro essere chiamati a rispondere.

Tuttavia, tra queste fattispecie, pacificamente patologiche e il credito concesso ad un’impresa *in bonis* e, dunque, certamente lecito, vi è una categoria di finanziamenti che, data l’incertezza sulle concrete possibilità di risoluzione della crisi, solo *ex post* possono risultare funzionali, oppure no, ad un tentativo di composizione della crisi.

In relazione a tale ultima ipotesi, dunque, se è certamente auspicabile, in un’ottica di tutela dei soggetti interessati, direttamente o indirettamente, dal finanziamento, una

¹⁰ Rispettivamente, Capitoli primo e secondo.

chiara delineazione dei comportamenti illeciti della banca, per altro verso, una estensione incontrollata della sfera di responsabilità degli istituti di credito rischia di determinare, quale unico effetto, quello di scoraggiare l'apporto di nuova finanza all'impresa in crisi, in violazione, però, della *ratio* perseguita dal legislatore¹¹.

Nel bilanciare gli interessi coinvolti dalla problematica in esame, dunque, l'interprete deve essere particolarmente cauto e tenere a mente che per salvare un'impresa è necessario intervenire nel modo più tempestivo possibile, così da neutralizzare, sin dal primo momento, il progredire della crisi¹².

L'imprenditore, così come gli istituti di credito, sono, infatti, chiamati (e la circostanza si è rivelata ancor più drammatica nel periodo della pandemia da Covid-19) ad assumere, nel più breve tempo possibile, decisioni di vitale importanza per la sopravvivenza dell'attività produttiva e ciò, certamente, non permette alle banche di svolgere quella medesima istruttoria nella concessione del finanziamento che, in presenza di un'impresa sana, sarebbe invece imprescindibile.

In altre parole, come è stato efficacemente osservato, «mentre, di regola, è necessario astenersi dal porre in essere condotte rischiose, nel diritto dell'economia questa libertà non è data. L'imprenditore che resta inerte di fronte al rischio di dissesto, rifuggendo da decisioni coraggiose anche se dall'esito incerto, lungi dal proteggere i suoi creditori, li sta mettendo in pericolo; il banchiere che, nel dubbio, non finanzia non sta prendendo una decisione neutra: la sua non-decisione è gravida di conseguenze, potenzialmente gravi (per la banca e per l'impresa) quanto la decisione di finanziare. Perché la crisi possa essere risolta in una fase anticipata, come tutti auspicano, occorre che gli amministratori “non siano dissuasi dal prendere decisioni commerciali ragionevoli o dal correre rischi commerciali ragionevoli” (Dir. 1023/2019/UE, Considerando 70)»¹³.

¹¹ Si veda, sul punto, il Capitolo secondo.

¹² Ciò emerge con chiarezza anche da alcuni istituti introdotti dal legislatore del Codice della crisi: si pensi, ad esempio, al procedimento di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, attivabile in presenza di uno “*squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ... rendono probabile la crisi o l'insolvenza*” e qualora risulti “*ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*”, ovvero alle misure di allerta, introdotte dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e, successivamente, abrogate dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83.

¹³ Così STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, cit., p. 1181.

Sulla scorta di tali considerazioni, dunque, verranno ora esaminati gli illeciti di cui la banca può essere chiamata a rispondere nell'ambito dell'attività creditizia. Più nello specifico, nel presente Capitolo ci si concentrerà sull'abuso nell'interruzione del credito e, cioè, sulla responsabilità riscontrabile nel caso in cui l'istituto di credito receda dal contratto di credito, riservando al Capitolo seguente gli illeciti prospettabili nell'ipotesi in cui la banca accolga positivamente l'istanza di finanziamento.

2. *Il “dilemma del banchiere”.*

Come si è anticipato nel paragrafo precedente, l'assunzione della decisione di finanziare un'impresa in stato di difficoltà economico-finanziaria costituisce un procedimento particolarmente delicato per il banchiere.

Egli, infatti, non solo è soggetto ai rischi tipici dell'attività creditizia (quali il rischio di credito o il rischio di controparte), peraltro accentuati dalla situazione di crisi del debitore, ma è anche sottoposto all'eventualità che la sua scelta di (continuare a) erogare, o non erogare il credito comporti a suo carico, rispettivamente, una responsabilità

da concessione abusiva di credito (nel secondo caso), ovvero da interruzione “brutale” del credito¹⁴ (nel primo caso)¹⁵.

Dal momento, dunque, che sia la decisione di accogliere l’istanza di finanziamento, sia quella di recedere dal contratto, possono essere fonte di responsabilità, l’istituto di credito rischia di trovarsi in una situazione paradossale (il c.d. *dilemma del banchiere*¹⁶).

¹⁴ *Ex multis*, ARATO, *La responsabilità della banca nella crisi d’impresa*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 252; BALSAMO TAGNANI – VOLPI, *Concessione ed interruzione abusiva del credito: nuovi profili di responsabilità della banca nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Contr. e impr.*, 2020, I, p. 225; CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 875; CASTIELLO D’ANTONIO, *La banca tra “concessione abusiva” e “interruzione brutale” del credito*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 765; FABBRINI, *Abusiva revoca del credito e accertamento dell’insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 395; INZITARI – DEPETRIS, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Dir. fall.*, 2018, II, p. 1037; MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell’impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in AA.VV., *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, DI MARZIO – MACARIO (cura di), Milano, 2010, p. 39; PATINI, *Abusiva concessione del credito e poteri del curatore – nota*, in *Il Fallimento*, 2003, p. 427; PATTI, *Crisi d’impresa: definizioni stragiudiziali*, in *Il Fallimento*, 2003, p. 477; ROPPO, *Crisi d’impresa e responsabilità civile della banca*, in *Il Fallimento*, 1996, II, p. 874; PORZIO, *Il paradosso del banchiere: la banca e l’impresa in difficoltà*, in *Dir. fall.*, 2002, I, p. 1453; SCARPA, *Le fattispecie di responsabilità della banca nell’esercizio del credito*, in SCARPA – FORTUNATO, *Banche e responsabilità civile*, Milano, 2008, pp. 35 ss.; SGROI SANTAGATI, *“Concessione abusiva del credito” e “brutale interruzione del credito”: due ipotesi di responsabilità della banca*, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 625; SPIOTTA, *Concessione abusiva di credito – “fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio”: osservazioni sulla concessione abusiva di credito*, in *Giur. it.*, 2018, p. 1655; TARZIA GIO., *La cassazione torna sul tema dell’azione risarcitoria per “concessione abusiva di credito” che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fallimento*, 2017, p. 905; VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2006, p. 12. In giurisprudenza si veda Cass., 13 agosto 2004, n. 15769, in *Dir. fall.*, 2005, II, p. 395; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Foro it.*, 2000, I, p. 3495.

¹⁵ Peraltro, al pari di qualsiasi altro privato e indipendentemente dalla situazione di dissesto della controparte contrattuale, l’istituto di credito potrebbe incorrere in una responsabilità di tipo precontrattuale nel caso in cui, in violazione dei doveri di correttezza e buona fede, receda improvvisamente dalle trattative con il cliente e decida, dunque, di non erogare alcun finanziamento. Tuttavia, dal momento che tale ipotesi di responsabilità non presenta caratteri peculiari rispetto a quella in cui può incorrere qualsiasi altro operatore economico e non concorre, dunque, a delineare il “dilemma del banchiere”, su di essa non pare necessario soffermarsi in questa sede. Per l’esame della questione relativa alla natura giuridica della responsabilità *ex art. 1337 c.c.* si veda CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 535; MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360; ROPPO, *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, IUDICA – ZATTI (a cura di), Milano, 2011, pp. 167 ss.

¹⁶ L’espressione è di NIGRO, *La responsabilità della banca nell’erogazione del credito*, in *Le Società*, 2007, IV, p. 437.

Infatti, la banca, per un verso, se concede il finanziamento, può essere chiamata a rispondere per aver valutato erroneamente il merito creditizio o per aver agito al solo fine di perseguire interessi egoistici o preordinarsi vantaggi ingiusti; al contrario, se rigetta l'istanza o revoca il fido, le può essere addebitato il fatto di aver tenuto una condotta pregiudizievole per il cliente, pur in assenza di esigenze imprenditoriali che potessero giustificarla.

Come è agevole intuire, la prospettiva di simili responsabilità rischia di paralizzare l'assunzione di decisioni da parte della banca, soprattutto visto che il confine tra le fattispecie di illecito menzionate non è di facile delineazione (ciò che ha portato autorevole dottrina ad affermare che la responsabilità da concessione abusiva di credito non può esistere perché, altrimenti, l'istituto di credito verrebbe a trovarsi «fra Scilla e Cariddi»¹⁷, ossia esposto a pretese risarcitorie sia nel caso di concessione del finanziamento, sia nel caso di interruzione del rapporto)¹⁸; ciò, peraltro, con notevoli ripercussioni anche nel costo del credito, più oneroso per il sovvenuto.

Si rende, dunque, indispensabile individuare un equilibrio tra le due ipotesi di responsabilità; equilibrio che, per i motivi che verranno illustrati a breve, sembra dipendere dalla situazione economico-finanziaria dell'impresa e, in particolare, dalla sussistenza di uno stato di crisi, ovvero di insolvenza.

Per tale ragione, al fine di meglio comprendere il rapporto tra interruzione abusiva del credito e concessione abusiva di credito, è bene soffermarsi, dapprima, brevemente sui concetti di crisi e insolvenza.

3. *I concetti di crisi e insolvenza.*

Prima di passare all'esame dei concetti di crisi e insolvenza, è bene premettere che si tratta di fenomeni ben definiti dal punto di vista teorico, ma non altrettanto

¹⁷ Così BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 292.

¹⁸ Cfr. anche ROPPO, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, cit., p. 874, il quale, in relazione all'incerto confine tra concessione abusiva di credito e interruzione brutale del credito afferma che, «generalizzando o dilatando o francamente inventando responsabilità civili della banca», quest'ultima rischia di diventare una sorta di «assicuratore» dei creditori dell'impresa insolvente, su cui far ricadere il costo delle crisi aziendali.

facilmente delineabili dal punto di vista pratico. Essi, in particolare, risultano verificabili con certezza solamente *ex post*, non essendo agevole stabilire, nel corso del dissesto dell'impresa, in quale momento la semplice crisi sia degenerata nella decozione. Di ciò, dunque, l'interprete deve senz'altro tenere conto nel momento in cui si accinge a verificare se vi possa essere responsabilità della banca da interruzione o omessa concessione del credito, ovvero da concessione abusiva di credito.

Ciò posto, quanto alle nozioni oggetto del presente paragrafo, la previgente Legge fallimentare conteneva la sola definizione di "insolvenza", mentre, invece, lasciava all'interprete l'individuazione del concetto di "crisi".

All'insolvenza, in particolare, era dedicato l'art. 5, comma 2, l. fall., il quale, nell'individuare il presupposto oggettivo necessario ai fini della dichiarazione di fallimento, affermava che "*lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*".

Ai sensi di tale norma, dunque, indice di un possibile *status* di decozione era, *in primis*, la presenza di inadempimenti da parte del debitore. Tuttavia, non poteva ritenersi, per ciò solo, che l'insolvenza si riducesse alla sussistenza di adempimenti inesatti¹⁹: questi ultimi, infatti, costituivano solo una delle possibili manifestazioni della decozione e, essendo riferibili ai rapporti obbligatori singolarmente intesi, non erano decisivi (né necessari)²⁰ ai fini della dichiarazione di fallimento. Al contrario, l'insolvenza doveva essere valutata in relazione al complesso delle posizioni dei creditori, in quanto essa rappresentava uno stato relativo all'intero patrimonio del debitore²¹. Era, pertanto, ben possibile che l'imprenditore dovesse essere considerato solvibile e, dunque, non potesse essere dichiarato fallito, pur in presenza di inadempimenti: a tal

¹⁹ RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1997, p. 78.

²⁰ PAJARDI – PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 94.

²¹ A tal proposito, infatti, si riteneva che il mero sbilancio patrimoniale e, cioè, la presenza di un passivo di ammontare superiore all'attivo, non fosse una condizione sufficiente ai fini dello stato di insolvenza. Al contempo, non era parimenti ritenuto sufficiente al fine di escludere la decozione il fatto che l'attivo fosse superiore al passivo, ogniquale volta, per via della struttura del patrimonio, l'attivo fosse stato costituito per la maggior parte da immobilizzazioni, non facilmente liquidabili (cfr. NIGRO – VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2017, p. 71).

proposito, infatti, la giurisprudenza era granitica nel ritenere che lo stato di decozione dovesse essere escluso se fondato unicamente su inadempimenti relativi a crediti contestati o, comunque, *sub iudice*²².

Oltre agli inadempimenti, un ulteriore sintomo dell'insolvenza, contemplato dall'art. 5 l.fall., era la presenza di “*altri fatti esteriori*”: con tale generica espressione si indicava l'insieme di quei fatti relativi alla sfera *esterna* dell'impresa, potenzialmente idonei a rivelare l'impossibilità per il debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni. A tale categoria venivano ricondotte, tra l'altro, le circostanze contemplate dall'art. 7 l.fall., il quale, nell'individuare le ipotesi in cui il pubblico ministero poteva presentare istanza di fallimento, menzionava la fuga, l'irreperibilità, la latitanza dell'imprenditore, la chiusura dei locali dell'impresa, il trafugamento, la sostituzione o la diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore²³. Inoltre, ugualmente significativi in tal senso erano ritenuti gli atti “anormali” di gestione o, comunque, i fatti non usuali nella vita dell'impresa, quali, ad esempio, la cessione dei beni ai creditori, l'emissione di assegni a vuoto, la sottrazione di beni funzionali all'impresa o l'alienazione in blocco dei beni²⁴.

Come si desume dalla lettera della norma, non era, però sufficiente, ai fini dell'insolvenza, il verificarsi dei fatti poc'anzi esposti, ma era necessario, altresì, che l'inadempimento o gli altri fatti esteriori dimostrassero l'impossibilità per il debitore di

²² Cfr. Cass., 15 dicembre 2021, n. 40165, in *DeJure*, secondo cui «ai fini della dichiarazione di fallimento, la ragionevole contestazione dei crediti toglie all'inadempimento del debitore il significato indicativo dell'insolvenza, cosicché il giudice deve procedere all'accertamento, sia pur incidentale, degli stessi». Conf. Cass., 11 giugno 2020, n. 11245, in *DeJure*; Cass., 28 ottobre 2019, n. 27445, *ivi*; Cass., 17 maggio 2019, *ivi*; Cass., 24 maggio 2017, *ivi*; Cass., 19 marzo 2014, n. 6306, *ivi*; App. Palermo, 16 gennaio 2019, in *Redazione Giuffrè*, 2020; App. Bari, 10 settembre 2012, in *DeJure*. In dottrina cfr. PAJARDI – PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pp. 91 ss., secondo cui «occorre non soffermarsi sull'apparenza, cioè sulla manifestazione dell'inadempimento, ma indagare nella realtà concreta: se l'inadempimento esaurisce la sua carica sintomatologica nell'ambito del rapporto singolo, esso legittima solo l'esecuzione ordinaria; se l'inadempimento manifesta, per le circostanze, per il collegamento con altri inadempimenti, per la natura del rapporto, una insolvenza generale ed obiettiva nelle cause, esso legittima solo l'esecuzione speciale fallimentare».

²³ BERTACCHINI, *Il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento: lo stato di insolvenza*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011, p. 54; SANDULLI, *Il fallimento. I presupposti soggettivi e oggettivi*, in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali. Introduzione generale. Il fallimento*, JORIO – SASSANI, Milano, 2014, p. 158.

²⁴ SANDULLI, *Il fallimento. I presupposti soggettivi e oggettivi*, cit., p. 58.

adempiere *regolarmente* le obbligazioni: sulla base dell'avverbio impiegato dalla norma, dunque, anche in assenza di inadempimenti, l'imprenditore doveva considerarsi insolvente quando, pur avendo adempiuto tempestivamente e integralmente alle obbligazioni, avesse tuttavia fatto ricorso a metodi anomali di estinzione delle pretese creditorie, quali, ad esempio, la vendita di beni strumentali all'esercizio dell'impresa, ovvero il ricorso alla *datio in solutum*²⁵ (non era, invece, considerato un metodo anomalo il pagamento dei debiti tramite il ricorso al credito bancario)²⁶.

Per quanto concerne, invece, il concetto di "crisi", esso, come anticipato, non era definito nella Legge fallimentare. Per tale motivo, dunque, il significato di tale espressione veniva definito in via interpretativa e, più precisamente, attraverso il ricorso a concetti proprio della dottrina aziendalistica. In particolare, la crisi veniva intesa quale insolvenza *reversibile*, ossia come difficoltà temporanea di adempiere le proprie obbligazioni, la quale si distingueva, dunque, dalla decozione dal punto di vista quantitativo, ma non qualitativo: in tal senso, infatti, sembrava deporre la lettera dell'art. 160, comma 3, l.fall., il quale affermava che "*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*"²⁷.

Se questa, dunque, era la distinzione tra crisi e insolvenza formulata dagli interpreti nel vigore della Legge fallimentare, deve osservarsi come essa meriti forse di essere rimeditata alla luce della riforma apportata dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Infatti, il legislatore della riforma, a differenza di quanto avveniva nella normativa previgente, definisce, nelle disposizioni generali del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, non solo il concetto di insolvenza (rimasto immutato rispetto alla Legge fallimentare)²⁸, ma anche quello di crisi.

²⁵ NIGRO – VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 71.

²⁶ NIGRO – VATTERMOLI, *Op. ult. cit.*, p. 71.

²⁷ Trib. Treviso, 15 luglio 2005, in *DeJure*; Trib. Torre Annunziata, 14 novembre 2001, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 482.

²⁸ Art. 2, comma 1, lett. b), CCII, secondo cui "*«insolvenza»*" indica "*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*".

In particolare, quanto alla nozione di “crisi”, l’art. 2, comma 1, *lett. a)*, CCII, afferma che, ai fini del Codice, essa indica “*lo stato del debitore che rende probabile l’insolvenza e che si manifesta con l’inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*”.

A differenza della disciplina oramai abrogata, dunque, il significato di “crisi” non deve più essere delineato, come avveniva in passato, attraverso categorie prese in prestito dalle discipline economiche, poiché il Codice della crisi ha ritenuto opportuno, al fine di evitare incertezze, fornire una definizione tecnica di tale stato di dissesto del debitore²⁹.

Più precisamente, sulla base dell’art. 2 CCII, sembra potersi ritenere che, oggi, la crisi non è concepita dal legislatore quale insolvenza “reversibile”, ma piuttosto quale anticipazione, dal punto di vista cronologico, della decozione³⁰. Ciò è quanto emerge, anzitutto, dalla prima parte della norma in esame, secondo cui la crisi esprime uno stato del debitore *che rende probabile l’insolvenza*³¹: è, dunque, lo stesso legislatore ad affermare la diversità ontologica tra i due *status*, dal momento che, in caso di crisi, l’insolvenza non esiste ancora (e non può, quindi, essere “reversibile”), ma è solo probabile; in secondo luogo, dai diversi indicatori contemplati dalla legge ai fini della verifica dell’uno o dell’altro stato: mentre, infatti, ai fini dell’insolvenza, è richiesto, come già avveniva con l’art. 5 l.fall., che si siano verificati inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni, invece, ai fini della crisi, la valutazione deve fondarsi

²⁹ Cfr. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Contr. e impr.*, 2020, II, p. 618.

³⁰ INZITARI, *Op. ult. cit.*, p. 618.

³¹ Si tratta, peraltro, di una ricostruzione che alcuni interpreti avevano già formulato in relazione alla Legge fallimentare: cfr. NIGRO – VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 359; VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali e intervento del giudice*, in *Il Fallimento*, 2003, p. 937, secondo cui a ben vedere, ogni crisi può essere *considerata* reversibile, in quanto «crisi reversibile e crisi irreversibile [...] sono termini semanticamente poco scolpiti e, soprattutto, sono tra loro meno antinomici di quel che sembra. [...] c’è una vasta zona intermedia in cui i giudizi di reversibilità o irreversibilità appaiono disancorati da parametri oggettivi».

su «indici predittivi di derivazione economica»³², ossia sull'accertamento dell'inidoneità dei flussi di cassa attesi rispetto alle obbligazioni in scadenza nei successivi dodici mesi³³. Potrebbe, pertanto, accadere che il debitore si trovi in crisi anche se non si è ancora verificato alcun inadempimento o altro fatto indicativo di una impossibilità di adempiere esattamente e con mezzi normali, poiché, in base all'art. 2 CCII, lo stato di crisi richiede una prognosi *ex ante* e prescinde da eventi già verificatisi, i quali, invece, sono ritenuti significativi ai fini della decozione.

Se, tuttavia, sulla base della riforma del 2019, è relativamente agevole tracciare il confine teorico tra crisi e decozione, ciò non significa, per ciò solo, che anche dal punto di vista pratico la linea di demarcazione tra le due fattispecie sia netta. Mentre, infatti, il concetto di crisi può essere verificato in maniera certa, dal momento che richiede una valutazione fondata su dati aziendali obiettivi, al contrario, rimane ancora incerta l'individuazione del momento in cui può affermarsi che l'impresa è divenuta insolvente.

Ciononostante, si tratta di un confine che merita di essere individuato, nonostante l'obiettivo difficoltà e ciò proprio in quanto esso rappresenta, come si vedrà nel paragrafo successivo, il criterio per valutare la legittimità della decisione dell'istituto bancario di erogare il credito o di rifiutare l'istanza del cliente.

A tal proposito, già nel vigore della Legge fallimentare – ma si tratta di considerazioni attuali anche con riferimento al Codice della crisi – era stata correttamente evidenziata l'inopportunità di stabilire se una condotta potenzialmente illecita fosse stata tenuta in presenza di una situazione di crisi, ovvero di insolvenza, sulla base di un'indagine fondata sull'esito del tentativo di risanamento: trattandosi, infatti, di una valutazione operabile solamente *ex post*, essa avrebbe, infatti, impedito agli istituti di

³² INZITARI, *Op. ult. cit.*, p. 618, secondo cui, a tal fine, occorre far riferimento «al flusso di cassa operativo (FCFO) e/o al c.d. DSCR, *Debt Service Coverage Ratio*, che consente di valutare la sostenibilità dell'indebitamento in ottica prospettica rapportando il *cash flow* prodotto dall'impresa, con gli impegni finanziari assunti in termini di quota capitale ed interessi, oggetto di rimborso nell'orizzonte temporale considerato».

³³ Con l'ultimo correttivo al Codice della crisi, ad opera del d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, è, infatti, stata superata la formulazione della norma operata dal d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, secondo cui per “crisi” doveva intendersi lo “*stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*”.

credito di valutare, al momento della concessione del finanziamento, la meritevolezza del cliente³⁴. Parimenti, si osservava come non si potesse ritenere che il credito fosse stato erogato in presenza di uno stato di decozione per il sol fatto che, successivamente, era intervenuto il fallimento, poiché quest'ultimo avrebbe potuto trovare la sua causa in avvenimenti sopraggiunti e indipendenti dal pregresso stato di crisi, quali, ad esempio, l'andamento del mercato, o atteggiamenti ostruzionistici di altri creditori nell'ambito del tentativo di salvataggio dell'impresa³⁵.

Volendo, dunque, individuare un criterio certo per verificare se, al momento della concessione del finanziamento, poteva già dirsi sussistente uno stato di decozione dell'imprenditore, sembra – secondo chi scrive – che esso possa consistere nel verificare se, all'epoca della decisione della banca sull'erogazione del credito, alla luce delle logiche imprenditoriali che, come visto, governano il sistema bancario³⁶, il finanziamento risultava sicuramente antieconomico e, dunque, non giustificabile sulla base di una – seppur rivelatasi fallace – valutazione dell'istituto di credito di poter ottenere anche una minima remunerazione del capitale corrisposto.

È ben possibile, infatti, che un tentativo di risanamento si riveli, con il senno di poi, infruttuoso e che dunque segua al suo esito negativo la liquidazione giudiziale, nonostante esso, al momento della decisione di concedere il credito, apparisse idoneo a far tornare *in bonis* l'impresa: in tal caso, non sembra – secondo chi scrive – corretto valutare la responsabilità dell'istituto di credito sulla base dell'evoluzione negativa degli avvenimenti, poiché tale evoluzione non appariva scontata alla luce di un giudizio conducibile *ex ante*. Al contrario, il finanziamento accordato in un momento in cui, pur non potendosi escludere *tout court* una possibilità di risanamento dell'impresa, appaia, al momento della sua concessione, ragionevolmente contrario a logiche

³⁴ Cfr. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, p. 168 s.

³⁵ Cfr. CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità della banca per «concessione abusiva di credito»*, in AA.VV., *La "riforma urgente" del diritto fallimentare e le banche. Problemi risolti e irrisolti. Atti del Convegno di Lanciano (31 maggio – 1° giugno 2002)*, BONFATTI – FALCONE (a cura di), Milano, 2003, p. 206-207; CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 886.

³⁶ Capitolo primo.

imprenditoriali e fonte di una probabile perdita per la banca, è da considerarsi assunto in presenza di uno *status* di insolvenza.

4. *L'abuso nell'interruzione del credito. La fattispecie.*

Come si è anticipato³⁷, l'istituto di credito che mantenga rapporti di finanziamento con un soggetto non più *in bonis* rischia di incorrere in due differenti forme di responsabilità: da un lato, la responsabilità per interruzione “brutale” del credito; dall'altro lato, la responsabilità per concessione abusiva di credito.

Si è accennato, altresì, al fatto che, per evitare che il soggetto finanziatore, esposto in ogni caso al rischio di pretese risarcitorie, ometta di intrattenere rapporti contrattuali con il debitore in crisi anche quando ciò sarebbe opportuno, è necessario sciogliere il “dilemma del banchiere” e delineare, dunque, con certezza le fattispecie di illecito addebitabili all'istituto di credito.

In questa sede giova, anzitutto, soffermarsi sulla responsabilità da interruzione “brutale” del credito e stabilirne l'ambito di operatività, così da evitare che essa si sovrapponga con la responsabilità da finanziamento illecito.

Orbene, secondo le ricostruzioni tradizionali, l'interruzione “brutale” del credito³⁸ si verifica quando l'istituto di credito, in modo inaspettato e senza che ricorra una giusta causa, recede da rapporti di finanziamento in corso, ovvero pretende l'improvvisa rigorosa osservanza dei limiti di fido dopo un periodo di tolleranza degli sconfinamenti, oppure, ancora, rifiuta la rinegoziazione di un affidamento concesso per adeguarlo a sopravvenute esigenze del correntista, ovvero, infine, decide di non concedere un finanziamento previsto da un piano economico cui in origine si era mostrato favorevole, ma rivelatosi, successivamente, difficilmente attuabile con successo³⁹.

³⁷ *Supra*, par. 2.

³⁸ Si tratta della traduzione dell'espressione impiegata dalla giurisprudenza francese, la quale parla di *rupture inopinée et brusque de crédit* (per i riferimenti giurisprudenziali si veda SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 766. Sul punto si veda, inoltre, LA TORRE, *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2006, p. 100). Conf., v. anche Cass., 31 gennaio 1995, n. 90-10.201, in *Legifrance.gouv.fr*, la quale discorre di “*brusque cessation du crédit bancaire*” e di “*rupture brutale du crédit bancaire*”.

³⁹ *Ex multis*, Cass., 24 agosto 2016, n. 17291, in *DeJure*, secondo cui «il recesso di una banca da un rapporto di apertura di credito in cui non sia stato superato il limite dell'affidamento concesso, benché pattiziamente previsto anche in difetto di giusta causa, deve considerarsi

La fattispecie in esame comprende, dunque, al suo interno una serie di casi eterogenei, accomunati, per un verso, dall'esistenza di un rapporto contrattuale, fonte di un obbligo, per la banca, di concedere credito e, specularmente, di un diritto, per il cliente, di ricevere credito. Per altro verso, in tutte le ipotesi di rottura "brutale" del credito, la particolarità della condotta della banca risiede nella circostanza che tale soggetto, in modo del tutto improvviso, ingiustificato e arbitrario⁴⁰, interrompe le linee di credito già concesse, impone al cliente di rientrare immediatamente dallo sconfinamento, ovvero rifiuta di concedere credito, pregiudicando, in tal modo, non solo la controparte contrattuale⁴¹, ma anche i creditori del sovvenuto, i quali subiscono i rischi derivanti dall'improvvisa rottura dei rapporti tra la banca e il finanziato⁴².

illegittimo, in ragione di un'interpretazione del contratto secondo buona fede, ove in concreto assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari, contrastando, cioè, con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale di quelli in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e non sia, dunque, pronto alla restituzione, in qualsiasi momento, delle somme utilizzate. Il debitore il quale agisce per far dichiarare l'arbitrarietà del recesso ha l'onere di allegare l'irragionevolezza delle giustificazioni date dalla banca, dimostrando la sufficienza della propria garanzia patrimoniale così come risultante a seguito degli atti di disposizione compiuti»; Cass., 7 marzo 2008, n. 6186, in *Giust. civ. mass.*, 2008, p. 376; Cass., 13 aprile 2006, n. 8711, in *DeJure*. Per la giurisprudenza di merito si veda Trib. Siena, 21 agosto 2020, in *DeJure*; Trib. Roma, 28 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, p. 1986. In dottrina cfr. BONELLI, "Concessione abusiva" di credito e "interruzione abusiva" di credito, in AA.VV., *Crisi di imprese: casi e materiali*, BONELLI (a cura di), Milano, 2011, p. 249; CASTIELLO D'ANTONIO, *La banca tra "concessione abusiva" e "interruzione brutale" del credito*, cit., p. 765; GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, pp. 17 ss.; MARSEGLIA, *Rottura brutale del credito e responsabilità della banca*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, p. 86; MELINA, *Emissione di assegno su conto scoperto e "rottura brutale del credito"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 202; MOZZARELLI, *I covenants e il governo della società finanziata*, Milano, 2012, p. 156; ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2016, p. 805; SCARPA, *Le fattispecie di responsabilità della banca nell'esercizio del credito*, cit., p. 35; SGROI SANTAGATI, "Concessione abusiva del credito" e "brutale interruzione del credito": due ipotesi di responsabilità della banca, cit., p. 827 s.

⁴⁰ Cfr. BONELLI, "Concessione abusiva" di credito e "interruzione abusiva" di credito, cit., p. 249 s.

⁴¹ Si pensi, ad esempio, all'imprenditore che, privato improvvisamente dei mezzi finanziari per proseguire l'attività d'impresa e della liquidità necessaria ad adempiere i propri debiti, subisca la diminuzione del valore dell'azienda e le aggressioni da parte dei creditori, allarmati dall'interruzione del rapporto con l'istituto di credito.

⁴² VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 17.

Si pensi, ad esempio, al pregiudizio derivante dalla diminuzione dei mezzi a disposizione del debitore per adempiere le prestazioni dovute ai terzi, ovvero alla diminuzione della garanzia patrimoniale generica, con conseguente minor soddisfacimento dei creditori dell'impresa.

Ai fini della sussistenza di una simile responsabilità in capo al banchiere è, però, necessario individuare un fondamento giuridico dell'illecito, ossia un dovere la cui violazione consenta di muovere un rimprovero alla banca per aver causato, attraverso un simile comportamento, il tracollo finanziario del cliente.

A tale proposito, è bene specificare che la responsabilità della banca non sorge per il semplice fatto di aver effettuato un recesso dal contratto di finanziamento.

Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 1845, commi 1 e 2, c.c., nei contratti di apertura di credito a tempo determinato, “*salvo patto contrario, la banca non può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se non per giusta causa. Il recesso sospende immediatamente l'utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori*”. Da tale norma, dunque, si desume, da un lato, che all'istituto di credito è concesso di sciogliersi dal contratto anche prima della scadenza del termine stabilito contrattualmente, ma solo purché ricorra una giusta causa (si pensi, ad esempio, ad elevati protesti nei confronti del cliente o all'emissione di assegni scoperti⁴³, ovvero dalla presenza di segnalazioni, provenienti da altre banche, alla Centrale dei rischi⁴⁴, ovvero, ancora, di pignoramenti subiti dall'affidato, o a reiterati inadempimenti del debitore⁴⁵). Dall'altro lato, la banca può pretendere la restituzione delle somme utilizzate e dei relativi accessori, ma deve concedere, a tal fine, al cliente un termine non inferiore a quindici giorni⁴⁶.

⁴³ Cfr. Cass., 21 febbraio 2003, n. 2642, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 375.

⁴⁴ Cfr. Trib. Monza, 18 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2004, p. 2219.

⁴⁵ Cfr. Cass., 7 marzo 2008, n. 6186, cit. Per ulteriori ipotesi rientranti nel concetto di “giusta causa” ex art. 1845 c.c. (quali, ad esempio, la richiesta di proroga di ricevute bancarie o il mancato pagamento alla scadenza di ricevute bancarie, l'escussione di una garanzia prestata dal debitore, ovvero l'iscrizione di un'ipoteca giudiziale), si veda BONELLI, *Op. ult. cit.*, p. 252.

⁴⁶ Cfr. Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, cit., secondo cui «in caso di recesso di una banca dal rapporto di credito a tempo determinato in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, il giudice non deve limitarsi al riscontro obiettivo della sussistenza o meno dell'ipotesi tipica di giusta causa ma, alla stregua del principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, deve accertare che il recesso non sia esercitato con modalità impreviste ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate». In dottrina si veda CARBONE, *Apertura di credito, recesso della banca e violazione del*

Al contrario, nel caso di apertura di credito a tempo indeterminato, l'ultimo comma dell'art. 1845 c.c. stabilisce che “*ciascuna delle parti può recedere dal contratto, mediante preavviso nel termine stabilito dal contratto, dagli usi o, in mancanza, in quello di quindici giorni*”⁴⁷: in tale ipotesi, dunque, ciascuna parte può recedere liberamente dal contratto, senza necessità che ricorra la giusta causa richiesta in relazione al rapporto per cui sia previsto un termine⁴⁷.

Ferme restando, quindi, le regole appena esposte e non essendoci dubbi sul fatto che non esiste un diritto del cliente di ottenere finanziamenti a tempo indeterminato, così come, del pari, non esiste un obbligo in capo all'istituto di credito di concederli, il fondamento della responsabilità da interruzione “brutale” del credito viene, tradizionalmente, rinvenuto nell'istituto dell'abuso del diritto e, più nello specifico, nell'abuso della libertà contrattuale⁴⁸: sembra, dunque, opportuno, per maggiore chiarezza, soffermarsi brevemente su tale forma di responsabilità.

4.1. *L'“abuso” del diritto di interrompere la concessione del credito.*

In assenza di una norma positivamente prevista che sanzioni e definisca, in via generale, l'abuso nell'esercizio di un diritto, i contorni di tale forma di illecito sono stati delineati dalla giurisprudenza, la quale, in una celebre sentenza sull'argomento, ha affermato che tale fattispecie ricorre quando vi sia: «1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. L'abuso del

dovere di correttezza verso il cliente, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1495; PORCELLI, *Sub art. 1845 c.c.*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, GABRIELLI (diretto da), Milano, 2011, p. 804.

⁴⁷ PORCELLI, *Op. ult. cit.*, p. 814.

⁴⁸ Cfr. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010, p. 400; GALGANO, *Degli effetti del contratto. Artt. 1372-1386 c.c.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 104.

diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore. È ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede»⁴⁹.

In altre parole, l'abuso nell'esercizio di un diritto ricorre ogniqualvolta una posizione giuridica soggettiva, formalmente riconosciuta e protetta dall'ordinamento, venga azionata per scopi diversi rispetto a quelli per cui la legge ha attribuito il diritto, il potere o la facoltà⁵⁰.

Con riferimento, dunque, all'illecito in esame, può affermarsi che l'abuso consiste nell'aver posto fine, in violazione dei doveri di correttezza e buona fede, ad un rapporto contrattuale che, invece, sembrava ragionevolmente destinato a perdurare, con ciò determinando la difficoltà del cliente a restituire le somme ricevute e causando, pertanto, uno stato di illiquidità dell'impresa, con conseguente aggressione del patrimonio da parte dei creditori⁵¹.

Quanto alla natura giuridica di tale responsabilità, non vi è uniformità di vedute tra gli interpreti.

Da un lato, infatti, vi è chi ritiene che la rottura “brutale” del credito rappresenti un illecito contrattuale⁵²: ciò in quanto, nei confronti del sovvenuto, essa troverebbe il suo fondamento nella violazione dei doveri di correttezza e buona fede, sanciti dagli artt. 1175 c.c. e 1375 c.c., i quali costituiscono fonti di obbligazioni ai sensi dell'art. 1173

⁴⁹ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratto e impr.*, 2011, III, p. 589, con nota di RESCIGNO, «Forme» singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault) e in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 286, con nota di BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*.

⁵⁰ Cfr. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, I, Torino, 1982, p. 2; RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 275.

⁵¹ Cfr. Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, cit.; Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 811; Trib. Reggio Calabria, 28 settembre 2020, in *DeJure*; Trib. Novara, 20 agosto 2019, *ivi*; Trib. Roma, 2 dicembre 2016, disponibile su *IlCaso.it*; Trib. Pisa, 19 gennaio 2015, in *DeJure*; Trib. Milano, 14 gennaio 1998, in *Giur. it.*, 1988, p. 400.

⁵² In tal senso si veda NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le Società*, 2007, p. 437; SGROI SANTAGATI, “Concessione abusiva del credito” e “brutale interruzione del credito”: due ipotesi di responsabilità della banca, cit., p. 629.

c.c.⁵³. Nei confronti dei terzi, creditori del cliente, invece, essa troverebbe origine nella categoria degli obblighi di protezione⁵⁴, ovvero, nell'ambito di un tentativo di composizione negoziale della crisi, dalla violazione dell'obbligo reciproco dei creditori partecipanti di non intraprendere azioni lesive del buon esito del piano concordato⁵⁵.

Dall'altro lato, una diversa opinione afferma che, trattandosi di una responsabilità riconducibile all'abuso del diritto, ad essa deve, più correttamente, essere riconosciuta natura extracontrattuale: ciò in quanto, nei confronti del sovvenuto, essa costituirebbe violazione del principio generale del *neminem laedere*⁵⁶, il quale, a sua volta, si fonda sui doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.; nei confronti, invece, dei terzi creditori, rappresenterebbe una lesione della loro libertà contrattuale, derivante dal fatto che la gestione dei rapporti con il debitore è stata condizionata dal rapporto con la banca, sanzionabile *ex art. 2043 c.c.*⁵⁷

Secondo chi scrive, mentre è corretto qualificare la responsabilità nei confronti del sovvenuto quale illecito contrattuale, dal momento che l'abuso è realizzato nell'ambito del rapporto obbligatorio intercorrente tra l'istituto di credito e il cliente e costituisce una violazione di quei doveri che integrano, ai sensi dell'art. 1374 c.c., il contratto, con conseguente responsabilità *ex art. 1218 c.c.*, al contrario, non sembra ugualmente condivisibile la tesi secondo cui anche la responsabilità nei confronti dei terzi avrebbe senz'altro natura contrattuale. Infatti, se una simile conclusione può certamente trovare accoglimento nell'ambito di un tentativo di risoluzione negoziale della crisi, stante il

⁵³ Cfr. Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *DeJure*.

⁵⁴ Su cui si veda BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342; ID., voce *Doveri di protezione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, IV, Torino, 1991, p. 222; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, *passim*; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV. *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, p. 679; ID., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1990, p. 1; LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, *passim*.

⁵⁵ Cfr. CASTIELLO D'ANTONIO, *La banca tra "concessione abusiva" e "interruzione brutale" del credito*, cit., p. 777; VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 17.

⁵⁶ MARSEGLIA, *Rottura brutale del credito e responsabilità della banca*, cit., p. 86.

⁵⁷ Cfr. VISCUSI, *Op. ult. cit.*, p. 17.

rapporto intercorrente tra i paciscenti e gli obblighi assunti nei confronti delle parti dell'accordo, essa, nondimeno, si rivela inappropriata al di fuori di un simile ambito.

Anzitutto, infatti, nel caso in cui l'improvviso tracollo finanziario del sovvenuto causi una lesione del diritto di credito vantato dai terzi nei confronti dell'imprenditore, non sembra invocabile una responsabilità contrattuale da c.d. "contatto sociale".

Infatti, come noto, la teoria del "contatto sociale" è stata formulata sul finire degli anni Novanta del secolo scorso⁵⁸ e si fonda sulla ricostruzione secondo cui il soggetto terzo rispetto ad un rapporto contrattuale, pur non vantando alcun diritto alla prestazione oggetto del negozio intercorso tra i paciscenti, è comunque titolare di un credito avente ad oggetto un comportamento protettivo da parte di uno dei contraenti. Più precisamente, si afferma che dai principi di solidarietà sociale e correttezza desumibili dall'art 2 Cost., nonché dagli artt. 1175, 1337 e 1338 c.c., è possibile rinvenire un obbligo del contraente di eseguire la prestazione in modo da non pregiudicare quelle sfere giuridiche dei soggetti estranei al negozio, ma i cui interessi patrimoniali o personali sono suscettibili di essere lesi dall'esecuzione inesatta o incompleta⁵⁹. Pertanto, in capo al contraente sorgerebbe una vera e propria obbligazione, la cui fonte è costituita dall'art. 1173 c.c., nella parte in cui fa riferimento ad "ogni altro atto o fatto" idoneo a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico. Ne consegue che l'inadempimento a questa obbligazione fa sorgere una responsabilità in capo al trasgressore, disciplinata ai sensi degli artt. 1218 e ss. c.c. (con ogni conseguenza, ad esempio, in punto di riparto dell'onere probatorio).

Senza poter approfondire, in questa sede, la teoria del contatto sociale – peraltro, oggetto, da sempre, di un ampio dibattito in dottrina⁶⁰ – a parere di chi scrive, essa non può comunque rilevare nel caso in esame.

⁵⁸ In relazione, soprattutto, all'ambito sanitario: Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Giust. civ.*, 1999, p. 999; Cass. S.U., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Giur. it.*, 2003, p. 446; Cass., 23 ottobre 2002, n. 14934, in *DeJure*.

⁵⁹ Cfr. ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. merito*, 2007, p. 555.

⁶⁰ Si veda, *ex multis*, MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 305; VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa e diritto privato*, I, 2014, p. 109.

Ciò in quanto, a ben vedere, la ricostruzione del contatto sociale presuppone un' esecuzione inesatta della prestazione dedotta in contratto, suscettibile di ledere, per un verso, le pretese dell'altro contraente e, per altro verso, la sfera giuridica del terzo, incisa dall'esecuzione del negozio (non a caso, infatti, essa è tradizionalmente rinvenuta nel caso in cui il medico che abbia stipulato un contratto con una struttura sanitaria e non, invece, con il paziente, ospite della struttura, leda la sfera giuridica del soggetto ricoverato: il carattere professionale dell'attività del medico, infatti, determina, nel paziente, il sorgere di un affidamento – meritevole di protezione – sul fatto che le cure saranno erogate secondo diligenza). Inoltre, la circostanza che la responsabilità da contatto sociale esiga la presenza di un adempimento inesatto risulta dimostrata anche dal fatto che essa può sorgere solamente nel caso in cui il debitore abbia deciso di intraprendere l'esecuzione e non, invece, nel caso in cui la prestazione non sia neppure stata iniziata: ciò in quanto l'obbligo del contraente nei confronti del terzo ha ad oggetto non la prestazione dedotta nel contratto⁶¹, quanto, piuttosto, la diligente ed esatta esecuzione della stessa⁶².

È evidente, dunque, che nel caso in esame una simile disciplina è estranea alla fattispecie in commento: il pregiudizio arrecato ai terzi creditori del sovvenuto non deriva, infatti, da un'inesatta esecuzione della prestazione oggetto del contratto tra banca e imprenditore (ossia, l'erogazione del credito), ma, al contrario, deriva dal fatto che l'istituto di credito decide – esercitando un proprio diritto, seppur in modo arbitrario e inaspettato – di non stipulare o proseguire il contratto: in altre parole, nell'ipotesi di mancata erogazione del credito, non sarebbe rinvenibile quell'inadempimento dell'obbligazione dedotta in contratto che costituisce il presupposto della lesione della sfera giuridica del terzo.

Sulla base di tali considerazioni, dunque, nel caso in cui tra l'istituto di credito che ha revocato il finanziamento e i terzi creditori del sovvenuto non vi sia alcun rapporto diretto, ma questi ultimi subiscano solo in via indiretta le conseguenze derivanti

⁶¹ Tanto che, tradizionalmente, in relazione a tale responsabilità si discorre di «obbligazioni senza prestazione»: cfr. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit., pp. 147 ss.

⁶² In tal senso si veda ROLFI, *Op. ult. cit.*, p. 555.

dall'abusiva interruzione del credito, l'unica forma di responsabilità eventualmente invocabile sembra essere quella aquiliana, collegata alla lesione della libertà contrattuale o del diritto di credito verso il cliente⁶³; eventualmente invocabile, poiché, in ogni caso, essa dipenderà dalla dimostrazione, oltre che del dolo o della colpa della banca (sui cui ci si soffermerà a breve) e della lesione della propria situazione giuridica soggettiva, anche dalla prova del nesso di causalità tra quest'ultima e la condotta scorretta del banchiere⁶⁴.

4.2. *L'elemento soggettivo.*

Tanto premesso sulla riconducibilità dell'interruzione "brutale" del credito all'istituto dell'abuso del diritto, per quanto concerne l'elemento soggettivo necessario ai fini della sussistenza dell'illecito, esso, secondo chi scrive, può essere individuato come segue.

Come illustrato nel paragrafo precedente, l'abuso del diritto si caratterizza per il perseguimento di finalità ultronee rispetto a quelle per cui una determinata posizione giuridica soggettiva è stata attribuita ed è protetta dall'ordinamento. Come è evidente, tuttavia, il perseguimento di una determinata finalità postula un certo grado di consapevolezza da parte di colui che compie una condotta abusiva, poiché tale soggetto deve aver agito con la specifica intenzione di perseguire quel determinato risultato diverso e ulteriore.

Se ciò è vero e se, dunque, l'abuso del diritto si qualifica per un comportamento teleologicamente condizionato, allora non è possibile applicare altro criterio di

⁶³ La tutela aquiliana dei diritti di credito è stata, infatti, ammessa dalla Suprema, con la nota sentenza a Sezioni Unite del 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. it.*, 1971, p. 680, secondo cui «l'ingiustizia del danno che l'art. 2043 c.c., assume quale componente essenziale della fattispecie di responsabilità civile va intesa nella duplice eccezione di danno prodotto *non iure* e *contra ius*; *non iure* nel senso che il fatto produttivo del danno non debba essere altrimenti giustificato dall'ordinamento giuridico, *contra ius* nel senso che il fatto debba ledere una situazione soggettiva riconosciuta e garantita dall'ordinamento medesimo, nella forma del diritto soggettivo. Pertanto, mentre restano fuori dalla sfera di protezione dell'art. 2043 c.c. quegli interessi che non siano assurti al rango di diritti soggettivi, non può assumersi quale criterio determinante per ammettere o negare la tutela aquiliana, la distinzione tra diritti assoluti e diritti relativi».

⁶⁴ Cfr. CASTIELLO D'ANTONIO, *La banca tra "concessione abusiva" e "interruzione brutale" del credito*, cit., p. 777.

imputazione che non sia il dolo, definito dal Codice penale (art. 43, comma 1), come previsione e volizione dell'evento dannoso quale conseguenza della propria azione od omissione.

Tale conclusione è sostenuta da parte degli interpreti i quali, anzi, proprio per il carattere intenzionale dell'illecito in esame, sono giunti ad affermare che esso sia la dimostrazione di come, nell'ordinamento italiano, siano configurabili illeciti civili solo dolosi⁶⁵.

Si tratta, a ben vedere, di una soluzione confermata anche dalle ricostruzioni formulate dalla dottrina e dalla giurisprudenza in relazione ad altre ipotesi di abuso del diritto, quale, ad esempio, il compimento di atti emulativi⁶⁶.

Infatti, con riferimento all'art. 833 c.c., che vieta al proprietario di compiere atti “*i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*”, la giurisprudenza ribadisce costantemente la necessità del dolo specifico (*animus nocendi*) in capo al proprietario e pretende, a tal fine, una rigorosa dimostrazione del carattere intenzionale del comportamento: ciò che conferma, pertanto, che l'abuso del diritto può configurarsi solo in presenza di uno *status* psicologico consapevole del carattere antigiusuridico e ingiustamente pregiudizievole della propria condotta⁶⁷.

Sulla base di tali considerazioni, pertanto, la banca potrà essere chiamata a rispondere nei confronti del proprio cliente, ovvero dei creditori di quest'ultimo per aver interrotto repentinamente e arbitrariamente le linee di credito solo nel caso in cui i soggetti lesi dimostrino che il comportamento è stato posto in essere con lo scopo di perseguire un obiettivo diverso dalla semplice tutela della propria posizione alla luce delle esigenze imprenditoriali che governano la concessione del credito.

⁶⁵ VISINTINI, *L'abuso del diritto come illecito aquiliano*, in AA. VV., *L'abuso del diritto*, VISINTINI (a cura di), Napoli, 2016, p. 41, secondo cui, peraltro, condividerebbero la medesima natura di illeciti civili configurabili solo in caso di dolo anche la truffa civile (art. 1439, comma 2, c.c.), le false dichiarazioni o la reticenza nella formazione dei contratti, quando siano dirette a convincere un soggetto a compiere un atto di disposizione patrimoniale che, altrimenti non avrebbe compiuto, o, ancora, gli atti di concorrenza sleale, sanzionati solo se compiuti con dolo.

⁶⁶ Cfr., *ex multis*, Cass., 31 ottobre 2018, n. 27916, in *DeJure*; Cass., 22 gennaio 2016, n. 1209, in *Foro it.*, 2016, I, p. 842; Cass., 19 marzo 2013, n. 6823, in *DeJure*.

⁶⁷ Cfr. Cass., 25 marzo 1995, n. 3558, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 690.

4.3. *L'elemento oggettivo: il confine con l'abuso nella concessione del credito.*

Ciò posto in relazione agli elementi costitutivi dell'interruzione “brutale” del credito, il problema dei rapporti tra tale illecito e l'abuso nella concessione del credito, risulta di agevole soluzione.

È evidente, infatti, che l'eventuale sovrapposizione delle due fattispecie risiede nel fatto che, se si sostiene che il finanziamento abusivo possa esistere anche prima del verificarsi della decozione (e, dunque, anche in presenza di una situazione di crisi), l'istituto di credito potrebbe, da un lato, essere ritenuto responsabile per aver erogato il credito in presenza di una situazione finanziaria dell'impresa che, sulla base di una corretta valutazione, avrebbe richiesto il rigetto dell'istanza; dall'altro lato – e al contempo – può essere rimproverato, nel caso in cui rifiuti di concedere (o continuare a concedere) il finanziamento, di aver causato il tracollo dell'impresa, proprio per non aver accolto l'istanza del cliente.

Al contrario, non può discorrersi di recesso abusivo una volta che sia sopraggiunta l'insolvenza del cliente: un simile *status* rappresenta, infatti, quella giusta causa che consente alla banca, *ex art. 1845, comma 1, c.c.*, di sciogliersi unilateralmente e legittimamente dal contratto.

In altre parole, il “dilemma del banchiere” si verifica unicamente in presenza di uno stato di crisi (*rectius*: anteriormente all'insorgere dell'insolvenza⁶⁸): qualora il cliente versi in uno stato di dissesto non ancora trasformatosi in decozione, infatti, non sembra che ci siano ragioni per negare una responsabilità dell'istituto di credito che abbia improvvisamente azionato il diritto di recesso, allorché venga dimostrato che, pur trovandosi l'impresa in stato di difficoltà economico-finanziaria, la causa del definitivo tracollo dell'impresa è stata la decisione inaspettata e arbitraria della banca di interrompere il rapporto⁶⁹.

Al contempo, non sembra possibile ritenere che la responsabilità della banca da concessione abusiva di credito possa sussistere anche prima del verificarsi della decozione allorché il finanziamento sia erogato con la finalità di sostenere un tentativo di

⁶⁸ È evidente, infatti, che un recesso qualificabile come “abusivo” in presenza di una situazione di crisi sia, *a fortiori*, da considerare tale se avvenuto nei confronti di un'impresa *in bonis*.

⁶⁹ VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 17.

risanamento⁷⁰. Ciò, *a fortiori*, se si tiene a mente il fatto che, non potendosi, come visto, determinare con certezza, al momento dell'erogazione del credito, se l'impresa sia già divenuta insolvente, la soluzione offerta è l'unica che consente di liberare l'operatore bancario da quell'incertezza che, altrimenti, gli impedirebbe di assumere una decisione libera da conseguenze sanzionatorie.

4.4. *Il nesso di causalità tra interruzione abusiva del credito e danno.*

Individuata la nozione di interruzione “brutale” del credito e circoscritta l'area dei soggetti che possono subire un pregiudizio a causa dell'illecito in esame, affinché sia possibile condannare la banca al risarcimento dei danni provocati è indispensabile che coloro che agiscono in giudizio per ottenere tutela dimostrino l'esistenza del nesso di causalità tra la condotta dell'istituto di credito e l'affermata lesione della propria sfera giuridica.

A tal proposito, come noto, il Codice civile non contiene una definizione di nesso causale e si limita a prevedere, all'art. 1223 c.c., la riparazione del solo danno che rappresenti “*conseguenza diretta e immediata*” dell'illecito⁷¹. In altre parole, perché possa ritenersi sussistente un rapporto causale, è necessario che non siano presenti, nella fattispecie oggetto di giudizio, fattori tali da “mediare” la correlazione tra la condotta lesiva e il danno di cui si chiede il ristoro.

Tuttavia, benché il Codice civile non offra ulteriori indicazioni relativamente alla disciplina della causalità, alcuni indizi a tal fine possono essere desunti dalla normativa penale e, più precisamente, dagli artt. 40 e 41 c.p., i quali contemplan regole pacificamente applicabili anche nell'ambito civilistico⁷².

⁷⁰ In tal senso si veda App. Milano, 11 maggio 2004, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2004, II, p. 643, con nota di VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*.

⁷¹ Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229 c.c.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 246.

⁷² Si vedano, sul punto, *ex multis*, Cass., 12 giugno 2012, n. 9528, in *Giust. civ. mass.*, 2012, p. 776, secondo cui «in materia di rapporto di causalità nella responsabilità extracontrattuale, in base ai principi di cui agli artt. 40 e 41 c.p., qualora la condotta abbia concorso, insieme a circostanze naturali, alla produzione dell'evento, e ne costituisca un antecedente causale, l'agente deve rispondere per l'intero danno, che altrimenti non si sarebbe verificato. Non sussiste, invece, nessuna responsabilità dell'agente per quei danni che non dipendano dalla sua

Più nello specifico, gli artt. 40 e 41 c.p. contengono tre principi fondamentali per l'indagine sulla sussistenza del nesso di causalità: anzitutto, essi stabiliscono che il rapporto causale non è escluso dal concorso di fattori preesistenti, simultanei o sopravvenuti, se l'azione è una condizione necessaria dell'evento; parimenti, il nesso di causalità non è interrotto anche nel caso in cui il fattore concorrente consista in una condotta umana, ovvero nel fatto illecito di un terzo; al contrario (ed è questo il terzo principio), la causalità non sussiste nel caso in cui tra l'azione e l'evento si inserisca una serie causale autonoma e, cioè, idonea, essa sola, a determinare l'evento.

Sulla base delle tre regole poste dagli articoli in esame, si è, nel tempo, acceso un dibattito tra gli interpreti, volto a stabilire quale sia il procedimento logico più corretto per affermare che, *oltre ogni ragionevole dubbio*, un evento è stato causato da una determinata condotta. In particolare, a tal proposito è, da ultimo, prevalsa la teoria c.d. "condizionalistica" (o della *condicio sine qua non*), sulla cui base deve ritenersi che il rapporto causale tra un'azione e l'evento dannoso esista ogniqualvolta, alla luce delle circostanze del caso concreto, l'azione non possa essere mentalmente eliminata senza che, secondo leggi scientifiche, l'evento verificatosi venga meno⁷³.

Tuttavia, nonostante, come visto, gli artt. 40 e 41 c.c. siano di supporto all'interprete chiamato ad indagare la sussistenza del nesso causale in ambito civilistico, non bisogna dimenticare che tra questo settore e il diritto penale esiste una fondamentale differenza: infatti, se, da un lato, l'art. 27, comma 2, Cost., impone, ai fini della sussistenza della responsabilità penale, che l'azione o omissione dell'agente rappresenti la

condotta, che non ne costituisce un antecedente causale, e si sarebbero verificati ugualmente anche senza di essa, né per quelli preesistenti. Anche in queste ultime ipotesi, peraltro, debbono essere addebitati all'agente i maggiori danni, o gli aggravamenti, che siano sopravvenuti per effetto della sua condotta, anche a livello di concausa, e non di causa esclusiva, e non si sarebbero verificati senza di essa, con conseguente responsabilità dell'agente stesso per l'intero danno differenziale» e Cass., 10 luglio 2002, n. 30328, in *DeJure*.

⁷³ Cass., 10 luglio 2002, n. 30328, *cit.*

Più precisamente, la teoria della *condicio sine qua non* è ritenuta più rispettosa di quella c.d. "della causalità adeguata), secondo cui, in aggiunta a quanto richiesto dalla teoria condizionalistica, sarebbe anche necessario che l'evento rappresenti una conseguenza normale e non improbabile dell'azione, nonché della teoria c.d. "della causalità umana", alla luce della quale sarebbe indispensabile, oltre a quanto preteso dalla teoria della *condicio sine qua non*, che l'evento dannoso rappresenti una conseguenza non eccezionale della condotta. Per un esame critico di tali teorie si veda, esemplificativamente, MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 11ª ed., Milano, 2018, pp. 260 ss.

condicio sine qua non dell'evento *oltre ogni ragionevole dubbio*, dall'altro lato, nel diritto civile, una simile previsione non esiste, non operando alcuna presunzione di innocenza. Ciò ha portato, dunque, gli interpreti a ritenere sufficiente, nell'individuazione del nesso di causa, la regola del *più probabile che non*: dunque, secondo tale principio, «il criterio di probabilità civilistico pur essendo di *range* più basso (più del 50%) rispetto a quello penale, deve, tuttavia superare quel criterio di razionalità giuridica che, quand'anche probabilistico, deve essere maggiore in senso positivo rispetto a quello negativo, sicché la mera verosimiglianza, l'ipotesi, la semplice possibilità non soddisfano l'accertamento del condizionamento teleologico tra fatto ed evento»⁷⁴.

Il principio in esame, dunque, rappresenta il criterio da impiegare al fine di ricostruire il rapporto causale tra la condotta dell'agente e l'evento dannoso e «implica la scomposizione del giudizio causale in due autonomi e consecutivi segmenti»⁷⁵: il primo destinato ad individuare la causalità *materiale*, ossia il rapporto tra l'azione o omissione e l'evento e il cui fondamento è rinvenuto nell'art. 1227, primo comma, c.c.⁷⁶; il secondo diretto, invece, ad accertare il rapporto di causalità *giuridica*, disciplinato dagli artt. 1223 ss. c.c. e consistente nel legame tra l'evento verificatosi e le conseguenze dannose risarcibili⁷⁷.

Tanto premesso dal punto di vista teorico, il rapporto causale tra interruzione del credito e pregiudizio subito dovrà essere dimostrato, da quanti si ritengano danneggiati dalla condotta della banca, non già *oltre ogni ragionevole dubbio*, essendo sufficiente che essi forniscano la prova del fatto che, se la banca non avesse interrotto il finanziamento in modo repentino e inaspettato, essi non avrebbero sofferto la lesione lamentata. In altri termini, l'attore che pretenda il ristoro da parte dell'istituto di credito dovrà provare, eventualmente anche attraverso il ricorso a presunzioni, che la decisione del banchiere ha causato, *più probabilmente che non*, il danno.

⁷⁴ App. Ancona, 29 giugno 2017, in *DeJure*. In tal senso, nella giurisprudenza di legittimità, si veda anche Cass., 8 gennaio 2020, n. 122, in *Guida al diritto*, 2020, XI, p. 75.

⁷⁵ Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *DeJure*. In dottrina cfr. VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, estratto da AA.VV., *Trattato del contratto*, ROPPO (a cura di), Milano, 2014, p. 152 s.

⁷⁶ Cfr. Trib. Roma, 29 dicembre 2020, in *DeJure*.

⁷⁷ Cass., 30 giugno 2021, n. 18509, in *DeJure*.

A tal fine, sarà, pertanto, indispensabile, per i creditori del sovvenuto che vogliano far valere la responsabilità aquiliana della banca, dimostrare, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2043 e 2697 c.c.⁷⁸, che, in assenza dell'illecito, essi, *più probabilmente che non*, avrebbero potuto contare su una più ingente garanzia patrimoniale generica e avrebbero ricevuto un maggiore soddisfacimento del proprio credito.

Come è agevole intuire, peraltro, in tali casi una tale prova appare estremamente difficile da offrire, tanto più che, come già ricordato, ai sensi dell'art. 1223 c.c., è risarcibile solamente il danno che sia “conseguenza immediata e diretta” della condotta del (preteso) danneggiante. Ebbene, nei casi appena prospettati, a parere di chi scrive, non è agevole immaginare un danno diretto ed immediato per i creditori del (non) sovvenuto, trattandosi di una lesione della garanzia patrimoniale generica. Tuttavia, qualora una tale *probatio diabolica* sia assolta dai creditori, nulla osta, naturalmente, ad un risarcimento del danno.

Più agevole è, invece, la prova del nesso di causalità per il sovvenuto e per i creditori qualora essi lamentino l'inadempimento, da parte del finanziatore, di un preciso obbligo da questi assunto in sede di risoluzione della crisi d'impresa e per il sovvenuto, poiché tali soggetti, come visto, hanno a loro disposizione l'azione *ex art. 1218 c.c.*⁷⁹. In tal caso, essi, in forza del principio di vicinanza alla prova, riconosciuto da una celebre sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite⁸⁰, potranno limitarsi ad allegare

⁷⁸ Per l'affermazione dell'applicazione dell'art. 2697 c.c. quale regola generale in tema di onere della prova applicabile alla responsabilità aquiliana si veda Cass., 10 giugno 2020, n. 11096, in *DeJure*, secondo cui la responsabilità da cose in custodia *ex art. 2051 c.c.*, «facendo eccezione alla regola generale di cui al combinato disposto degli artt. 2043 e 2697 c.c. [...] integra invero un'ipotesi di responsabilità c.d. aggravata, in quanto caratterizzata da un criterio di inversione dell'onere della prova, imponendo al custode, presunto responsabile, di dare eventualmente la prova liberatoria del fortuito».

⁷⁹ *Supra*, par. 4.

⁸⁰ Il riferimento è a Cass. S.U., 30 novembre 2001, in *Giust. civ.*, 2002, p. 1934, secondo cui «il principio di presunzione della persistenza del diritto – in virtù del quale, una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine, grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo costituito dal suo (esatto) adempimento – deve ritenersi operante non solo nel caso in cui il creditore agisca per l'adempimento, ma anche nel caso in cui, sull'identico presupposto dell'inadempimento (o inesatto adempimento) della controparte, egli agisca per la risoluzione o per il risarcimento del danno; risulta, viceversa, rovesciato un tal regime della prova nell'ipotesi di obbligazioni negative (cioè di non fare), riguardo alle quali la prova dell'inadempimento è sempre a carico del creditore, anche ove agisca per l'adempimento; nell'ipotesi, infine, in cui il debitore convenuto

l'inadempimento dell'istituto di credito, spettando, invece, alla banca convenuta provare il fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto esatto adempimento, ovvero che tra la condotta che si assume lesiva e il danno è intervenuto un fattore il quale *più probabilmente che non*, ha interrotto il rapporto causale.

4.5. *La quantificazione del danno da abuso nell'interruzione del credito.*

Come si è già avuto modo di accennare⁸¹, l'interruzione abusiva del credito ha natura plurioffensiva, in quanto, per un verso, può arrecare un pregiudizio al sovvenuto stesso, poiché lo priva di mezzi di sostentamento finanziari potenzialmente essenziali per la sopravvivenza dell'impresa e ne pregiudica la credibilità sul mercato⁸²; per altro verso, può ledere i creditori dell'imprenditore, poiché il tracollo finanziario causato dalla revoca del credito diminuisce la garanzia patrimoniale generica posta a loro tutela e impedisce al debitore di adempiere regolarmente alle obbligazioni assunte nei loro confronti⁸³.

Si è, altresì, giunti alla conclusione che, mentre è preferibile ritenere che la responsabilità della banca nei confronti del proprio cliente abbia natura contrattuale, in quanto essa trae origine dall'inadempimento degli obblighi di buona fede che integrano il contratto di finanziamento, al contrario l'illecito compiuto verso i terzi creditori sembra avere carattere aquiliano (salva l'ipotesi, già esaminata, in cui la revoca del finanziamento non costituisca inadempimento di uno specifico dovere assunto in sede di risoluzione negoziale della crisi d'impresa) non potendosi rinvenire tra tali soggetti e l'istituto di credito, alcun preesistente rapporto obbligatorio e non essendo invocabile, a tal proposito, una responsabilità da "contatto sociale".

Individuate, dunque, le sfere giuridiche suscettibili di essere lese dall'abusivo rifiuto di concedere credito, nonché la natura giuridica dell'illecito, è possibile, a questo

(per l'inadempimento, la risoluzione o il risarcimento) si avvalga, a sua volta, della eccezione di inadempimento, di cui all'art. 1460 c.c., spetta (a ruoli invertiti) al creditore agente dimostrare (a fronte dell'allegazione della controparte) il proprio adempimento o la non ancora intervenuta scadenza della propria obbligazione».

⁸¹ *Supra*, par. 4.

⁸² LENOCI, *Op. ult. cit.*, p. 20.

⁸³ VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 17.

punto, indagare i criteri di quantificazione del danno cagionato dalla condotta della banca.

Infatti, una volta rinvenuto, tramite le regole sulla causalità materiale, un fatto idoneo a far sorgere la responsabilità, affinché venga accolta la domanda di risarcimento proposta nei confronti dell'istituto di credito, è, altresì, necessario, come visto, indagare il nesso di causalità materiale⁸⁴ e, dunque, stabilire quali conseguenze negative create dall'illecito possano effettivamente essere addebitate al finanziatore e quale sia, pertanto, l'ammontare dell'obbligo risarcitorio⁸⁵.

Orbene, al fine di circoscrivere i danni giuridicamente posti a carico dell'agente, il Codice civile stabilisce alcune regole destinate ad orientare l'interprete nella quantificazione della somma dovuta a titolo di risarcimento. Il riferimento è, in particolare, per quanto concerne la responsabilità aquiliana, agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., richiamati dall'art. 2056 c.c., cui si aggiunge, per la responsabilità *ex art.* 1218, l'art. 1225 c.c.

A tal fine, dunque, è opportuno, in primo luogo, esaminare le singole voci di danno, secondo i principi stabiliti dall'art. 1223 c.c. Si tratta, a ben vedere, di un'indagine non semplice da condurre, poiché essa si fonda su un giudizio probabilistico⁸⁶, in cui la situazione attuale del sovvenuto e dei terzi creditori dell'impresa deve essere paragonata con la situazione in cui tali soggetti si sarebbero, verosimilmente, trovati se non avessero subito l'illecito della banca e soffre, dunque, dell'incertezza insita nella necessità di ipotizzare quale sarebbe stato il destino patrimoniale e finanziario dell'azienda se non fosse stato rifiutato improvvisamente il finanziamento.

⁸⁴ *Supra*, par. 4.3.

⁸⁵ Cfr. Cass., 11 gennaio 2008, n. 576, in *Giust. civ. mass.*, 2008, p. 31, secondo cui «[...] il secondo nesso causale che il giudice deve accertare è quello tra il fatto dannoso nella sua materialità e le conseguenze che ne sono derivate (c.d. nesso di causalità giuridica); tale nesso è disciplinato dalle diverse regole di cui agli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. (oltre che dell'art. 1225 c.c., in tema di inadempimento contrattuale), ed al contrario del primo non è presupposto essenziale perché sorga la responsabilità del danneggiante, ma ha la più limitata funzione di circoscrivere l'area del danno risarcibile». In dottrina si vedano TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 19; VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, cit., p. 153 s.

⁸⁶ Cfr. Cass., 15 dicembre 2016, n. 25895, in *Guida al diritto*, 2017, XIV, p. 71.

Più precisamente, ai sensi dell'art. 1223 c.c., il risarcimento deve riparare integralmente il danno, a prescindere dalla fonte contrattuale o aquiliana della responsabilità⁸⁷: tale norma stabilisce, infatti, che esso deve comprendere sia “*la perdita subita*” (danno emergente), sia “*il mancato guadagno*” (lucro cessante) e che, pertanto, nella determinazione dell'ammontare dell'obbligazione risarcitoria bisogna tenere conto del complesso delle conseguenze negative causate dell'illecito, così da consentire il ripristino dello *status quo ante*⁸⁸.

In ossequio a quanto previsto da tale norma, pertanto, il sovvenuto o il terzo creditore dovranno fornire la dimostrazione della differenza tra l'ammontare reale del loro patrimonio rispetto alla consistenza che lo stesso avrebbe avuto se non fosse stato commesso l'illecito e, dunque, che l'interruzione del credito ha provocato una diminuzione patrimoniale, ovvero gli ha precluso il conseguimento di un guadagno.

Volendo esemplificare, dunque, per quanto concerne il pregiudizio subito dai creditori il danno emergente consiste nella differenza tra la quota di credito effettivamente soddisfatta e la percentuale che essi avrebbero invece ottenuto in assenza dell'illecito (a tal proposito, ad esempio, potrà essere valutata la diminuzione del valore dei beni dell'impresa, ovvero l'aumento del passivo conseguente al tracollo finanziario); il lucro cessante, invece, potrà essere liquidato, ad esempio, calcolando il mancato guadagno derivante dal non aver potuto impiegare utilmente la prestazione attesa dall'imprenditore e non ricevuta a causa dell'aggravarsi del dissesto causato dall'interruzione del finanziamento⁸⁹.

Ancora una volta, chi scrive non nasconde la difficoltà di procedere a una tale quantificazione, essendo non sempre agevolmente possibile quantificare tali voci di danno,

⁸⁷ Cass., 19 giugno 1996, n. 5650, in *Giust. civ. mass.*, 1996, p. 886.

⁸⁸ Cass., 18 luglio 1989, n. 3352, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 67, secondo cui «per danno deve intendersi il pregiudizio economico che si riflette in un'effettiva diminuzione del patrimonio, determinata dalla differenza tra il valore attuale del patrimonio del creditore danneggiato ed il valore che lo stesso presenterebbe se l'obbligazione fosse stata tempestivamente ed esattamente adempiuta o il fatto dannoso non si fosse verificato; e, pertanto, il danno non è la distruzione di una cosa o la perdita di utilità o di godimento, ma la differente situazione patrimoniale in cui il soggetto danneggiato si sarebbe trovato se il fatto in questione non si fosse verificato».

⁸⁹ LENOCI, *La responsabilità della banca per interruzione “brutale” del credito*, in *I battelli del Reno*, 2013, p. 18.

ma si tratta di questione di fatto suscettibile di mutare a seconda del caso concreto e che non toglie l'utilità di un criterio a cui il giudice civile debba attenersi nella determinazione del *quantum* risarcitorio.

Per quanto, invece, riguarda il pregiudizio arrecato al patrimonio della società, il danno emergente riguarderà, in linea di massima, la differenza tra l'ammontare del patrimonio effettivo e il patrimonio che, invece, l'impresa avrebbe avuto se avesse continuato a godere del sostegno finanziario, nonché, eventualmente, gli esborsi sostenuti dall'imprenditore per ottenere il ripristino dell'affidamento, ovvero il sostegno di istituti di credito differenti da quello che ha revocato il fido. Il lucro cessante, invece, verosimilmente riguarderà la perdita di occasioni contrattuali con altri operatori del mercato.

4.6. *Profili processuali. Rinvio.*

Una volta individuati gli elementi costitutivi della responsabilità da abuso nell'interruzione del credito, nonché i criteri di determinazione del danno risarcibile, è necessario, al fine di completare la disamina sull'illecito, dedicare alcune riflessioni agli aspetti processuali più rilevanti in relazione alla fattispecie in esame. Il riferimento è, in particolare, all'indagine relativa, per un verso, ai soggetti legittimati ad esercitare l'azione volta ad ottenere un risarcimento da parte della banca per aver interrotto bruscamente il credito e, per altro verso, all'individuazione del giudice competente a conoscere della relativa controversia.

L'esame di tali questioni rileva, in particolare, nel caso in cui si tratti di far valere la responsabilità dell'istituto di credito nel corso del fallimento (ora liquidazione giudiziale) in quanto si pone il problema di capire se, quanto alla *legitimitatio ad causam*, essa spetti al curatore (*id est*, si tratti di un'azione di massa), ovvero ai singoli creditori lesi dalla condotta del finanziatore⁹⁰; quanto alla competenza, se, in relazione alle controversie per il risarcimento da interruzione "brutale" del credito operi la *vis attractiva concursus*, ovvero se debbano operare le normali norme del Codice di rito, ovvero,

⁹⁰ Cfr. LENOCI, *Op. ult. cit.*, pp. 17 ss.

ancora, se su tali regole prevalgano le previsioni relative alla competenza della Sezione specializzata in materia di impresa.

Dal momento che, tuttavia, come si avrà modo di vedere, gli aspetti poc'anzi menzionati sono stati oggetto di particolare approfondimento da parte degli interpreti con riferimento al diverso illecito dell'abuso nella concessione del credito e dal momento che, al contempo, le soluzioni prospettabili in relazione all'interruzione del finanziamento sono le medesime ipotizzabili per l'erogazione abusiva di credito, per l'esame delle stesse si rinvia al Capitolo quarto, Sezione terza e alle conclusioni in esso contenute.

CAPITOLO IV

LA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA DA ILLECITA CONCESSIONE DI FINANZIAMENTO

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Il concorso della banca nell'illecito degli amministratori.* – 3. *(Segue). La responsabilità della banca.* – 4. *Inquadramento storico.* – 5. *L'abuso del diritto di concedere credito.* – 6. *Gli elementi costitutivi dell'illecito.* – 6.1. *Il presupposto oggettivo.* – 6.2. *Il presupposto soggettivo.* – 6.3. *Il danno da abuso nella concessione del credito. In particolare, il pregiudizio ai creditori del sovvenuto.* – 6.4. *Il danno da abuso nella concessione del credito. In particolare, il pregiudizio al patrimonio dell'impresa finanziata.* – 6.5. *Il nesso di causalità tra finanziamento e danno.* – 7. *La natura giuridica dell'illecito.* – 7.1. *Forme di responsabilità da abuso nella concessione del credito. Critica.* – 7.2. *La natura extracontrattuale della responsabilità.* – 8. *La determinazione del danno da abuso nella concessione del credito.* – 9. *Profili processuali comuni. Premessa.* – 10. *La legitimatio ad causam. Le azioni di massa.* – 10.1. *La legittimazione del curatore.* – 11. *La competenza del Tribunale della liquidazione giudiziale e della Sezione specializzata in materia di impresa.*

Sezione prima

IL CONCORSO NELLA *MALA GESTIO* DEGLI AMMINISTRATORI

1. *Premessa.*

Nel Capitolo precedente si è trattato delle forme di responsabilità in cui può incorrere la banca nel caso in cui, nell'ambito dell'attività creditizia, decida di non concedere finanziamenti a un'impresa in crisi.

In particolare, si è giunti alla conclusione che l'illecito ravvisabile nell'ipotesi in cui l'istituto di credito receda dai rapporti con il cliente è l'abuso nell'interruzione del

credito: esso, nello specifico, presuppone, anzitutto, che l'impresa si trovi in stato di crisi e non già di insolvenza (circostanza imposta dalla necessità di evitare che tale illecito si sovrapponga con la responsabilità da concessione abusiva di credito) e che, inoltre, l'esercizio del diritto di recesso – seppur contemplato dalla legge – sia non solo repentino e arbitrario, ma anche posto in essere con la consapevolezza, da parte del finanziatore, dell'ingiusto pregiudizio arrecato al proprio cliente.

Quanto al danno causato dalla condotta abusiva del (non) concedente il credito, si è, poi, osservato come esso possa riguardare sia il sovvenuto, il quale subisce l'improvvisa carenza di liquidità derivante dall'obbligo di rientrare dall'esposizione debitoria e l'aggressione del proprio patrimonio da parte dei creditori, allarmati dall'interruzione dei rapporti con l'istituto di credito, sia coloro che intrattengono rapporti contrattuali con il finanziato, i quali lamentano la diminuzione della garanzia patrimoniale generica posta a tutela del loro diritto e dei mezzi con cui il debitore può adempiere le prestazioni dovute. Nel primo caso, in particolare, si è sostenuto che la responsabilità della banca abbia carattere contrattuale e derivi dalla violazione dei doveri di buona fede, i quali integrano il contratto e costituiscono fonte atipica di obbligazioni *ex art. 1374 c.c.*; nei confronti dei creditori, invece, si è ritenuto opportuno distinguere la posizione di coloro nei cui confronti il banchiere abbia assunto l'obbligo di finanziare l'imprenditore nell'ambito di un tentativo di risanamento (i quali, dunque, possono agire *ex art. 1218 c.c.*), da coloro che, all'epoca del danno, non avevano alcun pregresso rapporto con il finanziatore (i quali, dunque, possono solo agire ai sensi dell'*art. 2043 c.c.*).

Infine, per quanto concerne i caratteri dell'azione di responsabilità nei confronti della banca, mentre si è esaminato l'oggetto dell'onere della prova gravante sui soggetti che si affermano lesi dall'interruzione “brutale” del credito, si è, al contrario, rinviato al presente Capitolo per la disamina relativa alla *legitimatio ad causam* e all'individuazione del giudice competente, in quanto fondata su premesse comuni agli argomenti che, a breve, si approfondiranno.

Infatti, per completare l'analisi relativa alla patologia nell'ambito dei rapporti tra banca e impresa in crisi, è necessario esaminare altre due forme di illecito addebitabile

all'istituto di credito, le quali, in particolare, si distinguono dall'abuso nell'interruzione di credito per il fatto che presuppongono una (indebita) instaurazione o prosecuzione dei contratti di finanziamento: il riferimento è, nello specifico, da un lato, alla responsabilità da concorso della banca nella *mala gestio* degli amministratori e, dall'altro lato, alla responsabilità da abuso nella concessione del credito.

Pertanto, si è ritenuto opportuno dedicare le prime due Sezioni del presente Capitolo all'indagine sugli elementi costitutivi delle due ipotesi di finanziamento illecito prospettabili nel corso della crisi d'impresa, in relazione alle quali, come si vedrà, la condotta del banchiere si caratterizza non per aver rifiutato il credito, ma, al contrario, per aver accolto positivamente l'istanza del proprio cliente; infine, un'ultima, terza, Sezione ai profili processuali comuni alle tre forme di responsabilità esaminate in questo e nel precedente Capitolo.

2. *Il concorso della banca nell'illecito degli amministratori. La responsabilità degli amministratori.*

La prima ipotesi di illecito addebitabile al banchiere in relazione alla concessione di un finanziamento concerne il concorso della banca nella *mala gestio* degli amministratori, i quali abbiano compiuto fatti lesivi degli interessi della società e delle ragioni dei creditori sociali.

Questa forma di responsabilità non solo rappresenta una fattispecie ricorrente nell'ambito della crisi d'impresa¹, ma, come si vedrà, spesso si accompagna – e, anzi,

¹ Circostanza dimostrata dalle numerose pronunce sul tema: *ex multis*, Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in *Contratti*, 2022, p. 171, con nota di Castelli – Tina, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore: il punto della Suprema Corte*; Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 162; Cass., 1° giugno 2010, n. 13413, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 859; Cass., 2 marzo 2004, n. 16688, in *Foro it.*, 2005, II, p. 32; Cass., 1° dicembre 1999, n. 2126, in *Giur. it.*, 2002, p. 1259; Trib. Firenze, 21 dicembre 2021, in *DeJure*; Trib. Vicenza, 22 aprile 2021, *ivi*; App. Milano, 21 giugno 2018, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, II, p. 197; Trib. Milano, 22 maggio 2017, in *DeJure*; Trib. Prato, 15 febbraio 2017, *ivi*; Trib. Milano, 25 febbraio 2016, in *DeJure*; Trib. Ferrara, 9 gennaio 2002, in *Il Fallimento*, 2002, p. 1347.

è considerata speculare – alla concessione abusiva di credito², *sub specie* di addebito nei confronti dell'istituto di credito per concorso nel reato degli amministratori.

Ciò premesso, ai sensi del Codice civile, gli amministratori sono responsabili nel caso di condotte lesive dell'integrità del patrimonio sociale. In particolare, essi rispondono dei danni derivanti dalla *mala gestio* sia nei confronti della società, sia nei confronti dei creditori sociali, sia nei confronti dei singoli soci e dei terzi.

Quanto all'azione sociale di responsabilità, l'art. 2392 c.c. stabilisce che gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze e che, in caso di violazione dei doveri di diligenza, essi sono solidamente responsabili nei confronti della società per i danni ad essa causati³. L'azione in esame, in particolare, può essere promossa in seguito a deliberazione dell'assemblea o del collegio sindacale (art. 2393 c.c.), ovvero dai soci (art. 2393-*bis* c.c.)⁴.

Per quanto, invece, riguarda la responsabilità verso i creditori sociali, essa è disciplinata dall'art. 2394 c.c., il quale statuisce che gli amministratori rispondono anche nei confronti dei creditori sociali in caso di inosservanza degli obblighi relativi alla conservazione del patrimonio aziendale, nell'ipotesi in cui quest'ultimo si riveli insufficiente per il soddisfacimento dei crediti⁵.

² NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 307.

³ Si tratta, in particolare, di una responsabilità di natura contrattuale, dato il rapporto che lega gli amministratori alla società: cfr. Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, in *DeJure*, secondo cui «la responsabilità degli amministratori di società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata ha natura contrattuale sicché la società (o il curatore, nel caso in cui l'azione sia proposta *ex art.* 146 l.fall.) deve allegare le violazioni compiute dagli amministratori ai loro doveri e provare il danno e il nesso di causalità tra la violazione e il danno, mentre spetta agli amministratori provare, con riferimento agli addebiti contestatigli, l'osservanza dei doveri previsti dal nuovo testo dell'art. 2392 c.c. [...]».

⁴ Ai sensi dell'art. 2393-*bis* c.c., in particolare, l'azione di responsabilità può essere esercitata dai soci che rappresentino almeno un quinto del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto, comunque non superiore al terzo, ovvero, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, dai soci che rappresentino un quarantesimo del capitale sociale o la diversa misura prevista nello statuto.

⁵ Quanto alla natura dell'azione contemplata dall'art. 2394 c.c., essa è dibattuta: da un lato, infatti, vi è chi sostiene che i creditori sociali non esercitano un'azione autonoma, ma un'azione surrogatoria, la cui natura è, dunque, al pari della responsabilità *ex art.* 2392 c.c., contrattuale (cfr. Cass., 14 dicembre 1991, n. 13498, in *Foro it.*, 1992, I, p. 1803; Trib. Palermo, 8 febbraio 2001, in *Giur. merito*, 2001, p. 1267); dall'altro lato, invece, vi è chi afferma

L'azione sociale di responsabilità e quella esercitata dai soci non pregiudicano, infine, il diritto del singolo socio o del terzo: egli, infatti, nel caso in cui si affermi direttamente danneggiato dalla condotta contraria a diligenza degli amministratori, potrà agire per ottenere il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 2395 c.c.⁶.

Tali norme, dunque, nel richiamare, implicitamente, la regola di diligenza prevista dall'art. 1176, comma 2, c.c. per l'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale⁷, impongono agli amministratori un dovere generale di comportamento, richiedendo loro di astenersi da tutti quei comportamenti che, violando obblighi legali o statutari e superando la normale alea insita nell'attività di impresa, pregiudichino la conservazione del patrimonio sociale⁸.

che l'azione in esame abbia carattere aquiliano, dal momento che non è rinvenibile alcun rapporto negoziale tra i creditori sociali e la società (cfr. Cass., 23 gennaio 2017, n. 1641, in *DeJure*; Trib. Roma, 18 febbraio 2021, in *DeJure*; DE CRESCIENZO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure di fallimento delle società di capitali ex art. 146 l.fall.*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, CAGNASSO – PANZANI (diretto da), Torino, 2016, p. 409).

⁶ Si tratta, in particolare, di un'azione di natura aquiliana, la quale, a differenza delle azioni precedenti, non presuppone un danno che rappresenti il riflesso della diminuzione del patrimonio della società, ma richiede un danno diretto al socio o al terzo: cfr. Cass., 23 marzo 2010, n. 6870, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 417; Trib. Catanzaro, 28 marzo 2018, in *DeJure*, secondo cui «l'azione individuale del terzo, o del socio, nei confronti dell'amministratore di una società, ai sensi dell'art. 2395 c.c., richiede la lesione di un diritto soggettivo patrimoniale, che non sia conseguenza del depauperamento del patrimonio societario: a differenza delle azioni sociali, ex art. 2393 c.c. e di quelle dei creditori sociali, ex art. 2394 c.c., che richiedono un danno per la società, l'azione del terzo presuppone un danno diretto. L'azione di cui all'art. 2395 c.c. ha natura extracontrattuale: da ciò deriva che il socio o il terzo che agisca in giudizio per far valere la responsabilità diretta dell'amministratore ha l'onere di provare l'esistenza di un danno diretto ingiusto e il nesso di causalità tra tale danno e una condotta, dolosa o colposa, dell'amministratore. Il danno lamentato, insomma, deve risultare quale conseguenza diretta di atti dell'amministratore, che non possono essere ricondotti al mero inadempimento contrattuale delle obbligazioni della società».

⁷ Cass., 31 agosto 2016, n. 17441, cit. In dottrina cfr. ABETE, *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2006, p. 5;

⁸ Cfr. Cass., 27 ottobre 2006, n. 23180, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 10, secondo cui «per l'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dell'amministratore di una società di capitali non è sufficiente invocare genericamente il compimento di atti di *mala gestio* e riservare una più specifica descrizione di tali comportamenti nel corso del giudizio, atteso che per consentire alla controparte l'approntamento di adeguata difesa, nel rispetto del principio processuale del contraddittorio, la *causa petendi* deve sin dall'inizio sostanziarsi nell'indicazione dei comportamenti asseritamente contrari ai doveri imposti agli amministratori dalla legge o dallo statuto sociale. Ciò vale tanto che venga esercitata un'azione sociale di responsabilità quanto un'azione dei creditori sociali, perché anche la mancata conservazione del patrimonio sociale può generare responsabilità non già in conseguenza dell'alea insita nell'attività di impresa, ma in relazione alla violazione di doveri legali o statutari che devono essere identificati nella

Nel caso, poi, in cui l'impresa versi in uno stato di dissesto, i doveri degli amministratori si specificano nell'obbligo di convocare l'assemblea al fine di adottare i provvedimenti opportuni (quali, ad esempio, la riduzione del capitale, la trasformazione o lo scioglimento della società, ex artt. 2446, 2447 e 2484, comma 1, n. 4), c.c.) nell'eventualità in cui il capitale sia diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite (art. 2446 c.c.), ovvero nell'obbligo, al ricorrere di una causa di scioglimento, di astenersi dal compiere operazioni che non siano meramente conservative del patrimonio della società (art. 2486 c.c., il quale, inoltre, al comma 2, specifica che, in caso di violazione di tali regole, “*gli amministratori sono personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati alla società, ai soci, ai creditori sociali ed ai terzi*”).

Sempre nel caso in cui l'impresa sia non più *in bonis*, inoltre, gli imprenditori possono incorrere in specifiche ipotesi di responsabilità penale: il Codice della crisi d'impresa (e, prima di esso, la Legge fallimentare⁹) contempla, infatti, alcune fattispecie di delitti propri del debitore che si trovi in stato di dissesto e che abbia compiuto atti suscettibili di ledere la garanzia patrimoniale posta a generale tutela dei creditori. Il riferimento è, più precisamente, per un verso, ai delitti di bancarotta fraudolenta e semplice (rispettivamente, artt. 322 e 323 CCII, nonché 216 e 217 l.fall.) e, per altro verso, al delitto di ricorso abusivo al credito (art. 325 CCII e 218 l.fall.)¹⁰. La responsabilità contemplata in tali norme è, poi, estesa agli amministratori dagli artt. 329, 330 e 331 CCII, i quali stabiliscono che amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori, nel caso in cui abbiano commesso un fatto di bancarotta fraudolenta, semplice o abbiano concorso a cagionare o aggravare il dissesto della società con inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge, rispondono dei reati di cui agli artt. 322 e 323

domanda nei loro estremi fattuali». Conf. TOMASSO, Sub *art. 146*, in AA.VV., *Codice commentato del fallimento*, LO CASCIO (diretto da), Milanofiori Assago, 2017, p. 1857.

⁹ Il Codice della crisi non ha apportato significative modifiche a quanto *olim* previsto dagli artt. 216, 217 e 218 l.fall. e, pertanto, nel prosieguo, verranno menzionati i soli artt. 322 ss. CCII.

¹⁰ Cfr. MICHELETTI, *Il ricorso abusivo al credito come reato necessariamente condizionato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, pp. 23 ss.

CCII e, nel caso in cui abbiano compiuto un fatto di ricorso abusivo al credito, del reato di cui all'art. 324 CCII¹¹.

3. (Segue). *La responsabilità della banca.*

Tanto premesso, per quanto qui di interesse, gli amministratori che, in presenza della crisi, ottengano un finanziamento bancario pur in assenza delle condizioni di merito creditizio potrebbero, per un verso, rendersi colpevoli di aver “*distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte ... beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori ... esposto o riconosciuto passività inesistenti*” o di aver, prima o durante la liquidazione giudiziale, eseguito pagamenti o simulato titoli di prelazioni allo “*scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi*” (art. 322, comma 1, *lett. a*) e comma 3, CCII). Si pensi, a tal proposito, ad esempio, al mutuo erogato dall'istituto di credito all'imprenditore insolvente al fine di consentire a quest'ultimo di ripianare esposizioni debitorie proprie e di un terzo nei confronti del concedente il credito¹²: in questo caso, infatti, la banca si renderebbe complice della condotta distrattiva compiuta dal debitore, in quanto la contrazione di un mutuo determina, per la sua onerosità, una condotta depauperativa del patrimonio di quest'ultimo a danno dei creditori. Oppure, quanto al delitto di bancarotta preferenziale, può venire in rilievo, ad esempio, la condotta della banca, creditrice di un imprenditore insolvente, che, prima o durante la procedura fallimentare, conceda un mutuo fondiario garantito da ipoteca immobiliare al fine di consentire al debitore di ripianare un proprio debito nei suoi confronti, trasformando, inoltre, il proprio credito chirografario in privilegiato e costituendosi, dunque, un titolo di prelazione in danno degli altri creditori¹³.

¹¹ Tali norme ricalcano, senza modifiche rilevanti (se non la sostituzione del termine “fallimento” con il termine “liquidazione giudiziale”), il contenuto degli oramai abrogati artt. 223, 224 e 225 l.fall.

¹² Cfr. Cass., 3 novembre 2021, n. 31513, in *DeJure*.

¹³ Cfr. Cass., 3 novembre 2021, n. 31513, cit., secondo cui «in tali casi, il concetto di simulazione [...] non deve essere inteso in senso civilistico, poiché la *ratio* della previsione è quella di sanzionare tanto le condotte che realizzano la costituzione fittizia di un titolo preferenziale quanto quelle che trasformano un credito chirografario in credito assistito da cause di prelazione con la costituzione effettiva di una garanzia in presenza dello stato di insolvenza, poiché entrambe producono il medesimo risultato di alterazione della *par condicio creditorum*».

Ancora, l'istituto di credito potrebbe essere chiamato a rispondere penalmente per aver “*consumato una notevole parte del ... patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti*” oppure di aver “*compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare l'apertura della liquidazione giudiziale*” (art. 323, comma 1, lett. b) e c), CCII): a tale fattispecie si potrebbe ricondurre, ad esempio, la concessione di un finanziamento destinata unicamente a fornire al debitore le sostanze sufficienti per ritardare il fallimento¹⁴, ovvero la concessione di un contratto derivato, con finalità puramente speculativa¹⁵.

Infine, un ulteriore addebito nei confronti della banca in relazione ad attività di finanziamento ad un'impresa in crisi potrebbe essere mosso per il concorso nell'illecito degli amministratori che hanno fatto ricorso o continuato “*a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli 322 e 323, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza [...]*” (art. 324 CCII): la Cassazione afferma, infatti, che «devesi considerare indubbio che se il ricorso abusivo al credito va oltre i confini della accorta gestione imprenditoriale quanto all'amministratore della società finanziata, la stessa erogazione del credito, ove (come dedotto nella specie) sia stata accertata la perdita del capitale di quella società, integra un concorrente illecito della banca; la quale deve seguire i principi di sana e prudente gestione valutando (art. 5 del T.u.b.) il merito di credito in base a informazioni adeguate»¹⁶.

¹⁴ Cfr. COCCO, *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 529.

¹⁵ In effetti, la giurisprudenza riconduce i contratti derivati alla categoria delle scommesse: v. Cass., S.U., 12 maggio 2020, n. 8770, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2021, II, p. 767, con nota di LENER – CIPRIANI, *I derivati, le Sezioni Unite e l'Europa*, secondo cui «l'oggetto del contratto IRS è determinato (o determinabile) ove venga indicata la misura qualitativa e quantitativa dell'alea, calcolata secondo criteri riconosciuti ed oggettivamente condivisi (che non si limitino al criterio del *mark to market*, ma investano, altresì, gli scenari probabilistici), perché il legislatore autorizza solo questo genere di scommesse sul presupposto dell'utilità sociale di quelle razionali, intese come specie evoluta delle scommesse di pura abilità» (conf. Trib. Milano, 23 giugno 2014, in *Redazione Giuffrè*, 2014).

¹⁶ Così Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 162. Sul punto si veda anche Cass., 1° giugno 2013, n. 13413, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 859, secondo cui «in tema di responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi che regolano il nesso di causalità e il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento, che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo, configurandosi a carico dei responsabili del

In altre parole, nel caso in cui gli amministratori richiedano una concessione di credito alla banca in un momento in cui l'azienda è in stato di dissesto e, dunque, verosimilmente incapace di sostenere i costi derivanti dall'esecuzione del contratto con la banca, essi possono essere sottoposti a responsabilità penale o civile ai sensi delle norme poc'anzi menzionate¹⁷; al contempo, salva l'eventualità in cui l'istituto di credito sia stato ingannato dal comportamento degli amministratori e sia dunque vittima dell'illecito compiuto da questi ultimi e inconsapevole del dissesto dell'impresa richiedente il finanziamento¹⁸, la banca stessa potrebbe essere chiamata a rispondere a titolo di concorso nella *mala gestio* degli amministratori¹⁹.

Pertanto, dinanzi a una avventata richiesta di finanziamento da parte dell'organo amministrativo dell'impresa, nel caso in cui il banchiere, consapevole del carattere illecito dell'operazione posta in essere e del pregiudizio arrecato alla garanzia patrimoniale generica, accolga positivamente l'istanza, il rischio che il concedente il credito sia chiamato a rispondere in sede civile e penale ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2055 c.c.²⁰ e 110 c.p.²¹ è concreto.

danno, un'obbligazione solidale, il cui adempimento può essere richiesto, per la sua totalità, ad uno solo dei coobbligati con azione separata, non sussistendo nei confronti di coobbligati in solido un'ipotesi di litisconsorzio necessario [...]»; Trib. Milano, 22 maggio 2017, in *De-Jure*; Trib. Prato, 15 febbraio 2017, in *Giur comm.*, 2018, II, p. 236.

¹⁷ INZITARI, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, Torino, 2018, p. 241.

¹⁸ TARZIA GIO., *La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito" che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fallimento*, 2017, p. 918 s.

¹⁹ Cfr. Cass., 14 gennaio 2021, n. 24725, in *in Foro it.*, 2021, I, p. 3897, secondo cui «non ha pregio, al riguardo, l'argomento (sia pure accolto dalle citate Cass., sez. un., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031, ma quale mero *obiter dictum*, che dunque non soggiace al limite di cui all'art. 374 c.p.c.), secondo cui la società non potrebbe essere, nel contempo, autore dell'illecito e vittima del medesimo: basti considerare che la responsabilità per l'abusivo ricorso al credito grava sugli amministratori, i quali, seppur legati da rapporto organico alla società, assumono tale responsabilità in via personale, agli effetti sia civili, sia penali; mentre la società, per la quale essi hanno agito, non per ciò solo è esclusa dal novero dei possibili soggetti danneggiati, come avviene del resto in tutti i casi in cui un atto posto in essere dagli amministratori – quindi, in nome e per conto della società abbia cagionato un danno alla stessa società amministrata (distrazione di patrimonio, compravendita svantaggiosa, contratto in conflitto d'interessi, false dichiarazioni dei redditi da cui siano derivate sanzioni tributarie per la società, etc.); altro è poi, come oltre si dirà, il tema dell'eventuale concorso del creditore alla causazione del danno».

²⁰ Cfr. Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, cit.

²¹ Cfr. Cass., 3 novembre 2021, n. 31513, cit.

Sugli illeciti in esame si avrà modo di soffermarsi ulteriormente nella Sezione terza, quando si esaminerà la legittimazione del curatore, nel corso della liquidazione giudiziale, ad agire nei confronti dell'istituto di credito per ottenere il risarcimento dei danni causati al patrimonio dell'imprenditore e ai creditori dalla condotta *contra legem* della banca.

Ciò che preme, tuttavia, in questa sede evidenziare è che quando la concessione del credito al cliente in stato di difficoltà economico-finanziaria avviene non per tentarne il risanamento o per perseguire un maggior soddisfacimento per la massa dei creditori, ma con il diverso obiettivo di pregiudicare questi ultimi a vantaggio proprio o dell'imprenditore, non sembrano residuare ragioni per escludere una responsabilità dell'istituto di credito sia dal punto di vista civile, sia dal punto di vista penale. È evidente, tuttavia, che se il confine tra finanziamento fisiologico e finanziamento patologico all'impresa in crisi è rappresentato dal diverso *status* soggettivo della banca al momento dell'erogazione, allora l'indagine su tale elemento dovrà essere particolarmente rigorosa, poiché da essa dipende la possibilità di muovere un addebito a chi ha concesso il credito.

Sul punto si tornerà, tuttavia, *amplius*, nel prosieguo.

ABUSO NELLA CONCESSIONE DEL CREDITO

4. *Inquadramento storico.*

Il tema della patologia dei rapporti tra banca e impresa in crisi è, tradizionalmente, dominato da una peculiare figura di illecito, nota come “concessione abusiva del credito”, la quale rappresenta senz’altro una delle fattispecie più rilevanti a livello quantitativo ed economico²².

Come visto²³, l’abuso nella concessione del finanziamento costituisce l’altra forma di responsabilità che, insieme all’interruzione “brutale” del credito, pone il banchiere dinanzi a un “dilemma”, poiché aumenta il rischio che tale soggetto sia chiamato a rispondere sia nel caso in cui accolga l’istanza di finanziamento, sia nel caso in cui rifiuti di erogare nuovo credito.

Nonostante entrambe le forme di illecito siano, proprio a causa di tale indebita sovrapposizione, ampiamente studiate in dottrina, la concessione abusiva di credito rappresenta senz’altro la forma di responsabilità più di frequente sottoposta all’attenzione delle corti (anche di legittimità): essa, dunque, risulta certamente la fattispecie più rilevante dal punto di vista pratico nell’ambito del sistema dei finanziamenti all’impresa in crisi²⁴.

Si tratta, in particolare, di una fattispecie che, a differenza delle forme di responsabilità esaminate nella Sezione precedente, è di origine pretoria e non è mai stata definita dal legislatore nei suoi elementi costitutivi.

²² Come noto, si tratta, infatti, di azioni solitamente caratterizzate da un *petitum* di ingente ammontare.

²³ Capitolo terzo, par. 2.

²⁴ BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, cit., pp. 291 ss.

Essa, più precisamente, rappresenta un'ipotesi di illecito elaborata in Francia e Belgio²⁵ nell'Ottocento²⁶ e importata, dalla dottrina italiana, nel nostro ordinamento, già negli anni Settanta dello scorso secolo²⁷. Nonostante le sue origini risalenti nel tempo, tuttavia, solo di recente tale illecito è stato portato all'attenzione della giurisprudenza²⁸ e approfondito dalla dottrina²⁹ e ciò, principalmente, per un duplice ordine di ragioni:

²⁵ Sull'argomento si veda, per la dottrina straniera, *ex multis*, BRUNET, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit*, in *Dir. banc.*, 1998, I, p. 318; BUTHURIEUX, *Responsabilité du banquier*, Paris, 1999, *passim*; VAN OMMESLAGHE, *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge*, in *Schweizerische Aktiengesellschaft*, 1977, p. 109; VASSEUR, *La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France*, in AA.VV., *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, MACCARONE – NIGRO (a cura di), Milano, 1981, p. 61; ID., *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit*, Paris, 1976, *passim*; VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Paris, 1977, p. 149; ZENNER, *Responsabilité du donneur de crédit*, in *Rev. de la banque*, 1974, p. 707. Per la giurisprudenza francese si vedano Cass., 7 gennaio 1976, n. 72-14.029, disponibile su *Legifrance.gouv.fr*; Cass., 9 ottobre 1974, n. 73-13.629, *ivi*; Cass., 19 marzo 1974, n. 72-11.543, *ivi*; Per altri riferimenti sulla dottrina e giurisprudenza francese si veda HAMEL, *Banques et opérations de banque*, II, Paris, 1943, p. 760 e NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, p. 220.

²⁶ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, cit., p. 220.

²⁷ I primi contributi sul tema sono di CLARIZIA, *La responsabilité du banquier donneur de crédit*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1976, I, p. 361 e di NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, cit., pp. 219 ss.

²⁸ Le prime decisioni italiane relative alla responsabilità della banca da finanziamento illecito sono Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, II, p. 258 e Cass., 8 gennaio 1997, n. 72, con nota di SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, VI, p. 653. Tuttavia, sul punto si veda ROPPO, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Il Fallimento*, 1996, p. 875, secondo cui tali pronunce rappresenterebbero dei «falsi precedenti» sul tema della concessione abusiva di credito.

Di recente, si sono espresse sul tema, senza pretese di completezza, Cass., 18 gennaio 2023, n. 1387, in *DeJure*; Cass., 11 maggio 2022, n. 14876, in *Leggi d'Italia*; Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, in *Foro it.*, 2021, I, p. 3897; Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in *Contratti*, 2022, p. 171, con nota di CASTELLI – TINA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore: il punto della Suprema Corte*; Cass., 14 maggio 2018, n. 11695, in *Giur. it.*, 2018, p. 1655; Cass., 12 maggio 2017, n. 11798, in *Il Fallimento*, 2017, p. 1157; Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 162; Cass., 23 luglio 2010, n. 17284, in *Il Fallimento*, 2011, p. 305; Cass. S.U., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031, tutte in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 615, con nota di RUSSO, *Legittimazione del curatore all'azione per «abusiva» concessione di credito* e in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 630, con nota di NARDECCHIA, *L'abusiva concessione del credito all'esame delle Sezioni Unite*. Nella giurisprudenza di merito si vedano, tra le più recenti, Trib. Palermo, 27 maggio 2020, in *Il Fallimento*, 2020, p. 1151; Trib. Napoli, 22 maggio 2020, in *Leggi d'Italia*; App. Firenze, 11 novembre 2019, in *Il Fallimento*, 2020, p. 812; Trib. Rimini, 29 ottobre 2019, in *Corr. giur.*, 2020, X, p. 1238; Trib. Bologna, 13 luglio 2017, in *Leggi d'Italia*; Trib. Terni, 20 giugno 2017, *ivi*; Trib. Milano, 22 maggio 2017, in *DeJure*.

²⁹ La dottrina che ha affrontato il tema è vastissima. In argomento, seppur con posizioni differenti tra loro, che saranno esaminate nel prosieguo della trattazione, si vedano ABRIANI –

BENEDETTI, *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito: un ulteriore frammento della disciplina speciale dell'impresa in crisi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 45; ANDREANI, *Verifica del merito creditizio ed abusiva concessione di credito*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2023; ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1998, I, p. 137; BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 109; ID., *Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore: sulla non facile delimitazione perimetrale*, in *Il Fallimento*, 2017, p. 1158; ID., *Responsabilità per abusiva concessione del credito e legittimazione del curatore*, in AA.VV., *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, BALESTRA (a cura di), Milano, 2016, p. 191; BENEDETTI, *La ridefinizione della concessione abusiva di credito ad opera della Cassazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, II, p. 173; BIVONA, *L'obbligo di far credito nelle discipline emergenziali*, in *Nuova giur. civ.*, 2022, I, p. 99; BOCCHINI, *La concessione abusiva del credito nell'epoca post pandemica: modello predittivo o fallibilità umana?*, in *Riv. dir. bancario*, 2022, p. 269; BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 287; BRIZZI, *I principi delle Sezioni Unite in tema di danno al patrimonio sociale al vaglio della giurisprudenza di merito: assenza di scritture contabili e concessione abusiva di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 67; CASTELLI – TINA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore: il punto della Suprema Corte*, in *Contratti*, 2022, II, p. 171; CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità della banca per «concessione abusiva di credito»*, in AA.VV., *La «riforma urgente» del diritto fallimentare e le banche. Problemi risolti e irrisolti, Atti del Convegno di Lanciano 31 maggio – 1° giugno 2002*, BONFATTI – FALCONE (a cura di), Milano, 2003, p. 195; CLARIZIA, *La responsabilité du banquier donneur de crédit*, cit., p. 361; D'ANSELMO, *Due sentenze sulla concessione abusiva*, in *Giur. comm.*, 2022, V, p. 1110; DELLE MONACHE, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1329; DEPETRIS, *Concessione abusiva di credito e aggravamento del dissesto: la quantificazione del danno al patrimonio sociale*, in *Dir. fall.*, 2019, II, p. 475; DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 145; ID., *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004; ID., *Ancora sulla fattispecie «concessione abusiva di credito»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, II, p. 692; ID., voce *«Concessione abusiva di credito»*, in *Enc. Dir.*, Ann. VI, Milano, 2013, p. 178; ID., *Finanziamento bancario alle imprese in crisi*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012 – Treccani*, Roma, 2012; ID., *Sulla fattispecie «concessione abusiva del credito»*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, p. 382; FAUCEGLIA, *Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 646; ID., *Riflessioni sulla responsabilità delle banche nel Codice della crisi con particolare riguardo all'abusiva concessione del credito*, in *Diritto della crisi*, 2023; FERRARI, *Legittimazione del curatore per abusiva concessione di credito, plurioffensività dell'illecito al patrimonio ed alla garanzia patrimoniale*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 419; FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2009, suppl. al n. I, p. 65; FRANCHINA, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Dir. fall.*, 1988, I, p. 656; GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 20; GALLETTI, *La responsabilità civile della banca per la concessione abusiva del credito nella teorica dell'illecito civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 1453; GOBIO CASALI, *Responsabilità di amministratori e di terzi – Le azioni del curatore contro i terzi concorrenti nella mala gestio degli amministratori*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1900; INZITARI – DEPETRIS, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Dir. fall.*, 2018, II, p. 1035; INZITARI, *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Dir. banc.*, 1993, p. 412; 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.*, 2017, I, p. 721; ID., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i*

anzitutto, perché gli istituti di credito, come visto³⁰, hanno, tradizionalmente, goduto, nel nostro sistema, di un regime di «netto favore, se non di vero e proprio privilegio»³¹.

Ciò ha comportato, dunque, una difficoltà nel riconoscere una responsabilità a carico

creditori e per il patrimonio del destinatario del credito, in *Le Società*, 2007, p. 462; ID., *La Cassazione riconosce la legittimazione del curatore all'azione di massa per abusiva concessione di credito*, in *Il diritto degli affari*, 2021, II, p. 151; ID., *L'azione di massa per abusiva concessione di credito nella giurisprudenza della cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2021, p. 1125; ID., *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 265; JORIO, *Concessione abusiva di credito, fallimento, responsabilità della banca e legittimazione del curatore*, in *Giur. comm.*, II, 2018, p. 262; LIACE, *La responsabilità civile della banca*, Milano, 2003, *passim*; MARCINKIEWICZ, *Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 308; NANNI, *Abuso della banca concessione di credito ad impresa insolvente*, in *Il Fallimento*, 1996, p. 917; NARDECCHIA, *Il finanziamento fondiario e le sue patologie*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1231; ID., *L'abusiva concessione del credito all'esame delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 630; NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le Società*, 2007, p. 437; ID., *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese "in crisi"*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 305; PACCOIA, *La concessione abusiva del credito da parte della banca anche alla luce delle recenti riforme in materia di crisi d'impresa*, in *Nuovo diritto delle società*, 2022, p. 647; PACILEO, *Concessione "abusiva" di credito ed azione del curatore fallimentare: il cavillo del concorso della banca nella mala gestio degli amministratori*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, II, p. 167; PRATIS, *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione «abusiva» di credito?*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 841; RICCÒ, *Concessione abusiva di credito e fallimento del sovvenuto. Brevi note*, in *Resp. civ. e prev.*, I, p. 465; ROBLES, *Erogazione «abusiva» di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, II, p. 274; ROPPO, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Il Fallimento*, 1996, p. 874; ID., *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 869; SCARPA – FORTUNATO, *Banche e responsabilità civile*, Milano, 2008, p. 35; SCHLESINGER, *Imprese insolventi e credito bancario: considerazioni introduttive*, in *Il Fallimento*, 1985, p. 243; SELVINI, *Responsabilità della banca da abusiva concessione del credito: solidale con la responsabilità degli amministratori o autonoma?*, in *Il fallimentarista*, 2021; SGROI SANTAGATI, «*Concessione abusiva di credito*» e «*brutale interruzione del credito*»: due ipotesi di responsabilità della banca, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 625; SPIOTTA, *Responsabilità della banca – responsabilità della banca "approfittatrice" (con una postilla sul recente d.l. n. 118/2021)*, in *Giur. it.*, 2021, p. 2669; STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1181; TARANTINO, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore all'azione risarcitoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, p. 183; TARZIA GIO., *La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito" che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fallimento*, 2017, p. 911; TERRANOVA, *La responsabilità delle banche nei confronti dei creditori dell'impresa finanziata*, in AA.VV., *Profili dell'attività bancaria*, TERRANOVA (a cura di), Milano, 1989, p. 193; VIALE, *Imprese insolventi e credito bancario: apertura dei lavori*, in *Il Fallimento*, 1985, p. 241; VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, p. 648; ID., *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004.

³⁰ Capitolo secondo, Sezione prima, par. 2.

³¹ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., p. 226.

di tali soggetti per gli illeciti compiuti nell'ambito dell'attività creditizia; in secondo luogo – e al contempo –, l'inquadramento della concessione abusiva di credito all'interno delle categorie contemplate dalla nostra legislazione è stata, fino alla nota sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte, del 26 gennaio 1971, n. 174³², ostacolata dalla storica difficoltà di ammettere la tutela aquiliana dei diritti di credito³³.

La questione è oramai nota nei suoi elementi principali: si tratta di indagare se (e, nel caso, entro quali limiti) la banca possa essere chiamata a rispondere per aver finanziato un'impresa in stato di dissesto. Ciò in quanto il credito concesso ad un soggetto che, secondo le regole del sistema bancario³⁴, dovrebbe essere considerato non meritevole di credito determina, per un verso, un ritardo nell'emersione della crisi e la permanenza “artificiale” dell'impresa sul mercato, anche quando essa non risulti più in grado di operare in senso economico e di evitare, dunque, l'aggravarsi del dissesto; per altro verso, crea una “apparenza di solvibilità” del sovvenuto, dovuta all'accoglimento dell'istanza di finanziamento, con ciò inducendo, dunque, i creditori e i terzi a rapportarsi con l'imprenditore ritenendolo, erroneamente, *in bonis*³⁵.

³² In *Giur. it.*, 1971, p. 680.

³³ Al contrario, una simile difficoltà non è stata riscontrata in Francia e in Belgio, dove l'illecito in esame è stato teorizzato per la prima volta: in tali Paesi, dunque, l'esistenza di una simile responsabilità è, oramai da tempo, pacifica e il dibattito concerne solo i presupposti e limiti della stessa. Ciò in quanto, in particolare, le norme corrispondenti al nostro art. 2043 c.c., pur ricalcando quasi totalmente il contenuto di tale norma, non contemplano, tuttavia, a differenza di quest'ultimo, alcun riferimento all'ingiustizia del danno: infatti, da un lato, l'art. 1240 *Code civil* francese stabilisce che “*tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*” (“qualsiasi atto dell'uomo che causi un danno ad altri obbliga colui per colpa del quale esso si è verificato a ripararlo”, traduzione nostra) e, dall'altro lato, l'art. 1241 *Code civil* dispone che “*chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*” (“ciascuno è responsabile del danno che ha causato non solo per fatto proprio, ma anche per negligenza o imprudenza”). La più ampia formulazione del *Code civil* ha consentito, dunque, di riconoscere agevolmente la responsabilità della banca che, attraverso la concessione abusiva di credito, abbia leso, con dolo o colpa, le posizioni giuridiche dei creditori dell'impresa: operazione ricostruttiva che, come si vedrà nel prosieguo, proprio a causa del riferimento all'ingiustizia del danno contenuto nell'art. 2043 c.c., appare tutt'altro che scontata nel nostro ordinamento.

³⁴ Per le regole di valutazione del merito creditizio si rinvia al Capitolo primo.

³⁵ Cfr. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., pp. 16 ss.

Come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo, i presupposti della responsabilità in esame e della relativa azione sono ampiamente dibattuti³⁶ e ciò, in particolare, in quanto le posizioni sostenute dagli interpreti sono volte, comprensibilmente, a privilegiare la tutela delle sfere giuridiche soggettive ritenute, a seconda del punto di vista dell'interprete, maggiormente meritevoli di tutela: infatti, chi ritiene opportuno privilegiare i creditori dell'impresa finanziata, nell'ottica di garantire loro un maggiore soddisfacimento in caso di apertura della liquidazione giudiziale, coerentemente giudica con particolare severità la condotta dell'istituto di credito e individua gli strumenti sostanziali e processuali più idonei ad agevolare tali soggetti; coloro i quali, al contrario, temono che un'eccessiva estensione dei rischi connessi all'attività creditizia possa disincentivare l'apporto di nuova finanza all'impresa in crisi e, dunque, precludere il successo dei tentativi di risanamento, si mostrano più cauti nel riconoscere una simile forma di responsabilità della banca a carico del concedente il credito.

Nella consapevolezza, dunque, dell'importanza degli interessi coinvolti e, dunque, della delicatezza del tema, sembra opportuno – secondo chi scrive – cercare di ricostruire la fattispecie in esame sulla base delle regole, esaminate nei Capitoli primo e secondo, relative alla valutazione del merito creditizio e ai finanziamenti all'impresa in crisi. Solo in questo modo, infatti, le soluzioni offerte relativamente ai problemi ricostruttivi posti dalla concessione abusiva di credito risulteranno fondati su una interpretazione coerente delle norme coinvolte e sarà possibile individuare con certezza gli elementi costitutivi dell'illecito.

5. *L'abuso del diritto di concedere credito.*

La concessione abusiva di credito è, generalmente, inquadrata dagli interpreti, al pari dell'interruzione “brutale” del credito, nell'ambito dell'abuso del diritto³⁷.

³⁶ Addirittura, vi è anche, in dottrina, chi afferma che la responsabilità in esame non possa avere cittadinanza nel nostro ordinamento, in quanto «le operazioni di credito, in quanto rappresentano una tipica manifestazione di autonomia contrattuale, sono e debbono considerarsi intrinsecamente lecite» (così BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, cit., p. 292).

³⁷ Cfr. App. Milano, 11 maggio 2004, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2004, II, p. 643, con nota di VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*. Conf., in dottrina, DI MARZIO, *Abuso nella concessione del*

Si afferma, infatti, che il banchiere, nella fattispecie in esame, se, per un verso, esercita una libertà riconosciutagli dall'ordinamento – quella contrattuale – rispettando, formalmente, le regole imposte all'attività creditizia, per altro verso, tuttavia, orienta tale attività al perseguimento di scopi estranei rispetto a quelli tipicamente perseguiti dall'impresa bancaria e ingiustamente pregiudizievoli degli interessi degli altri operatori del mercato³⁸.

Senza soffermarsi nuovamente sull'istituto dell'abuso del diritto (per la cui trattazione si rinvia al Capitolo terzo, par. 4.1.), deve, dunque, ritenersi che la banca compia l'illecito in esame – e, pertanto, “abusi” del diritto di concedere il credito – quando, consapevolmente, stipula un contratto di finanziamento non al fine di ottenere la remunerazione del capitale concesso, ma per garantirsi *vantaggi ulteriori e ingiusti* e, quindi, quando l'erogazione di nuova finanza costituisca un pretesto per l'ottenimento di benefici altrimenti non lecitamente conseguibili.

Se, dunque, il *discrimen* tra finanziamento lecito e finanziamento illecito è rappresentato dalla intenzionale «utilizzazione alterata dello schema formale del diritto»³⁹, allora è evidente che l'indagine sulla finalità concretamente perseguita dall'istituto di credito si rivela determinante nell'accertamento della responsabilità in esame.

È interessante, quindi, domandarsi quali siano i vantaggi che possono indurre il banchiere a concedere il credito in modo abusivo e volutamente lesivo degli interessi altrui.

In primis può pensarsi, ad esempio, all'intento di ritardare l'emersione del dissesto del soggetto finanziato e, con essa, l'apertura della liquidazione giudiziale, in modo tale da impedire l'operare dell'azione revocatoria dei pagamenti o delle garanzie reali ottenute dalla banca: dal momento, infatti, che il periodo sospetto (di un anno, per gli

credito, cit., pp. 162 ss.; ID., *L'abuso nella concessione del credito*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 314; GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 10297; INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, cit., p. 265.

³⁸ DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, cit., p. 151.

³⁹ Così Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Contratto e impr.*, 2011, p. 589, con nota di RESCIGNO, «*Forme*» *singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)* e in *Giur. comm.*, 2011, II, p. 286, nota di BARCELLONA, *Buona fede e abuso del diritto di recesso ad nutum tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*.

atti di cui all'art. 166, comma 1, *lett. a), b) e c)*, CCII; di sei mesi per gli atti di cui all'art. 166, comma 1, *lett. d)* e comma 2, CCII) per l'operare delle azioni contemplate dall'art. 166 CCII è calcolato, per gli atti compiuti prima del deposito della domanda di apertura della liquidazione giudiziale, a ritroso dal momento della sentenza che dichiara aperta la procedura, la concessione di nuovo credito permette all'imprenditore di protrarre artificialmente la sua permanenza sul mercato e di posticipare, dunque, l'apertura dei procedimenti *ex art. 40 ss. CCII*, con ciò mettendo al riparo dalla declaratoria di inefficacia gli atti compiuti in favore della banca⁴⁰.

Probabilmente più frequente nella prassi è, però, è il caso in cui la nuova finanza venga erogata al fine alterare la *par condicio creditorum* e, cioè, per sostituire la posizione di creditore chirografario dell'istituto di credito con quella di creditore privilegiato, attraverso l'ottenimento di ipoteche da parte del sovvenuto o di terzi⁴¹. Si tratta, in particolare, di un'ipotesi che, in dottrina, è stata definita «insidiosa», poiché è frequente che anche gli imprenditori *in bonis* riescano ad accedere al finanziamento bancario solo dietro prestazione di robuste garanzie da parte di terzi, in quanto proprio la possibilità di reperire soggetti disposti a sostenere l'impresa costituisce indice di merito creditizio⁴².

Non è da escludere, poi, l'ipotesi di un finanziamento concesso con finalità “di bilancio” e, cioè, per ridurre l'ammontare delle esposizioni dell'impresa bancaria e aumentare, invece, l'ammontare degli impieghi attivi⁴³, ovvero per diffondere sul

⁴⁰ Cfr. CASTIELLO D'ANTONIO, *Crisi d'impresa e responsabilità della banca: «revoca brutale» del fido, concessione abusiva di credito*, in *Dir. fall.*, 2009, p. 298; SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, Torino, 2020, p. 123.

⁴¹ Sempre in relazione all'intento di alterare la *par condicio creditorum* si può, poi, pensare al caso del finanziamento concesso ad un terzo (ad esempio, la società capogruppo), dietro prestazione di idonea garanzia, per ripianare un debito dell'impresa in crisi (ad esempio, la società controllata): INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, cit., p. 283.

⁴² DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 173.

⁴³ DI MARZIO, *Op. ult. cit.*, p. 172.

mercato un'apparenza di solvibilità dell'impresa, nell'interesse di quest'ultima⁴⁴, o dei lavoratori⁴⁵ o, financo, della banca stessa⁴⁶.

Insomma, in tutte le fattispecie poc'anzi menzionate, la condotta del banchiere si caratterizza perché il credito è stato accordato in presenza di una situazione tale rendere improbabile il tempestivo adempimento dell'obbligo di rimborso del capitale e degli interessi da parte del cliente, ma con la prospettiva di conseguire un beneficio alla luce del quale risulta, comunque, conveniente l'accoglimento dell'istanza di finanziamento.

Dato, tuttavia, l'ingiusto pregiudizio che – come si vedrà nel prosieguo della presente Sezione – una simile sovvenzione arreca alle sfere giuridiche di altri soggetti (in particolare, dei terzi che intrattengono rapporti contrattuali con l'imprenditore) di essa la banca, nel caso in cui ricorrano gli altri elementi costitutivi dell'illecito, deve, senz'altro, essere chiamata a rispondere.

6. *Gli elementi costitutivi dell'illecito.*

6.1. *Il presupposto oggettivo.*

Una volta ricondotta la fattispecie in esame all'interno dell'istituto dell'abuso del diritto, è necessario indagare quali siano gli elementi costitutivi dell'illecito.

A tal proposito, come si è avuto modo di illustrare nel Capitolo precedente⁴⁷, l'abuso nella concessione del credito può esistere solo in presenza di uno stato di insolvenza dell'impresa⁴⁸, in quanto, a diversamente opinare, tale forma di responsabilità

⁴⁴ Evitando, in tal modo, segnalazioni negative – come credito ad incaglio o a sofferenza – alla Centrale dei rischi (su cui v. Capitolo primo, par. 7). Cfr., sul punto, INZITARI, *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, cit., p. 416; MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, 1998, p. 183.

⁴⁵ Non è da escludere, infatti, che il finanziamento erogato ad una impresa oramai decotta sia dettato anche da mere finalità “assistenzialistiche” o da pressioni provenienti dal mondo politico o lobbistico: DI MARZIO, *Op. ult. cit.*, p. 174.

⁴⁶ Si pensi, ad es., al caso in cui il finanziamento sia concesso per non far emergere lo stato di decozione di una società controllata dalla banca finanziatrice o facente, comunque, parte dello stesso gruppo a cui partecipa la banca (è questo, per esempio, il caso in cui sia la banca sia la società sovvenuta siano entrambe controllate dalla medesima fondazione bancaria).

⁴⁷ Capitolo terzo, par. 4.3.

⁴⁸ Cfr., in tal senso, Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *DeJure*.

si sovrapporrebbe con quella da interruzione “brutale” del credito, impedendo, dunque, all’istituto di credito di poter tenere una condotta indenne da responsabilità.

Senza soffermarsi nuovamente sui concetti di crisi e insolvenza⁴⁹, in questa sede sembra interessante svolgere una ulteriore riflessione.

Il Codice della crisi, al pari della Legge fallimentare⁵⁰, stabilisce, all’art. 49, comma 5, CCII, che “*non si fa luogo all’apertura della liquidazione giudiziale se l’ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell’istruttoria è complessivamente inferiore a euro trentamila*”. Si tratta, in particolare, di un’ipotesi in cui, pur sussistendo lo stato di insolvenza del debitore, egli non può essere sottoposto alla procedura concorsuale liquidatoria. Viene, dunque, da chiedersi se anche in un simile caso – e, dunque, anche in assenza dell’apertura della liquidazione giudiziale – il solo stato di decozione determini l’illiceità del finanziamento concesso. In altri termini, ci si domanda se, anche in assenza della liquidazione giudiziale, la concessione di credito possa arrecare un pregiudizio ai creditori del sovvenuto.

Al fine di rispondere a tale domanda è necessario accennare alla natura plurioffensiva dell’illecito in esame (su cui si tornerà *infra*, par. 6.3.) e, più nello specifico, al diverso pregiudizio che l’abusiva concessione del credito è in grado di arrecare ai creditori *anteriori* o *successivi* al finanziamento.

Per quanto concerne coloro che già in epoca anteriore all’erogazione del credito vantavano una pretesa creditoria nei confronti dell’imprenditore, essi lamentano che la condotta della banca è stata posta in essere al fine di assicurare a quest’ultima ingiusti vantaggi differenziali rispetto agli altri creditori e, dunque, al fine di alterare la *par condicio creditorum*; quanto, invece, ai creditori successivi alla sovvenzione, costoro affermano che il finanziamento ha leso la loro libertà contrattuale, diffondendo un’apparenza di solvibilità dell’impresa e spingendoli ad agire irrazionalmente e ad intrattenere rapporti con un imprenditore oramai decotto.

⁴⁹ Per cui si rinvia alla disamina contenuta nel Capitolo terzo, par. 3.

⁵⁰ Art. 15, comma 9, l.fall.

In ogni caso, la lesione risiede, in entrambe le fattispecie, nel fatto che la finanza concessa ha consentito all'impresa di permanere in modo artificioso sul mercato, pur non essendo più in grado di produrre ricchezza.

Ciò posto, la risposta alla questione relativa alla configurabilità della concessione abusiva di credito in assenza dell'apertura della liquidazione giudiziale sembra potersi trarre proprio dal citato art. 49, comma 5, CCII.

Proprio in forza di tale norma, infatti, può, semmai, desumersi che la possibilità di sottoporre l'impresa alla liquidazione giudiziale non è condizione per ritenere che tale soggetto debba essere espulso dal mercato, ben potendo una simile esigenza sussistere anche nel caso in cui non sia raggiunto un ammontare di debiti scaduti e non pagati pari a trentamila euro. Infatti, l'art. 49, comma 5, CCII ha senso di esistere e si spiega proprio alla luce del fatto che la liquidazione giudiziale rappresenta uno strumento posto a tutela dei creditori dell'impresa, il quale, dunque, è chiamato ad operare solo nel caso in cui ciò si riveli effettivamente conveniente per tali soggetti e non, invece, quando esso costituirebbe, in ragione del basso volume di debiti, uno strumento più oneroso rispetto a un fascio di esecuzioni individuali⁵¹.

Se, dunque, la sottoponibilità alla procedura concorsuale liquidatoria non è indice della meritevolezza o meno dell'impresa ai fini della permanenza sul mercato, allora è evidente che anche il finanziamento erogato ad una azienda insolvente, ma non liquidabile giudizialmente, costituisce un atto lesivo degli interessi dei creditori ed è, pertanto, al ricorrere degli altri elementi costitutivi, da ritenersi abusivo.

Tale conclusione, peraltro, sembra anche confortata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite, le quali hanno affermato (nel vigore della Legge fallimentare, ma con considerazioni condivisibili anche in relazione al Codice della crisi) che la concessione del credito «rimane illecita e dunque possibile fonte di pregiudizio aquiliano, ancorché

⁵¹ L'art. 49, comma 5, CCII è indicativo del fatto che la liquidazione giudiziale non è prevista dal legislatore a tutela di interessi diversi rispetto a quelli dei creditori e, in particolare, di un interesse pubblico all'espulsione di un'azienda insolvente dal mercato: infatti, se l'interesse tutelato dalla procedura liquidatoria fosse quello generale del mercato, allora una simile norma non dovrebbe esistere, perché l'esigenza dell'espulsione dal sistema economico sussisterebbe per il semplice fatto della decozione, indipendentemente, dunque, dall'ammontare dei debiti scaduti e non pagati.

non venga seguita dal fallimento ed addirittura prima ancora che questo si verifichi. [...] [II] fallimento della impresa abusivamente finanziata [...] si pone come evento storico, non essenziale a renderla rilevante. Laddove invece, ad esempio un pagamento effettuato con modalità anomale, rileva quale oggetto di una revocatoria fallimentare, solo se è seguita dal fallimento»⁵².

6.2. *Il presupposto soggettivo.*

Una volta stabilito quale sia il presupposto oggettivo necessario ai fini della configurabilità dell'illecito è necessario stabilire se, ai fini della responsabilità della banca, sia sufficiente che la banca abbia agito con colpa, ovvero se sia necessario che il finanziamento sia stato erogato con la consapevolezza dell'insolvenza dell'impresa e del carattere pregiudizievole della condotta e, quindi, con dolo.

Si tratta, in particolare, di un profilo concernente l'abuso nella concessione del credito ampiamente dibattuto, in quanto, per un verso, vi è chi sostiene che l'illecito in esame sussista anche in caso di colpa nell'agire del banchiere, poiché le regole preposte alla valutazione del merito creditizio avrebbero rilevanza pubblicistica, in quanto previste «nella prospettiva della salvaguardia di molteplici interessi di natura non solo privatistica»: dalla violazione delle stesse, pertanto, discenderebbe la responsabilità del concedente il credito e l'obbligo di risarcire il danno⁵³; per altro verso, invece, altra parte della dottrina afferma che l'abuso nella concessione del credito sia ipotizzabile solo in caso di dolo e ciò non solo perché, da un punto di vista empirico, è raro che un operatore altamente professionale e specializzato quale è la banca, grazie anche agli strumenti informativi di cui dispone (quali, ad esempio, la Centrale dei rischi), possa assumere condotte colpose, ma anche perché il *favor* mostrato dal legislatore per i finanziamenti all'impresa in crisi dovrebbe, più correttamente, indurre a privilegiare soluzioni restrittive dell'alea sopportata dall'istituto di credito⁵⁴.

⁵² Così Cass., S.U., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031, cit.

⁵³ BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, cit., p. 116; DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, cit., p. 176; LIACE, *La responsabilità civile della banca*, cit., p. 209.

⁵⁴ INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Le Società*, 2007, p. 462 s.; NIGRO, *La responsabilità delle*

A tal proposito, è interessante notare come in altri Paesi, a differenza di quanto avvenuto in Italia, il legislatore abbia ritenuto opportuno disciplinare l'aspetto in esame, ponendo, dunque, fine alle incertezze interpretative sul punto.

Il riferimento è, in particolare, all'ordinamento francese, dove – come si ricorderà⁵⁵ – la responsabilità da abuso nella concessione del credito è stata ipotizzata per la prima volta e in cui l'illecito in esame è, oramai, pacificamente ammesso. Infatti, nonostante la dottrina fosse giunta a ritenere che la condotta dell'istituto di credito che avesse sostenuto un'impresa in difficoltà dovesse essere valutata secondo regole di diligenza⁵⁶ (secondo alcuni, parametrize sui doveri del *bonus pater familias*, secondo altri, parametrize sugli obblighi del *bonus argentarius*) e, dunque, che fosse sufficiente la colpa nell'erogazione del credito, la *Loi* 26 luglio 2005, n. 845 ha modificato l'art. L. 650-1 del *Code de commerce*, prevedendo che “*les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d’immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d’un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours sont nulls*”⁵⁷. Ai sensi di tale norma, dunque, le fattispecie di responsabilità

banche nell'erogazione del credito alle imprese in “crisi”, cit., pp. 310 ss.; ROBLES, *Erogazione «abusiva», responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto*, cit., p. 285; ROPPO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, cit., p. 872; TARZIA GIO., *La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per “concessione abusiva di credito” che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento*, cit., p. 914.

⁵⁵ *Supra*, Sezione seconda, par. 4.

⁵⁶ VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Paris, 1977, p. 14. Sul punto si veda anche NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, pp. 220 ss.

Non è mancato, poi, chi ha sostenuto che una posizione intermedia e, cioè, che ai fini della responsabilità della banca sia rilevante anche la colpa, ma sole se grave (ROPPO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, cit., p. 872), nonché chi ha affermato che l'attività bancaria rappresenti un'attività pericolosa e che, pertanto, la concessione abusiva di credito rientri nelle ipotesi di responsabilità oggettiva (la tesi è riportata, ma criticata, da SCARPA – FORTUNATO, *Banche e responsabilità civile*, cit., p. 58).

⁵⁷ “I creditori non possono essere ritenuti responsabili dei pregiudizi subiti a causa dei finanziamenti concessi, tranne nei casi di frode, di ingerenza nella gestione del debitore o se le garanzie assunte in cambio di tali finanziamenti sono sproporzionate rispetto ad essi. Nel caso in cui venga riconosciuta la responsabilità di un creditore, le garanzie assunte in cambio dei suoi finanziamenti sono nulle” (traduzione nostra). La norma è, poi, stata riformata – con modifiche irrilevanti in questa sede – dall'art. 129 dell'*Ordonnance* n. 2008-1345 del 18 dicembre

del banchiere rilevanti sono state ridotte alle sole ipotesi dolose e, cioè, ai casi in cui il finanziamento sia stato erogato in modo fraudolento, ovvero con grave ingerenza nella gestione del debitore, o dietro prestazione di garanzie sproporzionate. L'intento perseguito con tale riforma è evidente: attraverso una limitazione delle ipotesi di responsabilità, il legislatore francese ha voluto evitare che un'eccessiva alea nell'attività creditizia possa disincentivare il sostegno finanziario alle imprese in crisi⁵⁸. Con l'art. L. 650-1 del *Code de commerce*, infatti, l'istituto di credito che abbia erroneamente valutato il merito creditizio del proprio cliente non rischia di rispondere per abuso nella concessione di credito e incorre, invece, in tale forma di responsabilità solo nel caso in cui la condotta sia stata diretta ad ottenere indebiti vantaggi.

Una simile presa di posizione è, invece, mancata nel nostro ordinamento, dove, pertanto, si continua a discutere sulla necessità di sanzionare la banca non solo per dolo, ma anche per colpa.

Prima, però, di indagare quale sia lo stato soggettivo che, alla luce dell'inquadramento dell'illecito all'interno dell'abuso del diritto, deve essere ritenuto rilevante, giova chiarire quale sia l'oggetto di tale *status* psicologico.

La risposta è semplice e si desume dall'art. 43, comma 1, c.p., ai sensi del quale l'oggetto del dolo o della colpa deve essere “*l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione*”: l'oggetto della conoscenza o conoscibilità da parte dell'istituto di credito è l'evento giuridico che causa la lesione del bene giuridico e,

2008 e risulta, dunque, attualmente, del seguente tenore: “*Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge*” “quando una procedura ‘*de sauvegarde*’, ‘*de redressement judiciaire*’ o ‘*de liquidation judiciaire*’ è aperta, i creditori non possono essere ritenuti responsabili dei pregiudizi subiti a causa dei finanziamenti concessi, tranne nei casi di frode, di ingerenza nella gestione del debitore o se le garanzie assunte in cambio di tali finanziamenti sono sproporzionate rispetto ad essi. Nel caso in cui venga riconosciuta la responsabilità di un creditore, le garanzie assunte in cambio dei suoi finanziamenti possono essere annullate o ridotte dal giudice” (traduzione nostra).

⁵⁸ ROUTIER, *Le cantonnement de la responsabilité poursoutien abusif*, disponibile su *Lextenso.fr*.

dunque, lo stato di decozione del debitore⁵⁹. Ciò in quanto, come si avrà modo di illustrare nel paragrafo successivo, l'evento dannoso per gli interessi dei terzi rispetto al contratto di finanziamento si verifica nel momento in cui quest'ultimo determina il protrarsi dell'attività dell'impresa in difficoltà, aggravandone, dunque, il dissesto e diffondendo sul mercato l'erronea convinzione che il sovvenuto sia *in bonis*, poiché considerato meritevole di credito. È evidente, dunque, che, perché sorga la responsabilità del banchiere, è indispensabile che tale soggetto si sia rappresentato (o abbia potuto rappresentarsi) il fatto antiggiuridico e, quindi, la non meritevolezza del proprio cliente e la conseguente lesione degli interessi dei soggetti coinvolti (a tal proposito, si tenga, peraltro, in considerazione che, pur trattandosi di un'indagine relativa ad un elemento psicologico, la relativa prova non è impossibile: infatti – salvo il caso in cui l'istituto di credito sia vittima di mendacio bancario, di cui all'art. 137 T.u.b. e, dunque, possa certamente essere esclusa la consapevolezza della banca sul reale stato del proprio cliente – per l'accertamento dell'elemento soggettivo potrà farsi ricorso, ai sensi degli art. 2727 e 2729 c.c., alle presunzioni elaborate in giurisprudenza, ai fini dell'applicazione dell'art. 67, l.fall., con riferimento alla *scientia decoctionis*⁶⁰).

Ciò premesso, per quanto concerne l'individuazione del criterio di imputazione della responsabilità della banca per aver finanziato un imprenditore insolvente, secondo chi scrive, può riproporsi il ragionamento svolto allorché si è trattato di stabilire

⁵⁹ In tal senso si veda NIGRO, *Op. ult. cit.*, p. 247.

⁶⁰ Cfr. Cass., 14 dicembre 2022, n. 27070, in *DeJure*, secondo cui «in tema di azione revocatoria dei pagamenti ex art. 67, comma 2, l.fall., il curatore può offrire la prova della effettiva conoscenza dello stato d'insolvenza da parte del terzo anche mediante presunzioni, spettando al giudice selezionare analiticamente gli elementi indiziari provvisti di potenziale efficacia probatoria, per poi sottoporli a una valutazione complessiva che fornisca la certezza logica del menzionato stato soggettivo, da ritenersi sussistente non quando sia provata la conoscenza dello stato di decozione dell'impresa da parte di quello specifico creditore, né quando tale conoscenza possa ravvisarsi con riferimento ad una figura di contraente astratto, ma quando la probabilità della *scientia decoctionis* trovi il suo fondamento nei presupposti e nelle condizioni (economiche, sociali, organizzative, topografiche, culturali) nelle quali il terzo si sia concretamente trovato ad operare». Ad esempio, rilevanti a tal fine potranno essere quegli stessi eventi che manifestano l'insolvenza del debitore e che, dunque, se conosciuti, consentono di presumere la consapevolezza dello stato di decozione (si pensi, ad esempio, a numerosi articoli di giornale che abbiano dato rilievo alle condizioni di difficoltà dell'impresa (Trib. Roma, 2 novembre 2022, in *Redazione Giuffrè*, 2022), alla presenza di protesti cambiari (App. Ancona, 19 gennaio 2022, in *DeJure*) o di atti anormali di gestione (Cass., 15 marzo 2019, n. 7508, in *DeJure*).

quale sia lo stato soggettivo rilevante ai fini dell'interruzione abusiva del credito⁶¹. In tale sede, infatti, si era ritenuto opportuno restringere l'area di responsabilità dell'istituto bancario che fosse receduto in modo inaspettato dal contratto di finanziamento ai soli casi di condotta cosciente e volontaria e, dunque, di comportamento doloso: ciò in quanto, trattandosi di una fattispecie di abuso del diritto, elemento indispensabile è l'intenzionalità di perseguire, attraverso l'esercizio di un diritto, finalità ulteriori ed estranee a quelle per cui la posizione giuridica è riconosciuta e tutelata dall'ordinamento, oltre che ingiustamente lesive delle posizioni di terzi⁶². Tale soluzione risulta tanto più condivisibile con riferimento all'abuso nella concessione del credito se solo si tiene mente al fatto che anche nel sistema italiano – al pari di quello francese – il legislatore ha, con molteplici interventi normativi, mostrato l'esigenza di incentivare il sostegno finanziario alle imprese in difficoltà⁶³.

Sulla base di tali argomentazioni, dunque, deve ritenersi che il banchiere possa essere chiamato a risarcire i danni causati dall'illecito in esame solo nel caso in cui l'erogazione del credito sia avvenuta non per conseguire il profitto conseguente al carattere oneroso del contratto o per cercare di salvare l'impresa⁶⁴ (caso in cui l'esercizio del diritto di svolgere attività creditizia è ritenuto meritevole da parte del legislatore e protetto dall'ordinamento), ma al fine di preordinarsi vantaggi ingiusti e lesivi della *par condicio creditorum*, ovvero di nascondere ai terzi lo stato di insolvenza del sovvenuto⁶⁵.

⁶¹ Capitolo terzo, par. 4.2.

⁶² Ma *contra* si veda Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, cit., la quale sembra ammettere anche una responsabilità dell'istituto di credito che abbia «agito con imprudenza, negligenza, violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ai sensi dell'art. 43 c.p.».

⁶³ Per la disamina delle norme relative alla crisi d'impresa da cui si può desumere questo intento del legislatore delle ultime riforme si rinvia al Capitolo secondo.

⁶⁴ Cfr. Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, cit., la quale, benché ritenga che la responsabilità in esame possa dipendere anche da colpa, afferma che «non integra abusiva concessione di credito la condotta della banca che, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi d'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».

⁶⁵ In tal senso sembra esprimersi anche la giurisprudenza, la quale, benché non si soffermi specificamente sul punto, sembra dare per scontata la necessità del carattere doloso del finanziamento: cfr. Cass., 25 settembre 2003, n. 14234, in *DeJure*, secondo cui la domanda attorea

6.3. *Il danno da abuso nella concessione del credito. In particolare, il pregiudizio ai creditori del sovvenuto.*

In precedenza⁶⁶, si è accennato al fatto che l'abuso nella concessione del credito rappresenta un illecito capace di determinare una lesione a molteplici interessi protetti dall'ordinamento e, dunque, al fatto che esso ha natura "plurioffensiva"⁶⁷.

Prima, tuttavia, di indagare quali siano le posizioni giuridiche soggettive effettivamente suscettibili di essere pregiudicate dal finanziamento all'imprenditore decotto e, dunque, di individuare i danni conseguenti all'illecito, è necessario premettere che anche l'aspetto in esame è oggetto di contrasti interpretativi e ciò a causa, principalmente, della formulazione dell'art. 2043 c.c.

Tale norma, infatti, è formulata in modo pressoché identico all'art. 1240 del *Code civil* francese, con una differenza: mentre, infatti, ai sensi della *Code civil*, "*tout fait quelque chose de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*" ("qualunque atto dell'uomo che arrechi danno ad un altro obbliga colui per colpa del quale è avvenuto a ripararlo"), l'art. 2043 c.c. aggiunge a tale previsione, ai fini del risarcimento, il requisito dell'ingiustizia del danno. La diversità tra i due testi legislativi è tanto più importante se si considera che l'aggettivo in questione è stato introdotto solo nel 1942, in quanto il Codice civile del 1865 ricalcava alla lettera la disposizione francese⁶⁸.

Proprio la diversità nella formulazione della nostra norma sulla responsabilità extracontrattuale rispetto alla disciplina francese spiega perché, nel nostro ordinamento, il riconoscimento della tutela aquiliana dei diritti di credito non sia stato immediato e abbia richiesto una lunga evoluzione interpretativa. Mentre, dunque, in Francia era oramai da tempo ammessa la riconducibilità della concessione abusiva di credito alla

deve essere rigettata nel caso in cui non sia fornita la prova della «conoscenza» dello stato di dissesto del debitore da parte del concedente il credito, nonché Cass., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031, cit., secondo cui la condotta rilevante ai fini della responsabilità in esame è solo quella «diretta a mantenere artificiosamente in vita un imprenditore decotto».

⁶⁶ *Supra*, Sezione seconda, par. 6.1.

⁶⁷ Cfr. FERRARI, *Legittimazione del curatore per abusiva concessione di credito, plurioffensività dell'illecito al patrimonio ed alla garanzia patrimoniale*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 419.

⁶⁸ L'art. 1151 del Codice civile previgente, infatti, prevedeva che "*qualunque fatto dell'uomo che arreca danno ad altri, obbliga quello per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno*".

responsabilità in esame, al contrario, in Italia, si è per lungo tempo ritenuto che l'art. 2043 c.c., proprio in virtù del richiamo all'ingiustizia del danno, proteggesse esclusivamente gli interessi giuridicamente tutelati in forma di diritto soggettivo⁶⁹ e, più precisamente, di diritto assoluto (laddove, invece, la responsabilità da inadempimento era posta a protezione del diritto di credito e, dunque, di un diritto relativo)⁷⁰.

La ricostruzione in esame era fondata sull'esigenza, particolarmente sentita all'epoca dello sviluppo industriale del Paese, di non estendere eccessivamente l'area dei danni risarcibili in quanto ciò avrebbe potuto costituire un freno allo sviluppo e alla circolazione dei beni e, quindi, al progresso tecnologico. Tuttavia, proprio l'aumentare, a causa dell'evoluzione del sistema economico, degli scambi e, con essi, delle occasioni di danno, ha imposto una rilettura del requisito dell'ingiustizia contemplato dall'art. 2043 c.c. e ciò al fine di incentivare gli operatori del mercato, sotto la minaccia di una responsabilità risarcitoria, ad aumentare le cautele adottate nello svolgimento di attività economiche⁷¹.

Si è dunque giunti, con le sentenze Cass. S.U., 26 gennaio 1971, n. 174⁷² e Cass., 22 luglio 1999, n. 500⁷³, ad affermare, rispettivamente, che la responsabilità extracontrattuale è posta a tutela anche dei diritti relativi e degli interessi legittimi, giungendo, così, alla medesima tutela accordata dall'art. 1240 del *Code civil*. Tuttavia, data l'atipicità delle posizioni giuridiche soggettive protette dall'art. 2043 c.c., al fine di stabilire se l'attore abbia diritto o meno al risarcimento del danno, il giudice è chiamato ad

⁶⁹ DE CUPIS, *Dei fatti illeciti. Artt. 2043-2059*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971, p. 12 s.

In particolare, la ricostruzione all'epoca prevalente criticava le tesi volte a ritenere che il principio del *neminem laedere*, posto dall'art. 2043 c.c., fosse posto a tutela dei generali doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., fonte atipica di posizioni giuridiche protette dall'ordinamento (RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1965, p. 89), nonché quelle volte ad affermare che, ai fini della tutela risarcitoria, fosse sufficiente l'ingiustizia del danno cagionato (SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, pp. 342 ss.).

⁷⁰ DE CUPIS, *Dei fatti illeciti. Artt. 2043-2059*, cit., p. 13.

⁷¹ SELLA, *Fatti illeciti*, in AA.VV., *Commentario al Codice civile*, CENDON (a cura di), Milano, 2008, p. 195; TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019, pp. 3 ss.

⁷² In *Giur. it.*, 1971, p. 680.

⁷³ in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2261, con nota di MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*.

operare un bilanciamento tra l'interesse che si afferma lesivo e l'interesse perseguito dal danneggiante tramite la condotta contestata⁷⁴.

Applicando, dunque, tali principi al finanziamento abusivo compiuto dalla banca, al fine di riconoscere un diritto al risarcimento del danno in capo al soggetto che si afferma lesivo dall'erogazione del credito, è necessario verificare, in primo luogo, se la condotta dell'istituto di credito possa, effettivamente, causare un pregiudizio a interessi protetti dall'ordinamento e, in secondo luogo, accertare se nel bilanciamento tra l'interesse di cui si chiede tutela e quello perseguito dal banchiere, il primo debba ritenersi prevalente.

Orbene, quanto alla possibilità che la concessione abusiva del credito possa avere una portata lesiva di posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento, sia in dottrina, sia in giurisprudenza non vi sono dubbi: il finanziamento non può essere considerato un fatto indifferente quantomeno per i creditori del sovvenuto⁷⁵. Essi, in particolare, subiscono un danno al proprio diritto di credito⁷⁶ e alla propria libertà contrattuale, derivante dal fatto che, a causa dell'aggravarsi del dissesto e del ritardo nell'apertura della liquidazione giudiziale, il credito vantato nei confronti dell'impresa è risultato in tutto o in parte inadempito. Ciò in quanto, nel momento in cui il dissesto dell'impresa diviene irreversibile, l'eventuale nuova finanza ottenuta non può più essere impiegata

⁷⁴ Cfr. Cass., 22 luglio 1999, n. 500, secondo cui «quali siano gli interessi meritevoli di tutela non è possibile stabilirlo a priori: caratteristica del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., inteso nei sensi suindicati come norma primaria di protezione, è infatti la sua atipicità. Compito del giudice, chiamato ad attuare la tutela *ex art.* 2043 c.c., è quindi quello di procedere ad una selezione degli interessi giuridicamente rilevanti, poiché solo la lesione di un interesse siffatto può dare luogo ad un "danno ingiusto", ed a tanto provvederà istituendo un giudizio di comparazione degli interessi in conflitto, e cioè dell'interesse effettivo del soggetto che si afferma danneggiato, e dell'interesse che il comportamento lesivo dell'autore del fatto è volto a perseguire, al fine di accertare se il sacrificio dell'interesse del soggetto danneggiato trovi o meno giustificazione nella realizzazione del contrapposto interesse dell'autore della condotta, in ragione della sua prevalenza».

⁷⁵ Cfr. Cass., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031, cit.

⁷⁶ La responsabilità da abuso nella concessione del credito non deve, tuttavia, essere confusa con la responsabilità, parimenti aquiliana, da concorso nell'inadempimento del debitore: mentre, infatti, tale ultima fattispecie presuppone che la condotta del danneggiante determini *direttamente* l'inadempimento dell'obbligazione, al contrario, l'illecito finanziamento non preclude, in via diretta, l'adempimento, ma incide, al contrario, in senso negativo sul destino dell'impresa. Il pregiudizio, dunque, non si verifica al momento della condotta della banca, ma nel momento in cui il creditore rimane insoddisfatto, ovvero riceve una soddisfazione minore del proprio credito rispetto a quella che avrebbe ottenuto in assenza dell'illecito.

per produrre ricchezza: il finanziamento ottenuto in simili condizioni, dunque, lungi dall'apportare un beneficio all'azienda (e, indirettamente, ai creditori) e dal consentire un risanamento, è in grado unicamente di protrarre artificiosamente la permanenza sul mercato; permanenza che, tuttavia, è accompagnata da un prosciugarsi delle risorse dell'impresa e, conseguentemente, da una diminuzione della garanzia patrimoniale generica e delle possibilità di soddisfacimento dei creditori.

Tuttavia, non tutti coloro che vantano pretese creditorie nei confronti dell'imprenditore subiscono il medesimo pregiudizio, dovendosi distinguere, a tal fine, tra creditori *anteriori* e creditori *successivi* alla concessione del credito⁷⁷.

Infatti, quanto a coloro i quali concludano un contratto con l'impresa solo successivamente alla concessione del credito, il danno da essi sofferto consiste nel fatto che, a causa dell'apparenza di solvibilità diffusa sul mercato ad opera del finanziamento, essi non hanno potuto esercitare in modo pienamente consapevole la propria libertà contrattuale e hanno, pertanto, concluso un contratto che, altrimenti, non avrebbero

⁷⁷ Cfr. BALESTRA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore: sulla non facile delimitazione perimetrale*, cit., p. 1159. *Contra* si veda, tuttavia, CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in AA.VV., *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, MACCARONE. – NIGRO (a cura di), Milano, 1981, p. 280, il quale afferma che né i creditori anteriori, né i creditori successivi possono ritenersi pregiudicati dall'illecito finanziamento: i primi, in particolare, perché, se hanno deciso di non tutelare il proprio diritto nei confronti dell'imprenditore è perché lo hanno ritenuto meritevole di credito, così come lo ha ritenuto meritevole l'istituto di credito; i secondi, invece, perché, sulla base del principio di autoresponsabilità, non possono ottenere la riparazione di un danno che essi avrebbero potuto evitare agendo con prudenza e informandosi sulle condizioni economico-patrimoniali della loro controparte contrattuale.

Inoltre, in dottrina vi è anche chi ha affermato che il pregiudizio arrecato dal finanziatore consiste, sia per i creditori antecedenti, che per i creditori successivi al finanziamento, nella diffusione di false informazioni (in quanto la banca, concedendo il credito, fa presumere agli altri operatori del mercato che il sovvenuto sia meritevole di credito: in tal senso, si veda, ad es., ROPPO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, cit., p. 871), ovvero nell'«inquinamento delle condizioni normali di trasparenza in cui si svolgono (o dovrebbero svolgersi) le relazioni di mercato» (DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, cit., p. 179). Tali ricostruzioni, tuttavia, non risultano condivisibili in quanto sovrappongono un presupposto dell'illecito con il danno: infatti, l'inquinamento delle condizioni di mercato o la diffusione di false informazioni costituisce un antecedente del danno, ma non si identifica con esso, in quanto tra la condotta del banchiere e l'apparenza di solvibilità diffusa tra gli operatori e il pregiudizio sofferto dai creditori (la lesione della libertà contrattuale) possono verificarsi eventi idonei ad interrompere il rapporto causale, con conseguente esclusione della responsabilità della banca.

stipulato, oppure hanno accettato condizioni diverse da quelle che, altrimenti, avrebbero preteso⁷⁸.

Dal momento, dunque, che coloro che abbiano agito irrazionalmente a causa della erronea convinzione che il soggetto ritenuto meritevole di credito bancario fosse *in bonis*, lamentano che la lesione da essi subita è derivata dalla condotta decettiva del banchiere, è evidente che essi potranno ottenere un risarcimento del danno solo nel caso in cui non risulti che la condotta dagli stessi tenuta è stata idonea ad interrompere il rapporto causale tra l'erogazione del finanziamento e il mancato soddisfacimento del loro credito. In altre parole, la riparazione del danno subito dai creditori successivi dovrà essere negata o accordata in minor misura ogniqualvolta risulti che, sulla base del principio di responsabilità di cui al combinato disposto degli artt. 1227 e 2056 c.c. e alla luce delle circostanze del caso concreto, tali soggetti avrebbero potuto proteggere adeguatamente i propri interessi utilizzando gli strumenti informativi a loro disposizione⁷⁹. A tal fine, in particolare, potranno ritenersi rilevanti quegli stessi segnali che, in precedenza, si è visto essere indici presuntivi dello stato di decozione (*supra*, par. 6.2.): pertanto, il terzo che, agendo con la diligenza richiesta dall'art. 1176 c.c., avrebbe comunque potuto (*rectius*, dovuto) accorgersi dello stato di dissesto dell'imprenditore e, quindi, della non meritevolezza dello stesso, non potrà lamentare alcuna lesione derivante dalla condotta della banca e, così, non potrà ottenere alcun risarcimento da parte dell'istituto di credito.

Per quanto, invece, concerne i creditori anteriori al finanziamento, essi lamentano, da un lato, il fatto che, a causa della indebita concessione di credito, l'imprenditore ha potuto permanere sul mercato, pur versando in condizioni tali da giustificare l'apertura della liquidazione giudiziale, con ciò aggravando il proprio stato di dissesto e diminuendo la garanzia patrimoniale posta a generica tutela dei creditori; dall'altro lato,

⁷⁸ DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, cit., p. 179.

⁷⁹ Cfr., in tal senso, Cass., 14 maggio 2018, n. 11695, cit.

In dottrina, sul principio di autoreponsabilità e sulla sua incidenza ai fini del risarcimento del danno, si veda VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, estratto da AA.VV., *Trattato del contratto*, ROPPO (a cura di), Milano, 2014, p. 169. Sulla declinazione del principio di autoreponsabilità nell'illecito in esame si veda, invece, DI MARZIO, *Op. ult. cit.*, p. 181 s.

che essi, nella procedura concorsuale infine apertasi, hanno ricevuto un minor soddisfacimento in sede di riparto, a causa delle garanzie ottenute dal banchiere in cambio dell'erogazione di nuova finanza⁸⁰, ovvero a causa della presenza di un minor attivo o di un maggior passivo rispetto a quello che il debitore sovvenuto avrebbe presentato se l'apertura della liquidazione giudiziale non fosse stata artificiosamente protratta per effetto della condotta della banca.

Il pregiudizio arrecato dall'abuso nella concessione di credito, peraltro, non interessa solo il ceto creditorio, ma – secondo alcune ricostruzioni – anche lo stesso sovvenuto⁸¹. In altre parole, se la banca avesse correttamente valutato il merito creditizio del proprio cliente e, dunque, avesse rifiutato di concedere ulteriori finanziamenti, lo stato di decozione sarebbe risultato palese per gli operatori del mercato, i quali avrebbero agito per tutelare il proprio credito, ovvero per chiedere l'apertura della liquidazione giudiziale, prima che il patrimonio venisse prosciugato dalla protrazione dell'attività d'impresa: ciò avrebbe, dunque, consentito loro di ottenere un maggior soddisfacimento in sede di riparto. In ultima analisi, dunque, tale categoria di creditori lamenta una lesione al diritto di credito (che, come visto, è oggi pacificamente tutelabile per il tramite dell'art. 2043 c.c.).

Anche i creditori anteriori alla concessione del credito, tuttavia, soggiacciono alla regola posta dagli artt. 1227 e 2056 c.c.: pertanto, nel caso in cui essi, con la dovuta diligenza, avrebbero potuto acquisire consapevolezza dell'irreversibile stato di decozione della propria controparte contrattuale, non potranno ottenere il risarcimento del danno sofferto.

Peraltro – si badi bene – anche a prescindere dall'operare del principio di autoreponsabilità, non tutti i creditori anteriori al finanziamento possono considerarsi lesi dalla condotta del banchiere: i creditori prededucibili, ad esempio, non possono invocare, al fine di conseguire un risarcimento, che la concessione del credito ha diffuso

⁸⁰ INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit., p. 468 s.

⁸¹ Cass., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031, cit. In dottrina cfr. FERRARI, *Op. ult. cit.*, p. 423; INZITARI, *L'abusiva concessione del credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit., p. 467.

un'apparenza di solvibilità sul mercato, in quanto il loro credito sorge posteriormente all'apertura della procedura concorsuale o, comunque, nell'ambito di un tentativo di risanamento, quando, dunque, lo stato di crisi o insolvenza è conclamato.

Al contrario, i creditori privilegiati possono, in concreto, subire un pregiudizio dalla concessione abusiva di credito quando, in cambio della stessa, l'istituto di credito abbia conseguito indebite garanzie, lesive della *par condicio creditorum*: i soggetti appartenenti a tale categoria, infatti, vengono soddisfatti secondo l'ordine stabilito dall'art. 2777 c.c. e, quindi, corrono il rischio di non potersi soddisfare sul ricavato dalla vendita del bene ogniqualvolta la banca, in cambio del finanziamento, sia riuscita a procurarsi una garanzia di grado superiore rispetto a quella vantata dagli altri creditori muniti di privilegio e il bene si riveli incapiente.

Infine, per quanto concerne i creditori chirografari e postergati (cui devono essere parificati i creditori muniti di privilegio nel caso di bene incapiente, ovvero non appreso alla liquidazione giudiziale), essi, subiscono in maniera omogenea le conseguenze derivanti dall'incapienza del patrimonio e possono sicuramente dirsi danneggiati nel caso in cui la diminuzione della massa attiva causata dal protrarsi della decozione e l'acquisizione di garanzie da parte del finanziatore abbia determinato un minor soddisfacimento della propria pretesa.

Se questi possono essere i danni subiti, teoricamente, da coloro che vantano pretese creditorie nei confronti del sovvenuto, deve, però, ricordarsi che, in concreto, il diritto al risarcimento potrebbe essere escluso non solo dall'operare del principio di autore-sponsabilità, ma anche dall'applicazione delle regole relative alla sussistenza del rapporto causale tra la condotta dell'agente e il pregiudizio di cui si chiede tutela. Sul punto, centrale ai fini della presente trattazione, si tornerà *infra* par. 6.5.

6.4. *Il danno da abuso nella concessione del credito. In particolare, il pregiudizio al patrimonio dell'impresa finanziata.*

Come si è già avuto modo di osservare, tra gli interpreti è diffusa l'opinione che il finanziamento erogato abusivamente cagioni un danno non solo ai creditori del sovvenuto, ma anche al sovvenuto stesso⁸².

Le ragioni del pregiudizio risiederebbero, in particolare, secondo tale ricostruzione, nel fatto che il credito concesso in presenza di uno stato di decozione non potrebbe essere utilmente impiegato dall'imprenditore per produrre profitto e, pertanto, non potrebbe avere altra conseguenza se non quella di «pesare come un macigno sempre più schiacciante sull'impresa»⁸³. Ciò, in particolare, in quanto, dal momento che il contratto di credito obbliga il sovvenuto a restituire non solo la somma erogata, ma anche gli interessi e le spese, esso può risultare un'ulteriore fonte di ricchezza per l'impresa solo nel caso in cui quest'ultima sia ancora in grado di operare in senso economico e non, invece, nell'ipotesi in cui il dissesto sia oramai irreversibile e sia dunque opportuna una gestione meramente conservativa del patrimonio: in tale circostanza, infatti, oltre ai crediti vantati dai creditori dell'impresa in crisi, al passivo si aggiunge anche il credito restitutorio vantato dall'istituto di credito (sovente, peraltro, munito di robuste garanzie).

A tale orientamento si contrappone, tuttavia, quello di autorevole dottrina, la quale afferma che il finanziamento costituisce sempre un evento favorevole per l'impresa, dal momento che, necessariamente, determina un incremento del patrimonio e che, pertanto, sarebbe errato discorrere di pregiudizio causato al sovvenuto ad opera dell'istituto bancario⁸⁴. Ciò, in particolare, sia in considerazione del fatto che il

⁸² *Ex multis*, INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit., p. 463; NARDECCHIA, *L'abusiva concessione di credito all'esame delle Sezioni Unite*, cit., p. 636.

⁸³ INZITARI, *Op. ult. cit.*, p. 464.

⁸⁴ In tal senso si veda TARZIA GIO., *La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito"*, cit., p. 920 s.; LO CASCIO, *Iniziativa giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche*, in *Il Fallimento.*, 2002, pp. 1182 ss.

Vi è poi, in dottrina, chi sostiene che il finanziamento rappresenti sempre un fatto neutro per il sovvenuto: BRIZZI, *I principi delle Sezioni Unite in tema di danno al patrimonio sociale al vaglio della giurisprudenza di merito: assenza di scritture contabili e concessione abusiva di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 84.

finanziamento è richiesto dallo stesso debitore e, dunque, non pare ragionevole ritenere che quest'ultimo possa invocare il pregiudizio derivante dall'accoglimento di un'istanza da lui stesso presentata, sia perché, dal momento che l'imprenditore ha concorso, con la sua volontà, nella concessione del finanziamento, egli non potrebbe certo sostenere di essere stato vittima dell'inquinamento delle condizioni di trasparenza del mercato e, dunque, del danno sofferto a causa della diffusione di false informazioni relative alla sua solvibilità⁸⁵.

Sul punto, inoltre, si sono espresse le Sezioni Unite nel 2006⁸⁶, le quali, con tre sentenze "gemelle", hanno, per un verso, ritenuto che la domanda del curatore fallimentare diretta ad ottenere un risarcimento per il pregiudizio arrecato dal finanziamento al patrimonio dell'imprenditore fosse inammissibile, in quanto presentata per la prima volta in sede di legittimità; per altro verso, hanno recisamente escluso che il sovvenuto possa agire per far valere la responsabilità dell'istituto di credito, in quanto, in primo luogo, tale soggetto partecipa al contratto che dà luogo alla concessione abusiva di credito e, in secondo luogo, in caso di apertura della liquidazione giudiziale «ragionare diversamente, [...] vorrebbe dire ammettere che la banca dopo di avere subito l'azione risarcitoria, e dunque avere conferito alla massa l'equivalente del pregiudizio arrecato, possa poi, non essendo venuta meno la sua qualità di creditore del fallito, partecipare al riparto della massa così costruita e riprendere quanto versato».

La sentenza in esame è stata, poi, seguita da una ulteriore decisione, questa volta a Sezioni semplici, nel 2010, la quale ha confermato la posizione delle Sezioni Unite aggiungendo che, tuttavia, nel caso di specie, dal momento che l'istituto di credito era stato condannato, in sede penale, per concorso nei reati compiuti dagli amministratori della società poi fallita, restava comunque ferma la possibilità di ritenere la banca civilmente responsabile per aver concesso credito⁸⁷.

Nel 2017⁸⁸, tuttavia, le Sezioni semplici della Cassazione sono nuovamente tornate sul punto e, ritenendo (erroneamente) di porsi in continuità con la decisione delle

⁸⁵ DI MARZIO, *Op. ult. cit.*, p. 180 s.

⁸⁶ Cass. S.U., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031, cit.

⁸⁷ Cass., 1° giugno 2010, n. 13413, cit. Conf. Cass., 12 maggio 2017, n. 11798, cit.

⁸⁸ Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, cit.

Sezioni Unite, hanno affermato che il precedente del 2006, nel ritenere inammissibile, perché nuova, la domanda del curatore, ne aveva implicitamente ammesso la proponibilità, purché tempestiva e che, pertanto, deve ritenersi astrattamente ipotizzabile l'esistenza di un danno al soggetto finanziato, imputabile alla banca⁸⁹.

Orbene, a parere di chi scrive, l'orientamento espresso dalla Cassazione nel 2006 e nel 2010, nonché dalla dottrina ad essa conforme è preferibile per molteplici ragioni.

In primo luogo, come è stato correttamente osservato⁹⁰, non può ritenersi – come, invece, hanno sostenuto le Sezioni semplici nel 2017, che la Suprema Corte, con le sentenze appena citate, abbia implicitamente riconosciuto la fondatezza della pretesa risarcitoria avanzata dal sovvenuto per concessione abusiva di credito: al contrario, una simile possibilità è stata radicalmente esclusa e si è, invece, ammessa la possibilità di configurare una diversa forma di responsabilità dell'istituto di credito, rappresentata dal concorso nei reati compiuti dagli amministratori. Si tratta, dunque, di due differenti forme di responsabilità, solo l'ultima delle quali è, come si vedrà, idonea a causare *direttamente* un danno al patrimonio dell'impresa finanziata.

In secondo luogo, l'impossibilità di riconoscere un diritto al risarcimento del danno in capo allo stesso imprenditore finanziato risulta con chiarezza se solo si ragiona sul nesso di causalità esistente tra la condotta della banca e il pregiudizio lamentato: è evidente, infatti, che il primo e più immediato effetto della concessione del credito è quello di incrementare il patrimonio del sovvenuto, aumentandone, dunque, la massa attiva; tra tale effetto favorevole e l'eventuale successiva erosione del patrimonio dovuta all'obbligo di restituire all'istituto bancario la somma ricevuta con i relativi interessi si interpone, tuttavia, la gestione dell'imprenditore e, dunque, la scelta di quest'ultimo sull'impiego del denaro ottenuto⁹¹: la decisione sull'utilizzo della somma, dunque, risulta senza dubbio un fatto idoneo ad interrompere il nesso causale tra il finanziamento e l'erosione del patrimonio, come tale non addebitabile al

⁸⁹ Ciò, in particolare, nonostante le Sezioni Unite del 2006 avessero, comunque, affermato che «alcun diritto di credito verso il proprio contraente in capo alla società finanziata abusivamente potette nascere, da un fatto illecito prodotto anche da attività infedele dei suoi rappresentanti».

⁹⁰ TARZIA GIO., *Op. ult. cit.*, p. 918.

⁹¹ MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, p. 740.

banchiere ai sensi dell'art. 1223 c.c. A ciò si aggiunga, più in generale, come in queste ipotesi vige comunque il principio di autoresponsabilità⁹², tale per cui le conseguenze dell'azione ricadono sul soggetto agente (*id est*, nel caso in esame, il sovvenuto)⁹³.

A ciò si aggiunga, poi, che nella maggior parte dei casi il risarcimento del danno è escluso dal fatto che il debitore, con ogni probabilità, conosceva (o avrebbe dovuto conoscere) il proprio stato di dissesto nel momento in cui ha chiesto l'erogazione di nuova finanza⁹⁴ e, pertanto, più che soggetto danneggiato dalla condotta del banchiere, egli assume il ruolo di responsabile del reato di ricorso abusivo al credito⁹⁵. Peraltro, anche volendo ipotizzare che, nel caso concreto, il sovvenuto non fosse a conoscenza dello stato di decozione della propria impresa, in ogni caso il diritto al risarcimento del danno risulterebbe escluso – salva l'ipotesi di ingerenza dell'istituto di credito nella gestione dell'impresa – dalla circostanza, già menzionata, che il nesso di causalità tra il finanziamento e la lesione al patrimonio è, inevitabilmente, interrotto dalla scelta, compiuta in autonomia dall'imprenditore, sull'impiego della somma ricevuta⁹⁶.

6.5. *Il nesso di causalità tra finanziamento e danno.*

Una volta individuata la condotta dell'istituto di credito rilevante ai fini della sussistenza della responsabilità e ritenuto che essa debba caratterizzarsi per la sua natura dolosa e una volta chiarite quali sono le sfere giuridiche soggettive che l'illecito in esame può ledere, è necessario, dedicare una breve riflessione all'ultimo elemento costitutivo della concessione abusiva del credito, ossia il nesso di causalità.

⁹² In argomento si veda PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452.

⁹³ Si veda ancora PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, cit., p. 464, il quale rileva che «l'autoresponsabilità non produce lesioni nella sfera giuridica altrui, e quindi le conseguenze devono riferirsi alla sfera del soggetto agente».

⁹⁴ DI MARZIO, voce "*Concessione abusiva di credito*", in *Enc. Dir.*, Ann. VI, Milano, 2013, p. 192.

⁹⁵ Ipotesi in cui, come si è già avuto modo di notare, la banca sembra ricoprire il ruolo di vittima del reato (cfr. sul punto TARZIA, *Op. ult. cit.*, p. 918).

⁹⁶ Ma *contra* si veda Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, cit., secondo cui la concessione abusiva del credito è in grado di provocare direttamente un pregiudizio anche al patrimonio del sovvenuto.

Si è già avuto modo di osservare, al paragrafo precedente, che, affinché possa sussistere il diritto al risarcimento del danno, è necessario che tra il finanziamento che si assume abusivo e il pregiudizio di cui si chiede ristoro intercorra un rapporto causale, così che il danno possa dirsi conseguenza immediata e diretta del comportamento del banchiere.

Sulle regole che governano la disciplina del nesso di causalità si è già avuto modo di soffermarsi nel Capitolo terzo, allorché si è indagato il modo di atteggiarsi di tale elemento in relazione all'interruzione "brutale" del credito.

Senza, dunque, ripercorrere nuovamente la ricostruzione di tale istituto, in questa sede giova rammentare che, secondo l'orientamento oramai consolidato, il rapporto di causalità deve essere individuato sulla base della regola del "più probabile che non".

Applicando, dunque, tale criterio all'abuso nella concessione del credito, deve ritenersi che colui che agisca in giudizio per ottenere il risarcimento del danno da parte dell'istituto di credito sarà tenuto a provare, ai sensi dell'art. 2697 c.c., anche tramite il ricorso a presunzioni⁹⁷, che se la banca non avesse accordato il finanziamento, egli, *più probabilmente che non*, non avrebbe subito la lesione lamentata.

Declinando, dunque, tale regola in relazione alle singole ipotesi di danno che, come si è visto, possono essere determinate dal finanziamento abusivo, si deve concludere che i creditori anteriori rispetto alla concessione del credito dovranno dimostrare che, se fosse stata rigettata l'istanza di finanziamento, il dissesto sarebbe emerso tempestivamente e, quindi, *più probabilmente che non*, l'attivo patrimoniale sarebbe risultato maggiore e che, inoltre, essi non avrebbero sofferto un minor soddisfacimento del proprio credito derivante dalle garanzie ottenute illecitamente dalla banca.

Per quanto, invece, concerne i creditori divenuti tali solo in epoca posteriore all'erogazione del finanziamento, essi dovranno provare che, se la banca non avesse erogato abusivamente il credito, *più probabilmente che non*, si sarebbero astenuti dal contrarre con il soggetto decotto, ovvero avrebbero contrattato a condizioni differenti e non avrebbero, dunque, subito una lesione al proprio diritto di credito.

⁹⁷ INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito*, cit., p. 295.

Deve, tuttavia, notarsi che se, da un punto di vista teorico, la ricostruzione del rapporto causale non pone problemi, tuttavia, in concreto, difficilmente un simile onere probatorio potrà essere adempiuto dall'attore. Ciò in quanto, come è stato notato, l'aggravarsi del dissesto e l'inadempimento del debitore sono fenomeni dovuti ad un insieme eterogeneo di circostanze, in relazione alle quali l'intervento finanziario dell'istituto di credito può anche ricoprire un ruolo non determinante, con conseguente esclusione del nesso di causalità⁹⁸. Anche nel caso in cui, poi, il creditore dovesse riuscire a fornire una simile dimostrazione, egli rischierà, comunque, di subire una riduzione o esclusione del risarcimento ai sensi dell'art. 1227 c.c., ogniqualvolta risulti che, se tale soggetto avesse impiegato la diligenza richiesta dall'art. 1176, comma 2, c.c., egli avrebbe potuto acquisire conoscenza della decozione e, quindi, tutelare adeguatamente il proprio credito, ovvero compiere scelte più razionali nella conclusione di contratti con il sovvenuto.

7. *La natura giuridica dell'illecito.*

Uno degli aspetti maggiormente controversi in relazione all'ipotesi di finanziamento illecito in esame concerne la natura giuridica della responsabilità del banchiere: mentre, infatti, come si è avuto modo di illustrare⁹⁹, la riconducibilità della fattispecie all'abuso del diritto è pacifica, al contrario, il carattere contrattuale, ovvero aquiliano della stessa è oggetto, tutt'oggi, di incertezza tra gli interpreti e ciò, principalmente, per tre ordini di ragioni.

In primo luogo, le diverse teorie sulla qualificazione della responsabilità da abuso nella concessione del credito sono conseguenza delle diverse ricostruzioni relative all'identificazione della posizione giuridica soggettiva danneggiata dalla condotta della banca: ciò in quanto, come è agevole intuire, il rapporto intercorrente tra quest'ultima e il soggetto che si afferma danneggiato dal finanziamento influisce sulla qualificazione – aquiliana o da inadempimento – dell'illecito.

⁹⁸ BENEDETTO, *Osservazioni in tema di erogazione abusiva di credito*, in *Giur. comm.*, III, 2004, p. 359.

⁹⁹ *Supra*, par. 5.

In secondo luogo, il dibattito sulla natura giuridica della responsabilità ha risentito della progressiva erosione dei confini tra illecito contrattuale ed extracontrattuale, dovuta al diffondersi delle teorie sulla sussistenza di obblighi di protezione originati dal contatto sociale¹⁰⁰.

Infine, le soluzioni formulate in relazione a questo profilo dell'abuso nell'erogazione del credito, al pari di quelle concernenti gli altri elementi costitutivi dell'illecito, risentono, spesso, dell'esigenza di trovare strumenti per garantire una adeguata tutela ai soggetti che, a seconda dei punti di vista, sono considerati maggiormente meritevoli di protezione.

Non sorprende, dunque, che in dottrina taluni difendano la natura contrattuale dell'illecito, affermando che tale conclusione risulta preferibile sia alla luce degli obblighi di protezione gravanti sulla banca a causa del suo *status*¹⁰¹, sia in base alla riconducibilità della fattispecie alla responsabilità da concorso nell'inadempimento del debitore¹⁰²; che altri sostengano che l'illecito compiuto dalla banca ha carattere extracontrattuale¹⁰³; che altri ancora sdrammatizzino la questione, affermando che, oramai, la giurisprudenza, in molti settori confinanti con l'illecito in esame, si limita unicamente ad accertare la violazione dei doveri di diligenza professionale imposti alla banca e prescinde, pertanto, dalla natura della responsabilità¹⁰⁴; che altri ancora, infine,

¹⁰⁰ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 999; Cass. S.U., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Giur. it.*, 2003, p. 446; Cass., 23 ottobre 2002, n. 14934, in *DeJure*.

¹⁰¹ In tal senso si veda, ad es., SGROI SANTAGATI, «*Concessione abusiva di credito*» e «*brutale interruzione del credito*»: *due ipotesi di responsabilità della banca*, cit., p. 629; SCOGNAMILGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, cit., pp. 655 ss.

¹⁰² CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, pp. 123 ss.

¹⁰³ Si tratta, invero, della teoria più diffusa in dottrina: *ex multis*, AQUILINO, *Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca: brevi riflessioni alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 578; CASTIELLO D'ANTONIO, *La banca tra "concessione abusiva" del credito e "interruzione brutale" del credito*, cit., p. 775; DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, cit., p. 168 s.; FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit., p. 67; NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito*, cit., p. 234 s.; VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, cit., p. 650 s.

¹⁰⁴ ROPPO, *La responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, cit., p. 873 s., il quale afferma che «sempre meno ha rilevanza la qualificazione della responsabilità come contrattuale o extra-contrattuale [...] una esemplare sentenza resa nel 1990 dalla Corte di appello di Milano [...] ha sancito una responsabilità della banca per aver diffuso un prospetto elaborato

distinguano, invece, a seconda che il soggetto che agisce per il risarcimento sia l'imprenditore, ovvero i suoi creditori: nel primo caso, infatti, l'azione avrebbe carattere contrattuale, nel secondo, invece, troverebbe il suo fondamento nell'art. 2043 c.c.¹⁰⁵.

Nell'ottica, poi, di massimizzare la tutela dei soggetti coinvolti dalla condotta illecita dell'istituto di credito, non manca, peraltro, chi, ritenendo difficilmente percorribile o efficace la tutela risarcitoria, ha ipotizzato il ricorso a strumenti alternativi di tutela, considerati in grado di assicurare una più immediata e idonea riparazione delle posizioni giuridiche soggettive pregiudicate dall'illecito finanziamento (tra cui, ad esempio, il ricorso a rimedi di diritto societario, oppure alla disciplina sulla nullità contrattuale).

Si tratta, certamente, di ricostruzioni utili dal punto di vista pratico, in quanto più aderenti alle esigenze di giustizia sostanziale che governano la responsabilità da abuso nella concessione del credito rispetto ai rimedi offerti dalla sola tutela risarcitoria aquiliana o contrattuale; tuttavia, non può non notarsi come esse scontino, talvolta, alcune imprecisioni e forzature a livello sistematico, dovute al fatto che si tratta di soluzioni dettate dal risultato che si intende perseguire e, dunque, fondate su una inversione logica del ragionamento¹⁰⁶.

A chi scrive, per le ragioni che si esporranno a breve, sembra, invece, preferibile inquadrare l'illecita concessione del credito all'impresa in dissesto nell'ambito della responsabilità aquiliana (senza dimenticare, peraltro, che a tale forma di responsabilità si aggiungono le ipotesi, già esaminate, di concorso della banca nella *mala gestio* degli amministratori¹⁰⁷).

dall'emittente di obbligazioni che la banca era stata incaricata di collocare, prospetto che conteneva una serie di inesattezze che hanno indotto in errore il pubblico dei sottoscrittori causando ad essi un danno. Ebbene, è stata affermata la responsabilità della banca, e nel far questo la Corte ha sorvolato sul problema della qualificazione di questa responsabilità come contrattuale oppure extra-contrattuale, perché ha detto: siamo di fronte a una responsabilità pre-contrattuale, si discute se questa ricada nell'ambito della responsabilità contrattuale o extra-contrattuale, ma questo non importa; quello che importa è aver identificato un difetto delle regole di diligenza professionale commesso da un operatore professionale. Questo è stato identificato come il punto chiave per affermare la responsabilità».

¹⁰⁵ BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, cit., p. 122 s.

¹⁰⁶ In tal senso si veda anche VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2006, p. 105.

¹⁰⁷ *Supra*, Sezione prima, par. 2.

Prima, però, di procedere all'esame delle ragioni per cui si ritiene più coerente con il sistema normativo l'inquadramento della fattispecie nell'ambito dell'illecito extracontrattuale, giova dedicare alcune brevi riflessioni ai motivi che inducono ad escludere le altre ricostruzioni sistematiche offerte dagli interpreti.

7.1. Forme di responsabilità da abuso nella concessione del credito. Critica.

Come già accennato nel paragrafo precedente, il primo e più vivace dibattito tra gli interpreti relativo alla fattispecie in esame concerne la riconducibilità della stessa nell'ambito della responsabilità *ex art.* 1218 c.c., ovvero dalla responsabilità *ex art.* 2043 c.c.

In particolare, chi sostiene che la natura giuridica dell'illecito in esame sia contrattuale argomenta tale soluzione affermando che la banca, finanziando un soggetto non più *in bonis*, ne aggraverebbe il dissesto, rendendolo, dunque, incapace di adempiere agli obblighi assunti nei confronti dei creditori e chiamandolo, dunque, a rispondere, in concorso con il debitore, ai sensi dell'art. 1218 c.c.¹⁰⁸. Parimenti, si afferma che tra il finanziatore e i terzi creditori dell'impresa si instaurerebbe, grazie alla stipula del contratto di credito, un contatto sociale, idoneo a far sorgere in capo all'istituto di credito un dovere di protezione della sfera giuridica di chi vanta pretese sul patrimonio del sovvenuto¹⁰⁹.

Si tratta di ricostruzioni che, a parere di chi scrive, si espongono a diversi rilievi e non meritano, pertanto, accoglimento.

Infatti, da un lato, per quanto concerne l'affermazione secondo cui la natura contrattuale dell'illecito discenderebbe dalla circostanza per cui la banca, finanziando il proprio cliente, si renderebbe "complice" dell'inadempimento, non può non notarsi come tra chi eroga il credito e i creditori dell'impresa non sussista alcun rapporto contrattuale, ciò che esclude, in radice, l'applicabilità degli artt. 1218 ss. c.c. e impone,

¹⁰⁸ CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 124 s.

¹⁰⁹ *Ex multis*, CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1990, pp. 1 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur.it.*, 1995, IV, p. 356.; VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009, pp. 321 ss.

invece, il ricorso alla tutela aquiliana. Dall'altro lato, ricostruire il rapporto tra banche e creditori del sovenuto in termini di contatto sociale non sembra del tutto coerente con i presupposti sulla cui base, come visto¹¹⁰, si è sviluppata la teoria dell'obbligazione senza prestazione: nel caso di abuso nella concessione del credito, infatti, ciò che viene in rilievo non è un inesatto adempimento da parte dell'istituto di credito e, dunque, di una esecuzione della prestazione non corretta e, perciò, lesiva dell'interesse dei terzi; al contrario, al concedente il credito viene proprio contestato il fatto di aver adempiuto correttamente all'obbligazione assunta nei confronti dell'imprenditore, erogandogli il finanziamento¹¹¹.

A prescindere dalla natura – aquiliana o contrattuale – della responsabilità da concessione abusiva di credito, poi, come si ricordava poc'anzi, in dottrina sono stati prospettati altri rimedi per garantire forme efficaci di tutela per i soggetti che si affermino lesi dal finanziamento.

¹¹⁰ Capitolo terzo.

¹¹¹ Cfr. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1978, p. 238.

Neppure sembra invocabile, in proposito, una responsabilità dell'istituto di credito derivante dall'inosservanza degli obblighi di protezione nascenti dal suo *status* di operatore altamente specializzato, i quali costituirebbero fonte atipica di obbligazioni ai sensi dell'art. 1173 c.c. (su cui si veda, ad esempio, da SCOGNAMIGLIO, *Op. ult. cit.*, p. 358). Infatti, anche a voler concedere che dalla violazione delle regole di diligenza imposte alla banca in tema di valutazione del merito creditizio possa discendere una responsabilità da inadempimento nei confronti di altri soggetti che operano sul mercato, non si può ritenere che i terzi nel cui interesse sorgono gli obblighi di protezione siano i creditori dell'impresa: come visto nel Capitolo primo, infatti, le regole che governano l'azione del *bonus argentarius* nell'esercizio dell'attività creditizia operano e sono previste a tutela degli interessi del sistema bancario stesso e, dunque, di coloro che ripongono fiducia sulla solidità dell'ordinamento del credito e risultano direttamente pregiudicati dall'operare contrario a criteri imprenditoriali delle banche (*id est*, risparmiatori e investitori) e non, invece, di coloro che vantano pretese sul patrimonio del sovenuto, estranei a tali logiche "corporative".

Parimenti, non sembra opportuno invocare, a sostegno della responsabilità da *status*, quanto affermato in una delle prime decisioni in materia (Cass., 3 gennaio 1993, n. 343, cit.) che, secondo le ricostruzioni tradizionali, si è occupata dell'illecito in esame: in tale sentenza, infatti, se, per un verso, effettivamente, la Suprema Corte afferma che «l'imprenditore bancario che, omettendo di porre in essere la gamma di cautele imposte a tutela della corretta erogazione del credito, viola i doveri propri dello "status" dei soggetti facenti parte del sistema bancario, incorre in una responsabilità [...]», per altro verso qualifica tale responsabilità come «extra-contrattuale» e, più precisamente, come *culpa in omittendo* (conf., successivamente, anche Cass., 8 gennaio 1997, n. 72, cit. In tal senso si è pronunciata, da ultimo, anche Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, cit.).

In tale ottica, ad esempio, si è affermato che il rimedio a disposizione dei creditori dell'impresa potrebbe risiedere anche nell'art. 2740 c.c. e, più precisamente, nelle azioni poste a tutela della garanzia patrimoniale generica, quali, in particolare, le azioni revocatorie¹¹². Ciò in quanto – secondo tale ricostruzione – il finanziamento concesso ad un imprenditore non più meritevole non pregiudicherebbe direttamente il diritto di credito del terzo, rendendo impossibile la prestazione attesa, «ma solo la capacità di soddisfarlo da parte dell'imprenditore»¹¹³ e, dunque, consentirebbe al creditore del sovvenuto di agire per far dichiarare l'inefficacia dell'atto di disposizione compiuto, con esclusione della tutela *ex art. 2043 c.c.* per far valere la lesione arrecata al proprio credito. Si tratta di una soluzione che, sebbene consenta di rendere inefficace nei confronti dei creditori il negozio concluso con l'istituto di credito, precludendo, dunque, alla banca la possibilità di far valere il credito restitutorio nascente dal contratto e di eccepirne la compensazione con l'eventuale obbligo risarcitorio, tuttavia, secondo chi scrive, si espone – al contempo – a rilievi critici.

Infatti, è opinione oramai consolidata che il diritto di credito possa ritenersi leso non solo nel caso in cui la prestazione dovuta sia divenuta impossibile o il credito si sia estinto per effetto della condotta pregiudizievole, ma anche quando l'adempimento, sebbene non precluso in termini assoluti, sia divenuto maggiormente difficoltoso: la giurisprudenza, infatti, tende a considerare equivalenti, dal punto di vista dell'interesse leso, gli atti che incidono sulla consistenza o esistenza del credito e gli atti che rendono la soddisfazione di quest'ultimo solo più incerta, difficile o dispendiosa¹¹⁴. Anche nel caso in cui la concessione del credito incida solo sulla capacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte, dunque, la posizione giuridica danneggiata sarà il diritto

¹¹² BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, cit., p. 294 ss.; DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, p. 223 s.

¹¹³ BORGIOI, *Op. ult. cit.*, p. 294.

¹¹⁴ Si pensi, ad esempio, alla giurisprudenza che, in tema di revocatoria *ex art. 2901 c.c.*, afferma che l'*eventus damni* subito dal creditore può consistere non solo nel caso di un atto di disposizione che precluda in modo definitivo la possibilità di adempiere, ma anche in presenza del «compimento di un atto che renda più incerto o difficile il soddisfacimento del credito» (*ex multis*, Cass., 5 marzo 2019, n. 6384, in *Guida al diritto*, 2019, p. 74. Nella giurisprudenza di merito si veda Trib. Cosenza, 20 marzo 2022, in *DeJure*; Trib. Savona, 16 febbraio 2022, in *Redazione Giuffrè*, 2022; Trib. Roma, 3 agosto 2021, in *Redazione Giuffrè*, 2021; App. Trento, 25 giugno 2020, in *Redazione Giuffrè*, 2020).

di credito vantato nei confronti dell'imprenditore, con conseguente possibilità di ricorrere alla tutela aquiliana del credito¹¹⁵. Inoltre, la tesi in esame non persuade anche sotto un altro profilo e, cioè, nel ritenere che la differenza tra tutela extracontrattuale e azione revocatoria risieda nel diverso danno causato dalla condotta lesiva: essa, piuttosto, è da ravvisare nei diversi presupposti di applicazione delle due azioni quali, tra l'altro, il diverso autore del pregiudizio¹¹⁶. Pertanto, se certamente non può escludersi il ricorso all'azione revocatoria¹¹⁷, in quanto, come visto, la concessione abusiva di credito può arrecare un pregiudizio al patrimonio del sovvenuto, tuttavia, la lesione alla garanzia patrimoniale generica non impedisce di invocare il rimedio *ex art. 2043 c.c.*

Ancora, in dottrina, si è prospettata anche la possibilità di reagire all'abuso nella concessione del credito attraverso i rimedi offerti dal diritto societario quali, in particolare, la responsabilità della banca da esercizio di attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497 c.c.*¹¹⁸.

¹¹⁵ La giurisprudenza, infatti, ammette pacificamente il ricorso all'azione *ex art. 2043 c.c.* nel caso in cui la condotta dannosa abbia solo reso più difficoltoso l'adempimento, senza, tuttavia, intaccare il diritto di credito: cfr., ad es., Cass., 18 ottobre 1994, n. 8496, in *DeJure*, secondo cui, proprio in tema di responsabilità bancaria, «la banca che, anche solo colposamente, alteri l'ordine cronologico del pagamento, ai rispettivi beneficiari, degli assegni emessi da un proprio correntista, lasciando accantonato un titolo che – pur essendo “coperto” nel momento in cui le era pervenuto – risulti privo di copertura all'atto della registrazione dell'operazione, è responsabile, a norma dell'art. 2043 c.c. della lesione che tale comportamento abbia provocato al diritto di credito vantato del prenditore dell'assegno nei confronti del traente dello stesso [...] in quanto oggetto della lesione è il diritto soggettivo di credito del prenditore del titolo». In questo caso, infatti, la tutela aquiliana è accordata nonostante l'adempimento del debitore non sia divenuto impossibile (poiché l'istituto di credito è ancora tenuto a pagare il prenditore dell'assegno), ma solo reso più difficile dalla necessità, ad esempio, di ricorrere al processo esecutivo per ottenere il soddisfacimento.

¹¹⁶ Nell'azione revocatoria, infatti, autore del danno è necessariamente il debitore e la condotta del terzo viene in rilievo solo ai sensi dell'art. 2901, comma 1, n. 2), c.c.

¹¹⁷ Azione che, in effetti, potrebbe portare una decisiva utilità per riparare al danno causato dall'abuso nella concessione del credito ogni qualvolta l'inefficacia sia diretta nei confronti di una garanzia concessa a fronte di un mutuo ipotecario: in questo caso, infatti, l'azione revocatoria consentirebbe di trasformare la posizione di creditore privilegiato vantata dall'istituto di credito in sede concorsuale con la sua ammissione al chirografo, con conseguente beneficio dei creditori chirografari, ovvero di coloro che vantano un privilegio di grado inferiore rispetto a quello relativo al contratto di mutuo (cfr. Cass., 25 luglio 2018, n. 19746, in *DeJure*).

¹¹⁸ Ai sensi del quale “*le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività*”.

Quanto all'invocabilità della disciplina di cui all'art. 2497 c.c., in particolare, si è indagato se l'istituto bancario possa essere condannato al risarcimento del danno subito dai creditori sociali e causato dall'aver concorso con una *holding* nel compimento di operazioni infragruppo illegittime e lesive dell'integrità del patrimonio della società, concedendo finanziamenti a una controllata, pur conoscendone lo stato di dissesto¹¹⁹. Ciò in quanto, il comma secondo di tale articolo stabilisce che “*risponde in solido chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo e, nei limiti del vantaggio conseguito, chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio*”¹²⁰. A ben vedere, però, anche in questo caso, al pari di quanto avviene per l'azione ex art. 2394 c.c., l'azione in questione non può essere ritenuta alternativa alla responsabilità aquiliana da concessione abusiva di credito, in quanto le azioni si fondano sulla tutela di interessi diversi: l'art. 2497 c.c., infatti, configura una responsabilità solidale per il pregiudizio arrecato al patrimonio sociale a causa dell'attività di direzione e coordinamento e derivante, dunque, dalle modalità con cui la somma ottenuta è stata utilizzata dalla società; al contrario, il pregiudizio lamentato dai creditori del sovenuto nel caso di abuso nella concessione del credito, seppur provocato dal medesimo fatto del finanziamento, risiede nell'apparenza di solvibilità diffusa sul mercato, ovvero dalla lesione della *par condicio*

ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società. Non vi è responsabilità quando il danno risulta mancante alla luce del risultato complessivo dell'attività di direzione e coordinamento ovvero integralmente eliminato anche a seguito di operazioni a ciò dirette”.

Sull'applicabilità di altri rimedi provenienti dal diritto societario quali, in particolare, il regime della postergazione dei finanziamenti di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c., cfr. VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, II, pp. 686-687.

¹¹⁹ Cfr. AQUILINO, *Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca: brevi riflessioni alla luce della riforma della legge fallimentare*, cit., p. 587.

L'utilità di una simile ricostruzione risiederebbe, in particolare, nel fatto che l'art. 2497, ultimo comma, c.c. stabilisce che “*nel caso di liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, l'azione spettante ai creditori di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario*”.

¹²⁰ Si parla, in proposito, di «trasmissione concentrata della responsabilità» (CARIELLO, *Sub art. 2497 c.c.*, in AA.VV., *Società di capitali*, NICCOLINI – STAGNO D'ALCONTRES (a cura di), Napoli, 2004, p. 1868 ss.).

creditorum derivante dalle garanzie ottenute dalla banca¹²¹. Anche la tutela di cui all'art. 2947 c.c., dunque, non risulta idonea a riparare il pregiudizio nel caso in esame.

Da ultimo, gli interpreti che si sono occupati dell'abuso nella concessione del credito, sempre con l'obiettivo di agevolare la tutela dei soggetti lesi dall'illecito finanziamento, si sono domandati se, nel nostro ordinamento, sia possibile affermare che il contratto concluso tra il banchiere e l'impresa in stato di decozione sia, proprio a causa della presenza del dissesto, affetto da nullità¹²². Ciò consentirebbe, in particolare, per un verso, di estendere l'inefficacia del negozio alle garanzie che ad esso accedono, ai sensi dell'art. 2878 c.c. e, dunque, di neutralizzare la lesione alla *par condicio creditorum* cagionata dalla natura privilegiata del credito della banca; per altro verso, l'operare degli artt. 1422 e 2033 c.c. farebbe sorgere, in capo al sovvenuto, un obbligo restitutorio in cui, tuttavia, gli interessi sarebbero calcolati al tasso legale e, dunque, risulterebbero, con ogni probabilità, più bassi rispetto a quelli imposti dal contratto bancario (senza contare che, a seguito della declaratoria di nullità del finanziamento, anche le eventuali garanzie perderebbero efficacia); per altro verso ancora, infine, nel caso di apertura della liquidazione giudiziale, l'*actio nullitatis* potrebbe, senza dubbio, essere esercitata dal curatore, ai sensi degli artt. 128 e 143 CCII (soluzione, come si vedrà, ampiamente discussa con riferimento all'azione aquiliana nei confronti della banca). Si è, dunque, a tal proposito, invocata la nullità per mancanza di meritevolezza del contratto, ex art. 1322, comma 2, c.c., in quanto originato da un abuso della libertà contrattuale e ingiustamente pregiudizievole dei diritti dei terzi¹²³; ovvero per contrarietà a norme imperative, ex art. 1418, comma 1, c.c., poiché il contratto in questione violerebbe gli artt. 323 e 325 CCII o l'art. 124-*bis* T.u.b., ovvero, infine, ai sensi dell'art. 1345 c.c., per il comune intento dei contraenti di frodare i terzi attraverso il contratto di credito¹²⁴.

¹²¹ DI MARZIO, voce "Concessione abusiva di credito, cit., p. 193 s.

¹²² Cfr. MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, in *Giust. civ.*, 2013, IX, p. 486; RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 24.

¹²³ MIGLIO, *Op. ult. cit.*, p. 486 s.

¹²⁴ Cfr. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., 139.

Anche il rimedio della nullità, tuttavia, si espone a molteplici critiche e non pare, dunque, appropriato per la fattispecie di cui si discorre¹²⁵: è agevole, infatti, notare che, anzitutto, l'art. 1322, comma 2, c.c. è stato dettato quale limite all'autonomia privata in caso di contratti *atipici*¹²⁶ e, dunque, non può trovare applicazione per il contratto di mutuo o di apertura di credito, i quali sono disciplinati agli artt. 1813 c.c. e 1842 c.c. In secondo luogo, affinché possa discorrersi di nullità virtuale, è necessario che «il contratto sia direttamente vietato dalla norma penale, nel senso che la sua stipulazione integri reato»¹²⁷ (circostanza che, nel caso di contratto di finanziamento, non pare ricorrere con riferimento alle condotte vietate dagli artt. 323 e 325 CCII). Infine, l'art. 124-*bis* T.u.b. costituisce una norma dettata a protezione del consumatore e non, invece, dell'imprenditore¹²⁸ e non può, dunque, essere invocata da tale ultimo soggetto quale norma imperativa, dalla cui violazione conseguirebbe la nullità del contratto, trattandosi di applicazione analogica di una previsione di legge speciale, in quanto tale vietata.

Neppure, infine, potrebbe invocarsi l'inefficacia derivante dalla nullità del contratto di finanziamento per il caso in cui l'istituto di credito abbia concesso un mutuo di scopo ed esso sia stato impiegato per ripianare passività pregresse dell'imprenditore nei confronti dello stesso finanziatore. In simili circostanze, infatti, potrebbe forse ipotizzarsi una nullità per mancanza di causa (art. 1418, comma 2, c.c.), poiché la somma erogata non viene concretamente impiegata per realizzare l'opera concordata e, dunque, non entra effettivamente nella disponibilità del sovvenuto, ma viene utilizzata

¹²⁵ In tal senso si veda anche Cass. S.U., 16 novembre 2022, n. 33719, in *DeJure*, secondo cui «la tutela della *par condicio creditorum* non è affidata al rimedio della invalidità-nullità del contratto, essendo pacifico che gli atti negoziali pregiudizievoli nei confronti dei terzi (per abusiva erogazione del credito o in frode ai creditori) non sono illeciti né nulli, ferma restando la tutela risarcitoria nei casi di colpevole concorso dell'ente mutuante nel dissesto del cliente finanziato [...], eventualità ipotizzabile anche nel caso di dolosa o colposa concessione di finanziamento ultra-soglia che sia stata causa determinante di conseguenze dannose per il soggetto finanziato o i terzi».

¹²⁶ ROPPO, *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, IUDICA – ZATTI (a cura di), Milano, 2011, p. 345 s.

¹²⁷ VISCUSI, *Op. ult. cit.*, p. 139. Conf. Cass., 9 luglio 2018, n. 18016, in *DeJure*; Cass., 10 luglio 2008, n. 19030, in *Guida dir.*, 2008, XLVII, p. 77.

¹²⁸ ACCIARI, *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Milano, 2012, pp. 143 ss.

solo per estinguere un debito nei confronti della banca. Tuttavia, in relazione all'operazione in esame, la giurisprudenza di legittimità è giunta, da ultimo, a negare radicalmente la nullità e ad affermare che «il cosiddetto “mutuo solutorio”, stipulato per ripianare la pregressa esposizione debitoria del mutuatario verso il mutuante, non è nullo [...] in ragione della pretesa mancanza di un effettivo spostamento di denaro, poiché l'accredito in conto corrente delle somme erogate è sufficiente ad integrare la “*datio rei*” giuridica propria del mutuo e il loro impiego per l'estinzione del debito già esistente purga il patrimonio del mutuatario di una posta negativa»¹²⁹.

7.2. *La natura extracontrattuale della responsabilità.*

Come già anticipato, nonostante siano state avanzate, da parte degli interpreti che si sono occupati del tema, numerose soluzioni alternative all'inquadramento dell'illegittimo in esame all'interno della responsabilità extracontrattuale, tale soluzione risulta, alla luce del quadro normativo vigente, preferibile, tenuto conto della lesione subita dai creditori del soggetto finanziato.

Come si è avuto modo di osservare, infatti, il finanziamento concesso in presenza di uno stato di decozione e, dunque, non giustificabile alla luce di un tentativo di salvataggio, è riconducibile all'istituto dell'abuso del diritto¹³⁰ ogniqualvolta esso sia dettato dall'intento di perseguire vantaggi ingiustificati. Il credito così corrisposto, in particolare, può determinare un pregiudizio al diritto di credito che i terzi vantano nei confronti del sovvenuto sulla base di un rapporto sorto in epoca anteriore o posteriore alla concessione del finanziamento ed esporre, dunque, la banca alle pretese risarcitorie di tali soggetti.

È evidente, dunque, che non potendo rinvenirsi alcun precedente rapporto tra coloro che si affermino danneggiati dall'operato della banca e la banca stessa, la natura della responsabilità da abuso nella concessione del credito – escluso il contatto sociale – non può che avere natura aquiliana¹³¹. Una simile conclusione – si badi bene – non è

¹²⁹ Cass., 25 luglio 2022, n. 23149, in *Leggi d'Italia*.

¹³⁰ *Supra*, Sezione seconda, par. 5.

¹³¹ In tal senso si veda anche Cass., 14 gennaio 2021, n. 24725, cit., la quale, tuttavia, aggiunge, quanto alla responsabilità nei confronti del sovvenuto, che «la responsabilità verso il fallito è

ostacolata dal requisito dell'ingiustizia richiesto dall'art. 2043 c.c.: il danno, infatti, come visto¹³², è da considerarsi ingiusto alla stregua di tale norma ogni volta in cui esso concerne una posizione giuridica protetta dall'ordinamento, sia essa diritto assoluto, diritto relativo¹³³ (come nel caso dei diritti di credito) o semplice interesse legittimo¹³⁴.

La soluzione in esame, volta ad affermare il carattere extracontrattuale dell'illecito in esame, peraltro, è stata accolta dalla giurisprudenza che, per prima, si è occupata del tema, nonché dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, secondo cui, da un lato, «la gamma di cautele imposte alle aziende che esercitano il credito» fa «nascere per i soggetti in essi coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra la nozione di “omissione”, e la conseguente responsabilità prevista dall'art. 2043 del codice civile»¹³⁵ e, dall'altro lato, «il danno da abuso di credito cagionato nei confronti dei terzi, creditori inclusi, ha natura aquiliana»¹³⁶.

a titolo precontrattuale ex art. 1337 c.c., in quanto la banca avrà contrattato senza il rispetto delle prescrizioni speciali e generali che ne presidiano l'agire, dolosamente o colpevolmente disattendendo 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 mercato; mentre si tratterà, più propriamente, di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., ove sia imputata alla banca la prosecuzione di un finanziamento in corso. In entrambi i casi, vuoi che la condotta abusiva pregiudizievole si esprima nella violazione di obblighi specifici, vuoi che si realizzi nella violazione del generale obbligo di buona fede di cui all'art. 1375 c.c., si tratta di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente». Si tratta di una ricostruzione coerente con l'orientamento – accolto dalla sentenza in esame, ma da chi scrive, per i motivi esposti, non ritenuto condivisibile – che ritiene che la concessione abusiva di credito possa arrecare un pregiudizio diretto anche al patrimonio dell'impresa».

¹³² *Supra*, Sezione seconda, par. 6.3.

¹³³ Cass. S.U., 26 gennaio 1971, cit.

¹³⁴ Cass., 22 luglio 1999, n. 500, cit.

¹³⁵ Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, cit.

¹³⁶ Cass. S.U., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031, cit. Conf. Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 162; Cass., 23 luglio 2010, n. 17284, in *Il fallimento*, 2011, p. 305; Cass., 1° giugno 2010, n. 13413, in *Giust. civ. mass.*, 2010, p. 859.

Nella giurisprudenza di merito, in senso conforme si veda Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in *Il Fallimento*, 2002, p. 1166, secondo cui la concessione abusiva di credito costituirebbe un illecito di natura aquiliana, in quanto fondato sulla violazione dei doveri di buona fede da parte dell'istituto di credito il quale, similmente a quanto avviene in «altre fattispecie per le quali da tempo la dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalenti hanno ravvisato la responsabilità, per lo più extracontrattuale dell'operatore professionale in genere e del banchiere in particolare», con «proprie dichiarazioni o con un proprio comportamento» crea «nel pubblico e nel mercato affidamenti fallaci su una determinata situazione di fatto. Si allude in particolare alla cosiddetta responsabilità da prospetto (Corte d'appello Milano, 2 febbraio 1990), a quella per false informazioni sulla solvibilità di un proprio cliente, alla responsabilità di chi dà

È evidente – e chi scrive ne è consapevole – che l'applicazione della disciplina di cui all'art. 2043 c.c. consente, per molti versi, una tutela meno intensa per colui che voglia ottenere un risarcimento dall'istituto di credito (e in ciò, non a caso, risiede la ragione del particolare fervore mostrato dalla dottrina nella ricerca di soluzioni alternative a quella aquiliana).

Ciò in quanto, anzitutto, come noto, l'onere della prova richiesto al soggetto che intenda conseguire il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1218 c.c. è notevolmente più favorevole rispetto a quello imposto al danneggiato ai sensi dell'art. 2043 c.c., in quanto, mentre, in quest'ultimo caso all'attore è richiesta la dimostrazione dell'esatto ammontare del danno, del nesso di causalità e del carattere doloso o colposo della condotta, al contrario, sulla base del già citato orientamento delle Sezioni Unite del 2001¹³⁷, il creditore insoddisfatto potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento, lasciando, invece, in capo al convenuto l'onere di provare che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Applicando, dunque, la disciplina aquiliana alla responsabilità da concessione abusiva di credito, il creditore dovrà, dunque, fornire la prova del fatto che, da un lato, il finanziamento erogato all'impresa decotta ha aggravato il dissesto e impedito l'emersione tempestiva della crisi, ovvero ha consentito all'istituto di credito di ottenere vantaggi lesivi della *par condicio creditorum*, ovvero, ancora, che la condotta decettiva della banca lo ha condizionato, in senso sfavorevole, nella gestione dei propri rapporti con il sovvenuto; dall'altro lato, dovrà quantificare il danno subito, fornendo, altresì, la prova del nesso causale tra l'erogazione del credito e il minore soddisfacimento della propria pretesa; infine, dovrà provare che la banca conosceva lo stato di decozione dell'imprenditore e che il finanziamento è stato concesso con l'intento di garantire a sé o ad altri indebiti benefici, altrimenti non lecitamente conseguibili.

È evidente, dunque, che, per il creditore che si affermi lesa dalla concessione abusiva di credito, l'onere della prova si rivela particolarmente gravoso se si accoglie la

patronage per una propria controllata o alla responsabilità della banca trattaria verso la banca negoziatrice, per un benefondo dato in modo non corrispondente alla situazione economica dell'emittente [...]]».

¹³⁷ Cass. S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1934 (cfr. Capitolo terzo).

qualificazione extracontrattuale dell'illecito, in quanto, in particolare, a tale soggetto è richiesta la dimostrazione di un elemento (il dolo) che, avendo carattere psicologico, è certamente non agevole da provare. Tuttavia, la circostanza merita di essere sdrammatizzata, se solo si considera che, a tal fine, il danneggiato potrà ricorrere alle presunzioni e, più nello specifico, limitarsi a dare la prova di quei medesimi fatti ritenuti indicativi della *scientia decoctionis* ai fini dell'operare delle azioni revocatorie.

In secondo luogo, la classificazione della responsabilità in esame nell'ambito aquiliano determina un regime più sfavorevole per il soggetto danneggiato anche in relazione alla prescrizione del diritto al risarcimento del danno: ciò in quanto, mentre con riferimento alla responsabilità *ex art. 2043 c.c.*, l'art. 2947, comma 1, c.c. stabilisce che il diritto al risarcimento si prescriva in cinque anni dal giorno del verificarsi del fatto, al contrario, l'art. 2946 c.c. prevede un termine di prescrizione maggiore, pari a dieci anni¹³⁸.

Ulteriori differenze tra le due discipline riguardano, poi, aspetti di minore rilevanza ai fini della presente trattazione, quali, in particolare, il mancato richiamo, ad opera dell'art. 2056 c.c., degli artt. 1224¹³⁹ e 1225¹⁴⁰ c.c. (norme applicabili, invece, nella responsabilità da inadempimento), nonché le diverse regole previste in tema di mora del debitore (automatica, ai sensi dell'art. 1219, comma 2, n. 1), c.c., in caso di illecito aquiliano; subordinata all'intimazione o richiesta fatta per iscritto, ai sensi dell'art. 1219, comma 1, c.c., in caso di responsabilità contrattuale).

Tuttavia, nonostante il riconoscimento della natura extracontrattuale dell'illecito risulti più sfavorevole in relazione agli aspetti principali delle due discipline (la prescrizione e l'onere della prova), esso risulta preferibile, in quanto più coerente con il nostro ordinamento, rispetto alle diverse ricostruzioni formulate dagli interpreti, le

¹³⁸ Profilo, quest'ultimo, peraltro di scarso rilievo pratico, essendo difficile ipotizzare un caso in cui un'impresa in stato di decozione (peraltro, *in thesi*, aggravato da un finanziamento) riesca a continuare ad operare sul mercato per un lustro.

¹³⁹ Pertanto, mentre in caso di inadempimento contrattuale, grazie al combinato disposto degli artt. 1219, comma 1, c.c. e 1224 c.c., il creditore che si affermi leso dalla concessione abusiva di credito potrà ottenere un risarcimento comprensivo degli interessi calcolati a partire dal giorno della costituzione in mora, al contrario, nel caso di responsabilità aquiliana, il risarcimento comprenderà i maggiori interessi calcolati dal giorno del verificarsi dell'evento dannoso (cfr. Cass., 11 febbraio 2005, n. 2839, in *DeJure*).

¹⁴⁰ Concernente la risarcibilità del solo danno prevedibile.

quali, seppur più efficaci in termini di risultato conseguibili, si fondano, però, su palesi forzature delle regole poste dal sistema normativo.

8. *La determinazione del danno da abuso nella concessione del credito.*

Nel paragrafo 6.5. si è illustrato come individuare il nesso di causalità materiale ai fini del risarcimento da abuso nella concessione del credito. A questo punto, dunque, è opportuno dedicare qualche riflessione anche all'individuazione del nesso di causalità giuridica e, dunque, alle conseguenze dannose che possono effettivamente essere poste a carico del danneggiante, attraverso le norme richiamate dall'art. 2056 c.c. (*id est*, attraverso gli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c.).

Si tratta, invero, di un profilo relativo all'illecito in esame trattato solo occasionalmente dalle decisioni che si sono occupate del tema e che, come si vedrà a breve, risente delle tesi sostenute in relazione ai presupposti della responsabilità. Peraltro, l'analisi di tale profilo si rivela decisiva con riferimento alle concrete possibilità per il soggetto che si affermi danneggiato dal finanziamento illecito di vedere accolta la propria domanda risarcitoria, in quanto incide sull'onere probatorio gravante su di esso¹⁴¹ (tanto che alcuni interpreti sono giunti ad affermare che la quantificazione del risarcimento dovrebbe avvenire ai sensi dell'art. 1226 c.c. e, quindi, in via equitativa)¹⁴².

¹⁴¹ BIBOLINI, *Responsabilità della banca per finanziamento ad imprenditore insolvente*, in AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche. Atti del Convegno di studio organizzato dal Banco di Sardegna e dal Cidis*, Milano, 1986, p. 52; FRANCHINA, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, cit., p. 664.

¹⁴² Cfr., in tal senso, Trib. Foggia, 7 maggio 2002, cit., secondo cui «il danno cagionato alla massa [...] non può essere determinato nel suo preciso ammontare. Di conseguenza si deve necessariamente fare ricorso al criterio equitativo (cfr. *ex multis* Cassazione, 3596 del 1997). Nell'esercizio di tale potere officioso, come già precisato con le ordinanze istruttorie, il giudice non è vincolato ai documenti prodotti dalle parti, ma può espletare proprie indagini dirette a reperire elementi idonei allo scopo. Insomma, il danneggiato deve dimostrare di avere subito un danno mentre la sua liquidazione, se è impossibile o difficoltosa, può essere effettuata dal giudice mediante il ricorso a criteri equitativi (art. 1226 richiamato dall'art. 2056)». In dottrina si veda FRANCHINA, *Op. ult. cit.*, p. 664.

Gli interpreti hanno, peraltro, ipotizzato anche la possibilità, sulla scorta di quanto avviene nell'ordinamento francese, di quantificare il danno subito dalla massa dei creditori sulla base della «differenza tra la percentuale di credito che i creditori non bancari avrebbero recuperato, se il fallimento fosse stato tempestivamente dichiarato, e quella che potranno ottenere a fallimento chiuso» (Trib. Foggia, 7 maggio 2002, cit.). Tuttavia, come si avrà modo di approfondire del prosieguo e come già visto nel par. 6.3., non sembra prospettabile, in relazione all'illecito in esame, un pregiudizio arrecato alla massa dei creditori, in quanto la lesione sofferta

Orbene, al fine di fornire alcune indicazioni sui criteri per liquidare il danno cagionato dall'abuso compiuto dall'istituto di credito è necessario tenere conto della diversa posizione dei soggetti che si affermano lesi dalla condotta illecita, poiché, come visto, la concessione del credito presenta una diversa portata lesiva a seconda del rapporto intrattenuto dal danneggiato con il finanziatore (creditore anteriore o successivo al finanziamento, ovvero sovvenuto)¹⁴³.

In proposito, anzitutto, la diversità del ruolo ricoperto dal colui che pretende il risarcimento del danno incide sul momento temporale in relazione al quale deve essere quantificato il danno, il quale coincide con quello in cui si è verificata la lesione¹⁴⁴.

Per quanto concerne i creditori, dunque, essi, come ricordato, subiscono un pregiudizio derivante dal fatto che se il finanziamento non fosse stato concesso, avrebbero goduto di una maggiore o totale soddisfazione del proprio credito e, dunque, l'ammontare del risarcimento deve essere stabilita sulla base della diversa quota di obbligazione adempiuta dal debitore rispetto a quella attesa. Tuttavia, per i creditori che siano divenuti tali in epoca successiva alla concessione del credito, i quali lamentano di essere stati negativamente condizionati, nella gestione del loro rapporto con l'imprenditore, dall'apparenza di solvibilità creata dalla banca, il pregiudizio si verifica nel momento in cui il debitore diviene inadempiente nei loro confronti e, quindi, il *quantum* del risarcimento deve essere specificato con riferimento al momento in cui essi, accortisi dello stato di decozione del debitore a causa del rifiuto di concedere il credito da parte della banca, avrebbero verosimilmente rifiutato di contrattare con lo stesso, ovvero avrebbero contrattato, ma a condizioni diverse. Al contrario, per coloro il cui credito fosse già esistente al momento del finanziamento, la lesione consiste nel minore o assente soddisfacimento della pretesa vantata verso il sovvenuto a causa dell'aggravamento del dissesto o delle garanzie indebitamente ottenute dalla banca e, pertanto, l'ammontare del danno deve essere accertato avendo riguardo al momento in cui essi

da tali soggetti non è omogenea e può anzi, riguardare solo alcuni degli appartenenti a tale categoria.

¹⁴³ DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 208 s.

¹⁴⁴ Secondo le Sezioni Unite (Cass. S.U., 17 febbraio 1995, n. 1712, in *DeJure*), la somma ottenuta con riferimento al momento di verifica del danno deve essere poi oggetto di rivalutazione al momento della pronuncia della decisione.

ricevono, eventualmente in sede di riparto, un pagamento inferiore rispetto a quello che avrebbero ottenuto in assenza dell'illecito.

Infine, con riferimento all'ipotesi in cui sia il debitore (o, eventualmente, il curatore della liquidazione giudiziale, in caso di apertura di tale procedura) ad agire per il risarcimento del danno cagionato al patrimonio a causa del concorso dell'istituto di credito nella *mala gestio* degli amministratori, il momento rilevante ai fini della quantificazione dell'obbligazione riparatoria è quello in cui, versando l'impresa in stato di dissesto, per gli amministratori sorge l'obbligo di condurre una gestione meramente conservativa: è in tale frangente temporale, infatti, che l'indebita protrazione dell'attività ha determinato l'aumentare del passivo e l'erosione dell'attivo dell'impresa.

In secondo luogo, la differente lesione lamentata dai soggetti coinvolti dalla concessione abusiva di credito influisce sulle voci che compongono il danno, concorrendo a determinarne l'ammontare¹⁴⁵.

Applicando, pertanto, il principio di integrale riparazione del danno e, quindi, nel dimostrare il danno emergente e il lucro cessante ai sensi dell'art. 1223 c.c.¹⁴⁶, il creditore danneggiato sarà chiamato a fornire la prova della diversa e minore consistenza del suo patrimonio in seguito al finanziamento e, quindi, a dimostrare che la concessione abusiva di credito gli ha impedito di conseguire un guadagno, ovvero gli ha cagionato una perdita.

Nel caso, dunque, di creditori successivi all'illecito, il danno emergente consisterà, ad esempio, dalla perdita patrimoniale sofferta a causa del mancato adempimento, da parte del debitore, dell'obbligo assunto con il contratto e, quindi, nel valore della prestazione promessa e non corrisposta, ovvero nel danno causato dall'aver sostenuto spese in vista del contratto o per il suo adempimento, ovvero, ancora, nella somma

¹⁴⁵ L'operazione di quantificazione del danno ai sensi dell'art. 1223 c.c. è, invero, particolarmente difficoltosa per l'attore: ciò in quanto essa si fonda su un giudizio probabilistico e richiede, pertanto, che la effettiva posizione dei creditori e dell'impresa successiva al compimento dell'illecito sia posta a confronto con la situazione che si sarebbe verificata se l'istituto di credito si fosse astenuto dal concedere il credito e, quindi, richiede di verificare quale sarebbe stato il destino dell'impresa e la consistenza del suo patrimonio in assenza della condotta dannosa (DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, cit., p. 179).

¹⁴⁶ Capitolo terzo, par. 4.4.

pagata per procurarsi altrove sul mercato la prestazione non ricevuta. In relazione, invece, al lucro cessante, tali soggetti potranno, sulla base di un calcolo probabilistico, dimostrare di aver perso una *chance*¹⁴⁷ di conseguire un profitto, ovvero, sempre esemplificando, di non aver potuto utilizzare la prestazione al fine di trarne un guadagno.

Al contrario, i creditori che già all'epoca della concessione del credito vantavano una pretesa nei confronti del sovvenuto, potranno, ad esempio, parametrare il danno emergente sulla differenza tra la quota di debito adempiuta dal debitore e quella che avrebbero potuto vedere soddisfatta se il dissesto fosse emerso tempestivamente e, dunque, se essi avessero potuto agire a tutela del proprio diritto o chiedere l'apertura della liquidazione giudiziale, ovvero se la banca non avesse ottenuto indebiti vantaggi differenziali, lesivi della *par condicio creditorum*¹⁴⁸. Dal momento, dunque, che il pregiudizio sofferto da tali soggetti consiste nel minore ammontare della garanzia patrimoniale generica, costituiranno voci del risarcimento, ad esempio, il minor valore dei beni dell'impresa o le perdite, conseguenti al protrarsi dell'attività in presenza della decozione¹⁴⁹.

Al contrario, più complessa risulta la liquidazione del danno cagionato al patrimonio dell'imprenditore (ovvero, nel caso di apertura della liquidazione giudiziale, in favore di quest'ultima): ciò in quanto la decozione non rappresenta un fenomeno unitario, ma può essere causata da molteplici fattori, difficili da identificare¹⁵⁰.

Per tale ragione, gli interpreti hanno elaborato, nel corso del tempo e con riferimento all'ipotesi in esame, due differenti metodi di quantificazione equitativa del

¹⁴⁷ Sul risarcimento del danno da perdita di *chance*, si veda TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, pp. 144 ss.

¹⁴⁸ DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, cit., p. 179.

A ben vedere, la determinazione dell'ammontare del danno subito da tale categoria di soggetti non può essere stabilita semplicemente con riferimento alla diversa consistenza dell'attivo e del passivo dovuta al finanziamento illecito, in quanto un simile calcolo non terrebbe conto del fatto che alcune passività si sarebbero aggiunte al patrimonio anche in assenza del finanziamento e che, per altro verso, alcune attività sono state conseguenza diretta del credito concesso dalla banca.

¹⁴⁹ Una simile indagine potrà essere svolta, ad esempio, attraverso l'analisi dei bilanci.

¹⁵⁰ Cass., 2 ottobre 2015, n. 19733, in *DeJure*.

danno ai sensi dell'art. 1226 c.c.¹⁵¹, fondati entrambi su un ragionamento presuntivo: il criterio c.d. “del *deficit* fallimentare”¹⁵² e il criterio c.d. “del differenziale dei netti patrimoniali”.

In particolare, secondo il metodo del *deficit* fallimentare, elaborato negli anni Settanta del secolo scorso, il danno arrecato al patrimonio del sovvenuto poteva essere, equitativamente, liquidato con riferimento alla differenza tra la massa passiva e la massa attiva accertata in sede concorsuale, ovvero risultante al momento della quantificazione dell'obbligazione risarcitoria.

Tale modalità di determinazione del *quantum* dovuto dal danneggiante era, tuttavia, stata abbandonata sul finire degli anni Novanta, in quanto, principalmente, addebitando agli amministratori l'intero dissesto dell'azienda, imponeva loro di rispondere anche di quelle conseguenze negative dovute non alla *mala gestio*, ma al mercato, al normale decorso della crisi, ovvero a scelte discrezionali e non sindacabili degli stessi in ordine alla gestione dell'impresa¹⁵³. La Cassazione era, pertanto, giunta a ritenere che la regola del *deficit* fallimentare potesse essere applicata solo nel caso in cui agli amministratori (e, quindi, in concorso, alla banca) fosse stato imputato proprio il fatto di aver cagionato il dissesto dell'impresa, in quanto in quel caso avrebbe ragionevolmente potuto ritenersi che l'intero passivo o l'intera diminuzione dell'attivo fosse legata da un nesso eziologico alla condotta di *mala gestio*, ovvero nel caso in cui fosse risultato impossibile ricostruire le operazioni di gestione a causa della mancanza o inaffidabilità delle scritture contabili (salva, ovviamente, la possibilità per tali soggetti di fornire la prova di un minore ammontare del danno)¹⁵⁴.

¹⁵¹ Peraltro, il ricorso al criterio equitativo di quantificazione del danno impone, in ogni caso, al giudice di specificare, nella motivazione, le ragioni per cui è impossibile o eccessivamente difficoltosa una liquidazione analitica del danno e sul percorso logico secondo cui è plausibile che determinati eventi dannosi siano conseguenza dell'illecito.

¹⁵² Cass., 4 aprile 1977, n. 1281, in *Giur. comm.*, 1977, II, p. 449.

¹⁵³ Cfr., ad es., Cass., 15 febbraio 2005, n. 3032, in *DeJure*. In altre parole, dunque, il criterio in esame non risultava rispettoso della norma posta dall'art. 1223 c.c., la quale impone il risarcimento dei soli danni che rappresentino una conseguenza immediata e diretta della condotta.

¹⁵⁴ Cass., 17 settembre 1997, n. 9252, in *DeJure*.

Per tali ragioni, dunque, la giurisprudenza aveva delineato il diverso sistema di quantificazione del danno del differenziale dei netti patrimoniali, il quale, in particolare, era ritenuto più aderente alla regola di cui all'art. 1223 c.c.¹⁵⁵.

Si tratta di un criterio alla luce del quale il danno cagionato dalla *mala gestio* deve essere determinato con riferimento alla differenza tra il valore netto del patrimonio nel momento in cui il capitale sociale è divenuto inferiore ai limiti legali (momento in cui, per gli amministratori, è sorto il dovere di proseguire con una gestione meramente conservativa)¹⁵⁶ e il valore netto del patrimonio al momento della decisione¹⁵⁷: ciò, in particolare, permette di addebitare ai gestori dell'azienda solo quegli atti compiuti in violazione del dovere di astenersi da atti pregiudizievoli per il patrimonio al sorgere di una causa di scioglimento.

Tale criterio è stato, infine, "corretto" dalla giurisprudenza più recente, la quale ha osservato come l'applicazione pura della differenza tra netti patrimoniali, seppur aderente all'art. 1223 c.c., tuttavia non tiene in debito conto il fatto che non tutte le passività accumulate in seguito al verificarsi di una causa di scioglimento sono conseguenza di una gestione non meramente conservativa, poiché alcune di esse possono anche rappresentare una normale conseguenza delle attività di liquidazione¹⁵⁸. Ciò che impone, dunque, più correttamente, di calcolare il pregiudizio subito paragonando il bilancio al momento dell'insorgere degli obblighi conservativi con il bilancio finale, rettificando, tuttavia, il primo termine di paragone con le passività che rappresentano il normale decorso della liquidazione (non addebitabili, pertanto, alla condotta illecita degli amministratori) e, al secondo termine, con le passività accumulate anteriormente all'insorgere dello stato di dissesto¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, cit.; Trib. Prato, 25 settembre 2012, in *DeJure*.

¹⁵⁶ *Supra*, Sezione prima, par. 2.

¹⁵⁷ PANZANI, *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in *Il Fallimento*, 1989, p. 979.

¹⁵⁸ Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, cit.; Cass., 15 febbraio 2005, n. 3032, cit.

¹⁵⁹ Cass., 17 settembre 1997, n. 9592, cit.

Tale metodo di quantificazione del danno, seppur approssimativo nella parte in cui non distingue i singoli atti di gestione e le relative conseguenze, raggiunge, tuttavia, l'apprezzabile risultato di semplificare notevolmente l'onere della prova posto in capo al creditore (o al curatore), evitando, dunque, di premiare gli amministratori che hanno violato i doveri di conservazione del patrimonio sociale, i quali, altrimenti, potrebbero contare sulla *probatio diabolica*

La soluzione in esame sembra essere stata accolta, peraltro, dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza il quale, all'art. 378, comma 2, CCII, stabilisce, ora, che, salva la possibilità per gli amministratori di dimostrare il minore ammontare del danno, quest'ultimo deve essere quantificato sulla base della *“differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale, alla data di apertura di tale procedura e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'articolo 2484, detratti i costi sostenuti e da sostenere, secondo un criterio di normalità, dopo il verificarsi della causa di scioglimento e fino al compimento della liquidazione”* e, inoltre, che *“se è stata aperta una procedura concorsuale e mancano le scritture contabili o se a causa dell'irregolarità delle stesse o per altre ragioni i netti patrimoniali non possono essere determinati, il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura”*.

Si tenga conto, infine, del fatto che, ai sensi dell'art. 2055, comma 1, c.c., quando il fatto dannoso è imputabile a più soggetti, ciascuno di essi è solidalmente tenuto al risarcimento del danno, salva la possibilità, per chi ha pagato, di agire in regresso nei confronti degli altri responsabili, *“nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate”*.

Pertanto, l'istituto di credito che abbia concorso nell'aggravamento del dissesto attraverso la concessione del finanziamento, sarà tenuto, in solido con gli amministratori, a risarcire l'intero danno ma potrà, successivamente, agire in regresso nei confronti di tali soggetti per la quota di danno causata da condotte anteriori alla concessione del credito e che non rappresentino, dunque, una conseguenza diretta e immediata del suo comportamento¹⁶⁰.

imposta all'attore (cfr. GALLETTI, *Brevi note sull'uso del criterio dei “netti patrimoniali di periodo” nelle azioni di responsabilità*, disponibile su *IlCaso.it*).

¹⁶⁰ Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, cit.

PROFILI PROCESSUALI COMUNI

9. *Profili processuali comuni. Premessa.*

In conclusione della disamina relativa alla patologia dei rapporti tra banca e impresa in crisi giova soffermarsi, per completezza, su alcuni profili processuali, quali, in particolare, l'individuazione dei soggetti legittimati ad agire nei confronti dell'istituto di credito ai fini del risarcimento causato dall'illecito, nonché del giudice competente a decidere della relativa controversia.

Come anticipato¹⁶¹, si tratta di profili rilevanti in relazione sia alla responsabilità da interruzione "brutale" del credito, sia in relazione alla responsabilità della banca da concorso nella *mala gestio* degli amministratori e alla concessione abusiva di credito. Per tali motivi, dunque, l'esame degli aspetti poc'anzi menzionati verrà trattata congiuntamente, per tutte e tre le ipotesi di illecito, nella presente Sezione.

10. *La legitimatio ad causam. Le azioni di massa.*

Il tema della legittimazione ad agire nei confronti della banca per l'attività creditizia illecita svolta nei confronti di un'impresa in crisi è stato approfondito in dottrina e giurisprudenza soprattutto con riferimento all'abuso nella concessione del credito¹⁶², ma rappresenta un argomento di fondamentale rilevanza anche in relazione all'abuso nell'interruzione del credito e al concorso nella *mala gestio* degli amministratori.

Ciò in quanto, come può agevolmente intuirsi, la posizione accolta in relazione al problema dei soggetti dotati di *legitimatio ad causam* incide sulle concrete possibilità che la banca sia chiamata a rispondere del suo operato contrario a buona fede. In

¹⁶¹ Capitolo terzo, par. 4.6.

¹⁶² *Ex multis*, Cass. S.U., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031, tutte in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 615, con nota di Russo, *Legittimazione del curatore all'azione per "abusiva" concessione di credito* e in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 630, con nota di NARDECCHIA, *L'abusiva concessione di credito all'esame delle Sezioni Unite*; Cass., 19 settembre 2003, n. 13934, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2004, p. 91; Cass., 22 maggio 2007, n. 11837, in *DeJure*; Cass., 13 giugno 2008, n. 16031, *ivi*; Cass., 20 aprile 2017, n. 9983, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, p. 162; Cass., 12 maggio 2017, n. 11798, in *Il Fallimento*, 2017, p. 1157; Cass., 14 maggio 2018, n. 11695, in *Giur. it.*, 2018, p. 1655.

particolare, negare la legittimazione del curatore della liquidazione giudiziale a proporre l'azione di responsabilità significa, spesso, privare di tutela il creditore che sia stato leso dall'illecito, poiché tale soggetto non è sempre in grado di sostenere i costi e i rischi di un simile giudizio: non deve, dunque, stupire che il dibattito relativo al profilo in esame sia influenzato dalla volontà di prediligere l'interpretazione più favorevole al creditore (*rectius*, alla massa dei creditori)¹⁶³.

Si tratta, invero, di una questione non di agevole soluzione e ciò non solo per l'incertezza che, come visto, governa l'indagine sulle sfere giuridiche che possono ritenersi lese dal comportamento del banchiere, ma anche per la storica difficoltà incontrata nel definire quali siano le c.d. "azioni di pertinenza della massa"¹⁶⁴ e, di conseguenza, nello stabilire se le azioni di responsabilità in esame possano essere ricondotte o meno all'interno di tale categoria. Per tale motivo, prima di indagare, in relazione ai vari illeciti, quali siano i soggetti legittimati a domandare in giudizio la riparazione del danno causato dalla banca, giova soffermarsi brevemente sull'inquadramento teorico delle "azioni di massa".

Orbene, a tal proposito, si deve, anzitutto, evidenziare come il Codice della crisi, al pari della Legge fallimentare¹⁶⁵, non definisca le azioni di massa. Mentre, infatti, l'art. 143 CCII stabilisce che il curatore della liquidazione giudiziale ha un generale potere di sostituzione del curatore al debitore per "*controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del debitore compresi nella liquidazione giudiziale*",

¹⁶³ Da ultimo, Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, in *Foro it.*, 2021, I, p. 3897.

Non si dimentichi, inoltre, che la centralità dell'argomento è anche dovuta al fatto che, in seguito al depotenziamento dell'azione revocatoria fallimentare (su cui v. Capitolo secondo), avvenuto con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, le curatele hanno rinvenuto nelle azioni di responsabilità nei confronti dell'istituto di credito uno strumento efficace al fine di incrementare l'attivo della procedura e garantire, pertanto, una maggior soddisfazione del ceto creditorio. Ciò ha determinato, dunque, un più vivace interesse della dottrina riguardo alla possibilità che la responsabilità della banca possa, effettivamente, essere fatta valere dal curatore e ha chiamato le corti, anche di legittimità, a pronunciarsi più volte, negli ultimi anni, sul punto (cfr. NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le Società*, 2007, p. 438).

¹⁶⁴ Cfr. Cass., 23 gennaio 2017, n. 1641, in *DeJure*; Cass., 20 dicembre 2002, n. 18147, in *DeJure*; Trib. Bologna, 25 luglio 2017, *ivi*. In dottrina si veda PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 1037.

¹⁶⁵ INZITARI – DEPETRIS, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Dir. fall.*, 2018, II, p. 1050.

non è, invece, prevista una norma del medesimo contenuto con riguardo alla sostituzione di tale organo ai creditori.

Le azioni in esame sono nominate solo nell'art. 240, comma 5, CCII, il quale prevede che la proposta di concordato nella liquidazione giudiziale presentata da uno o più creditori o da un terzo può prevedere la cessione anche delle “azioni di pertinenza della massa”, purché autorizzate dal giudice delegato.

Con riferimento alla normativa previgente, dunque, data la mancanza di una definizione legislativa, gli interpreti avevano elaborato una definizione della categoria in esame, affermando che potevano ritenersi di pertinenza della massa le azioni non destinate alla tutela del singolo o di parte dei creditori, bensì «dirette alla ricostruzione della massa attiva del fallimento»¹⁶⁶.

Tale definizione era fondata su alcune norme della Legge fallimentare¹⁶⁷, le quali attribuivano *expressis verbis* al curatore la legittimazione rispetto a controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale compresi nel fallimento, dirette a ricostituire la garanzia patrimoniale generica nell'interesse della generalità dei creditori¹⁶⁸. Le Sezioni Unite, infatti, erano giunte ad affermare che l'azione di pertinenza della massa è «caratterizzata dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo. Essa nell'immediato perviene all'effetto di aumentare la massa attiva, quali che possano essere i limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno. Essa tende direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore, inteso come sua garanzia generica e comunque esso sarà suddiviso attraverso il riparto»¹⁶⁹.

Si tratta di una ricostruzione che, secondo chi scrive, risulta condivisibile anche con riferimento alla nuova disciplina.

Infatti, anche con riferimento al Codice della crisi è possibile individuare diverse previsioni, le quali sembrano avere in comune il fatto che prevedono la legittimazione della curatela (e non, quindi, dei creditori singolarmente considerati o del debitore), a

¹⁶⁶ Cass., 20 dicembre 2002, n. 18147, in *DeJure*.

¹⁶⁷ In particolare, gli artt. 31, comma 2, 51, 66, comma 1, 67, 146, comma 2, 240, l.fall.

¹⁶⁸ In tal senso si veda SPIOTTA, *Il curatore “affina le armi”*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 448.

¹⁶⁹ Cass. S.U., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030 e 7031, cit.; Cass., 14 gennaio 2021, n. 24725, in *Foro it.*, 2021, I, p. 3897.

proporre azioni volte a ripristinare il patrimonio dell'imprenditore sottoposto a liquidazione giudiziale.

Il riferimento è, in primo luogo, agli artt. 165, comma 1 e 166 CCII: il primo, in particolare, riconosce al curatore della liquidazione giudiziale la legittimazione ad esercitare l'azione revocatoria ordinaria (azione che, come noto, prima della procedura può essere proposta dai creditori, ai sensi dell'art. 2901 c.c.); il secondo, invece, attribuisce a tale organo la *legitimatio ad causam* relativa all'azione revocatoria nella liquidazione giudiziale.

In secondo luogo, a tal fine viene in rilievo l'art. 347, comma 1, CCII, secondo cui il curatore può costituirsi parte civile nei procedimenti penali relativi ai reati contemplati dal Titolo IX del Codice della crisi.

Ancora, indicativo in proposito è l'art. 128, comma 1, CCII, ai sensi del quale il curatore non può stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato, nonché, infine, l'art. 150 CCII, il quale prevede che “*salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura*”¹⁷⁰.

Se dunque, da queste norme sembra potersi desumere che la curatela è legittimata ad esercitare tutte – e solo – le azioni destinate a reintegrare il patrimonio dell'impresa, al contrario, qualche dubbio può sorgere dalla lettura a dell'art. 255 CCII. Tale norma, infatti, apportando una significativa modifica all'art. 146 l.fall.¹⁷¹, dispone che “*il*

¹⁷⁰ In relazione alla corrispondente norma contenuta nella Legge fallimentare (art. 51), peraltro, si riteneva, pacificamente, che essa comportasse «per i creditori anche il divieto di esercitare le azioni di cognizione che sono, nel diritto comune, nella titolarità dei creditori e che tendono alla ricostituzione del patrimonio del debitore, per esercitarvi la garanzia di cui all'art. 2740 c.c. Infatti, poiché tali azioni sono strumentali ad una successiva esecuzione, il divieto di azioni esecutive individuali non può non estendersi ad esse: sotto questo aspetto, come ha rilevato la dottrina, “l'art. 51 è uno dei più chiari esempi di volontà legislativa che *plus voluit, quam dixit*”» (Cass., 20 dicembre 2002, n. 18147, in *DeJure*).

¹⁷¹ Il quale prevedeva che “*Sono esercitate dal curatore previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori: a) le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli organi di controllo, i direttori generali e i liquidatori; b) l'azione di responsabilità contro i soci della società a responsabilità limitata, nei casi previsti dall'articolo 2476, comma settimo, del codice civile*”.

curatore, autorizzato ai sensi dell'articolo 128, comma 2, può promuovere o proseguire ... b) l'azione dei creditori sociali prevista dall'articolo 2394 e dall'articolo 2476, sesto comma, del codice civile” e sembra, pertanto, attribuire alla curatela la possibilità di far valere un'azione diretta non ad ottenere il risarcimento per il danno subito dal patrimonio dell'imprenditore e, dunque, dalla massa dei creditori nel suo complesso, ma volta ad esercitare la pretesa risarcitoria attribuita ai singoli creditori sociali, i quali risultino lesi dall'insufficienza dell'attivo (art. 2394 c.c.).

A ben vedere, tuttavia, anche l'art. 255 CCII è coerente con quanto sostenuto in questa sede e affermato anche dalla giurisprudenza di legittimità: ciò in quanto, se, per un verso, l'azione *ex art. 2394 c.c.* trae, in effetti, origine da un fatto che non ha danneggiato in modo omogeneo il ceto creditorio, ma solo coloro i quali, a causa dell'insufficienza dell'attivo, non riescono a ricevere un completo soddisfacimento, per altro verso, tuttavia, essa presuppone, al pari delle altre azioni poc'anzi esaminate, una lesione diretta e immediata del patrimonio dell'impresa, la quale solo in via indiretta e mediata pregiudica i singoli creditori; anch'essa, dunque, sembra concorrere a definire le azioni di massa quali strumenti volti a ricostituire il patrimonio del debitore.

Una volta individuato, dal punto di vista teorico, il contenuto delle azioni di massa è, però, necessario indagare quali azioni, in concreto, possano essere ricondotte a tale categoria¹⁷².

Anzitutto, a tal proposito, deve rilevarsi che le norme che, come visto, attribuiscono la *legitimatio ad causam* alla curatela non rappresentano un *numerus clausus*, ma testimoniano la presenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale secondo cui a tale organo è attribuito il potere di proporre tutte quelle azioni destinate a reintegrare la garanzia patrimoniale generica¹⁷³.

¹⁷² Ciò anche in considerazione del fatto che le azioni di massa non coincidono totalmente con quelle che derivano dalla liquidazione giudiziale, ai sensi dell'art. 32 CCII, poiché alcune azioni, pur rientrando pacificamente tra quelle la cui legittimazione spetta al curatore, tuttavia preesistono alla procedura e, dunque, non sono attratte alla competenza funzionale del tribunale che ha aperto la liquidazione giudiziale (si pensi, ad esempio, alle azioni volte ad ottenere la dichiarazione di nullità di un contratto). In tal senso si veda MACRÌ, in AA. VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, JORIO (a cura di), Milano, 2016, p. 827.

¹⁷³ SPIOTTA, *Op. ult. cit.*, p. 448.

Tanto premesso, è opportuno indagare se tutte le azioni il cui esercizio spetti al curatore possono considerarsi azioni volte a ricostituire il patrimonio e, quindi, a ripristinare il pregiudizio subito dalla massa dei creditori.

A parere di chi scrive, la risposta a tale domanda è affermativa e ciò proprio alla luce della normativa sulla crisi d'impresa, dalla quale sembra potersi desumere un generale dovere della curatela di compiere solo azioni che abbiano come scopo l'incremento patrimoniale e, quindi, che garantiscano un maggior soddisfacimento del ceto creditorio in sede di riparto.

Si pensi, a tal proposito, ad esempio, all'art. 128, comma 1, CCII, secondo cui "*il curatore ha l'amministrazione del patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale*": tale norma, infatti, impone alla curatela di conservare il patrimonio del debitore e di compiere le attività necessarie a garantire un maggior realizzo dell'attivo e, dunque, un più ampio soddisfacimento dei creditori; all'art. 231 CCII, in relazione al quale la giurisprudenza afferma che, perché possano essere accolte eventuali contestazioni nei confronti del rendiconto presentato dal curatore, «la deduzione e la dimostrazione dell'esistenza di pregiudizio almeno potenziale recato al patrimonio del fallito o agli interessi dei creditori, difettando altrimenti un interesse idoneo a giustificare l'impugnazione del conto stesso»¹⁷⁴; o, infine, ai criteri ritenuti rilevanti dalla legge ai fini del calcolo del compenso del curatore, grazie al quale l'emolumento è parametrato sull'attivo realizzato¹⁷⁵: ciò porta, ragionevolmente, ad immaginare che il curatore della liquidazione giudiziale, per conseguire un maggior compenso, ponga in essere solo quelle attività che hanno come effetto l'incremento dell'attivo.

È evidente, pertanto, che se, sulla base di tali considerazioni, si ritiene – come sembra corretto – che la curatela sia legittimata a proporre solo le azioni di pertinenza della massa, in quanto esse risultano le uniche dirette ad incrementare e ripristinare il patrimonio del debitore, allora l'identificazione delle azioni appartenenti a tale categoria non risulta complessa: infatti, a tal fine, sarà sufficiente accertare, di volta in volta, se l'atto in relazione al quale il curatore chiede il risarcimento ha danneggiato il

¹⁷⁴ Cass., 21 ottobre 2010, n. 21653, in *DeJure*.

¹⁷⁵ Art. 1, d.m. 25 gennaio 2012, n. 30 e art. 137, comma 1, CCII.

patrimonio del debitore. Ciò porterà, dunque, ad escludere dalle azioni la cui legittimazione spetta a tale organo tutte quelle azioni che, non avendo direttamente causato una lesione alla massa attiva dell'impresa, non possono essere ritenute “di pertinenza della massa”¹⁷⁶.

10.1. *La legittimazione del curatore.*

Così definite le azioni di pertinenza della massa è, ora, possibile stabilire se il curatore sia legittimato ad agire in giudizio per far valere il risarcimento sofferto dal debitore, poi sottoposto a liquidazione giudiziale o dai creditori a causa dell'abuso nell'interruzione del credito o nella concessione del credito, ovvero a causa del concorso della banca nell'illecito degli amministratori.

In particolare, quanto alla domanda volta ad ottenere la riparazione della lesione subita dal cliente dell'istituto di credito a causa del recesso ingiustificato dal contratto di finanziamento, la *legitimatio ad causam* spetta, oltre che al debitore *in bonis*, certamente al curatore¹⁷⁷. L'interruzione “brutale” del credito, infatti, come visto¹⁷⁸, può cagionare al sovvvenuto un tracollo finanziario, dovuto sia all'improvviso obbligo di rientrare dall'esposizione, sia dalla perdita di credibilità sul mercato. L'azione risarcitoria relativa a tale illecito, dunque, rappresenta un'azione concernente un rapporto compreso nella liquidazione *ex art. 143 l.fall.*, la quale, essendo volta a ripristinare il patrimonio, è un'azione di massa. Al contrario, per quanto concerne il pregiudizio subito dai creditori dell'imprenditore a causa dell'interruzione del credito, essi potranno far valere autonomamente le proprie pretese, ma non potranno contare sulla legittimazione del curatore: ciò in quanto, sia nel caso in cui si tratti di creditori nei cui confronti la banca ha assunto l'obbligo di finanziare il debitore (lesi dal venir meno della finanza necessaria per il risanamento), sia nel caso in cui si tratti di terzi operatori sul mercato (lesi dall'inadempimento del debitore alle obbligazioni assunte nei loro confronti), essi

¹⁷⁶ Tale interpretazione, peraltro, sembra essere stata confermata, nella vigenza della Legge fallimentare, da Cass., 23 gennaio 2017, n. 1641, in *DeJure*.

¹⁷⁷ Cfr., in tal senso, LENOCI, *La responsabilità della banca per interruzione “brutale” del credito*, in *I battelli del Reno*, 2013, p.

¹⁷⁸ Cfr. Capitolo terzo.

non possono affermare di aver subito un pregiudizio direttamente e immediatamente dovuto alla lesione cagionata al patrimonio sociale.

Per quanto, invece, riguarda la concessione abusiva di credito e il concorso della banca nell'illecito degli amministratori, sulla base del ragionamento svolto può concludersi quanto segue.

Il curatore non pare legittimato ad agire per chiedere il risarcimento del danno causato dall'abuso nella concessione del credito ai singoli creditori, in quanto l'illecito non determina un pregiudizio al patrimonio, il quale, al contrario, subisce un incremento a causa dell'erogazione del finanziamento: la relativa azione, dunque, non può essere considerata di massa, poiché non diretta a ripristinare un danno causato alla garanzia patrimoniale generica. A ciò si aggiunga, inoltre, che tra la concessione del credito e l'inadempimento del debitore al contratto stipulato con i creditori anteriori o successivi alla sovvenzione, si può inserire la decisione sull'impiego della somma ottenuta¹⁷⁹, idonea, essa sola, ad interrompere il nesso di causalità, in quanto assunta dal debitore e, dunque, non addebitabile alla banca¹⁸⁰.

Insomma, l'unica ipotesi in cui, in presenza di un finanziamento all'imprenditore decotto, sembra potersi ravvisare la *legitimatio ad causam* del curatore è quella in cui, ai sensi dell'art. 255 CCII, egli voglia chiedere la riparazione della lesione arrecata al patrimonio sociale per effetto della condotta illecita degli amministratori: in questo caso, infatti, a differenza di quanto avviene nella concessione abusiva di credito, la banca risponde per aver contribuito alla *mala gestio* dovuta alla violazione dei doveri di conservazione del patrimonio in presenza del dissesto o dal ricorso abusivo al credito, la quale determina un pregiudizio diretto ed immediato al patrimonio sociale e, con esso, alla massa dei creditori.

¹⁷⁹ Salvi, naturalmente, i casi in cui si tratti di un utilizzo delle somme vincolato dallo scopo del finanziamento nei casi, già esaminati (v. *supra* par. 7.1.) di mutuo di scopo.

¹⁸⁰ Ma *contra* si veda Cass., 14 gennaio 2021, n. 24725, cit., la quale sembra ammettere che la concessione abusiva di credito possa arrecare un pregiudizio diretto al patrimonio dell'impresa (con conseguente legittimazione del curatore), nel momento in cui afferma che «dunque, con l'abusiva concessione del credito si può cagionare [...] anche la lesione – che dal primo è distinta – all'integrità della garanzia patrimoniale per tutti i creditori, anteriori o posteriori all'operazione bancaria, ammessi al passivo o a ciò aventi diritto» (conf., da ultimo, Cass., 18 gennaio 2023, n. 1387, in *DeJure*).

11. *La competenza del Tribunale della liquidazione giudiziale e della Sezione specializzata in materia di impresa.*

Un altro tema di rilievo relativo agli illeciti compiuti dalla banca nell'esercizio dell'attività creditizia concerne l'indagine relativa al giudice competente a decidere della controversia. Più precisamente, si tratta, in primo luogo, di stabilire se la domanda volta ad ottenere la riparazione del pregiudizio causato dalla condotta del banchiere rientri tra quelle di competenza del tribunale che ha aperto la liquidazione giudiziale, ai sensi dell'art. 32 CCII e, in secondo luogo, se tale eventuale competenza si sovrapponga con quella della Sezione specializzata in materia d'impresa.

Quanto al primo profilo, giova premettere che la soluzione al quesito relativo all'individuazione del giudice competente è conseguenza delle tesi sostenute con riferimento agli elementi costitutivi degli illeciti¹⁸¹.

A tal proposito, giova ricordare che l'art. 32 CCII, al pari del previgente art. 24 l.fall., attribuisce al tribunale che abbia aperto la liquidazione giudiziale una competenza funzionale, esclusiva e inderogabile in relazione alle controversie connesse alla procedura e ciò allo scopo di garantirne l'unitarietà¹⁸².

Pertanto, è indispensabile, in primo luogo, verificare se l'azione di cui si discorre è qualificabile, oppure no, quale azione di massa; in secondo luogo, è necessario stabilire cosa intende l'art. 32 CCII nel momento in cui afferma che il tribunale che ha aperto la procedura è "*competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano*".

Orbene, con riferimento alla qualificazione dell'azione proposta nei confronti della banca, si è già avuto modo di osservare che i danni lamentati dai singoli creditori non possono essere fatti valere dal curatore fallimentare e che, pertanto, la relativa azione non può essere classificabile quale azione di massa. L'unico caso in cui può discorrersi di azioni di pertinenza della massa – si è ritenuto – è quello in cui il curatore voglia chiedere il risarcimento del danno subito dal medesimo imprenditore per effetto dell'interruzione abusiva del credito, nonché del danno subito a causa del concorso

¹⁸¹ Cfr. Cass., 27 febbraio 2004, n. 4112, in *DeJure*; Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in *Il Fallimento*, 2002, p. 1166.

¹⁸² Cfr. Cass., 1° febbraio 1999, n. 831, in *DeJure*.

nella *mala gestio* degli amministratori¹⁸³. Si tratta, pertanto, di stabilire se queste azioni possano essere considerate come azioni *che derivano* dalla liquidazione giudiziale, ai sensi dell'art. 32 CCII.

A tal proposito, se è chiara la logica sottesa a tale previsione, meno scontata è l'individuazione delle controversie dalla stessa disciplinate.

La giurisprudenza formatasi nel vigore della Legge fallimentare, con riguardo a tale aspetto, ha ritenuto, per un verso, che l'art. 24 l.fall. si riferisca a quelle azioni che, benché già esistenti all'epoca di apertura della procedura, «proprio a causa del fallimento, abbiano subito deviazioni dal loro schema legale tipico, comprese quelle controversie aventi ad oggetto azioni alle quali dà vita la disciplina propria degli effetti del fallimento medesimo su tali rapporti»¹⁸⁴ e, per altro verso, che sono ricomprese in tale previsione «le azioni che hanno nel fallimento la loro origine e il loro fondamento come causa determinante o che da questo sono modificate sostanzialmente quanto al loro esercizio, dovendo trovare il loro svolgimento nella procedura fallimentare per assicurare l'unità dell'esecuzione concorsuale e la *par condicio creditorum*»¹⁸⁵.

Più precisamente, è oramai consolidato l'orientamento secondo cui possono considerarsi azioni *che derivano* dalla procedura concorsuale quelle che non preesistevano ad essa e che, dunque, nascono direttamente in capo al curatore (si pensi, ad esempio, all'azione revocatoria *ex art. 166 CCII*)¹⁸⁶, mentre, al contrario, non appartengono a tale categoria quelle che già l'imprenditore poteva esercitare anteriormente al fallimento (ora liquidazione giudiziale) e che, dunque, riguardano diritti preesistenti e che si pongono con la procedura in un rapporto di semplice occasionalità (ad esempio, le azioni volte a far valere un credito del fallito relativo ad un contratto stipulato in precedenza)¹⁸⁷.

¹⁸³ *Supra*, par. precedente.

¹⁸⁴ Cass., 6 giugno 2002, n. 8238, in *DeJure*.

¹⁸⁵ C. Cost., 7 luglio 1988, n. 778, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 3748.

¹⁸⁶ Cass., 15 dicembre 2006, n. 26935, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1135.

¹⁸⁷ Cass., 21 ottobre 2005, n. 20350, in *Giust. civ. mass.*, 2005, p. 10; Trib. Udine, 14 febbraio 2011, in *Redazione Giuffrè*, 2011. In dottrina si veda RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1997, p. 325 s.

Sulla base di tali osservazioni, dunque, deve ritenersi che le azioni proposte dai creditori, *uti singuli*, nei confronti dell'istituto di credito per l'illecito compiuto non rientrino nella competenza *ex art. 32 CCII*, in quanto esse preesistono alla procedura concorsuale e sono proponibili indipendente dall'apertura della liquidazione giudiziale (tanto più che, in questi casi, la partecipazione del curatore non sembra neppure necessaria, stante l'autonomia del diritto esercitato dal creditore nei confronti della banca). La competenza relativa a tali domande, pertanto, andrà individuata secondo le regole generali poste dal Codice di rito e, in particolare, ai sensi degli artt. 19 e 20 c.p.c.¹⁸⁸.

La medesima soluzione vale per il caso in cui il curatore della liquidazione giudiziale agisca ai sensi degli artt. 255 CCII per ottenere il risarcimento derivante dal concorso dell'istituto di credito nella *mala gestio* degli amministratori, esercitando le azioni previste dall'art. 2394-*bis* c.c.: in questa ipotesi, infatti, si tratta di domande proponibili dai creditori sociali anche prima dell'apertura della liquidazione giudiziale e indipendentemente da essa e non sorgono, dunque, *ex novo* in capo al curatore¹⁸⁹.

Al contrario, risulta applicabile l'art. 32 CCII ogniqualvolta il curatore agisca per chiedere la riparazione del pregiudizio arrecato dal banchiere tramite il concorso nel reato degli amministratori. La ragione di tale assunto risiede nel fatto che, con riferimento ai delitti compiuti dagli amministratori, la responsabilità penale sorge solo in seguito alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale¹⁹⁰: la relativa azione civile, pertanto, non può essere proposta prima di tale momento. Ciò che, come visto, fa sorgere la competenza esclusiva del tribunale concorsuale.

Venendo, invece, al secondo profilo e, cioè, a quello concernente l'eventuale competenza, in relazione alle controversie in esame, della Sezione specializzata in materia di impresa¹⁹¹, deve premettersi che, ovviamente, la questione risulta priva di rilievo ogniqualvolta il tribunale che ha aperto la liquidazione giudiziale coincida con quello

¹⁸⁸ Cass. S.U., 28 marzo 2006, nn. 7029, 7030, 7031, cit.

¹⁸⁹ Cass., 29 settembre 2016, n. 19340, in *DeJure*.

¹⁹⁰ Cass., 12 settembre 2018, n. 40477, in *DeJure*.

¹⁹¹ Tali Sezioni specializzate si trovano presso i tribunali elencati dall'art. 2 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1116, convertito nella Legge 24 marzo 2012, n. 27.

presso cui si trova la Sezione imprese¹⁹², poiché l'eventuale errore nell'individuazione del giudice competente non determina un difetto nell'instaurazione dell'azione, rappresentando tale assegnazione del potere di decidere solo una ripartizione del lavoro interna all'ufficio giudiziario¹⁹³.

Al contrario, la corretta individuazione del giudice competente rileva quando il tribunale competente *ex art. 32 CCII* e quello presso cui si trova la Sezione imprese si trovino presso fori diversi, poiché, l'instaurazione della controversia dinanzi al giudice sbagliato determina un vizio di competenza¹⁹⁴.

Tanto premesso, con riguardo agli illeciti di cui si discorre, le azioni promosse nei confronti dell'istituto di credito per ottenere il risarcimento da interruzione abusiva di credito o da concessione abusiva di credito non rientrano in alcuna ipotesi considerata dal d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, il quale individua le materie assegnate alle Sezioni specializzate.

Nel caso in cui, invece, sia fatta valere la responsabilità della banca per concorso nell'illecito compiuto dagli amministratori allora, rientrando tale controversia tra quelle relative alla responsabilità degli organi amministrativi, contemplate dall'art. 3, comma 2, *lett. a)* del decreto citato, dovrà ritenersi competente il Tribunale delle imprese¹⁹⁵.

Peraltro, in tale ipotesi, secondo la giurisprudenza, la competenza del Tribunale delle imprese sussiste anche se la domanda viene proposta solo nei confronti di chi ha concorso nella *mala gestio* e non anche nei confronti degli amministratori¹⁹⁶. Ciò in

¹⁹² Ipotesi, questa, sempre più probabile, ove si ponga mente alla circostanza che ai sensi dell'art. 27 CCII "*per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza e le controversie che ne derivano relativi alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevante dimensione è competente il tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168*". Ebbene, poiché solitamente le azioni in commento vengono esercitate proprio nei confronti di tali soggetti, stante la maggiore entità dei finanziamenti concessi dalla banca (e del conseguente maggior danno che da essi può derivare) è ipotizzabile che, a seguito dell'entrata in vigore del CCII la questione sarà destinata a essere sdrammatizzata a livello pratico.

¹⁹³ Cass. 27 ottobre 2016, n. 21774, in *DeJure*.

¹⁹⁴ COMOGLIO, *Il giudice specializzato in materia d'impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014, p. 134.

¹⁹⁵ Cass., 29 settembre 2016, n. 19340, in *DeJure*.

¹⁹⁶ Trib. Parma, 22 ottobre 2018, in *DeJure*.

quanto, discorrendosi di responsabilità solidale ai sensi dell'art. 2055 c.c. e, dunque, non potendosi ravvisare un caso di litisconsorzio necessario, l'adempimento dell'obbligo risarcitorio può essere richiesto, nella sua interezza, anche ad un solo coobbligato¹⁹⁷. Tuttavia, dal momento che tale domanda risulta connessa con l'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori, ai sensi dell'art. 3, comma 3, del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, è competente la Sezione specializzata, in quanto tale norma dispone che “*le sezioni specializzate sono altresì competenti per le cause e i procedimenti che presentano ragioni di connessione con quelli di cui ai commi 1 e 2*”.

Infine, per quanto concerne l'eventuale sovrapposizione della competenza della Sezione specializzata con quella individuata ai sensi dell'art. 32 CCII, sembra che anch'essa possa trovare una soluzione grazie all'art. 3, comma 3, appena citato.

Come visto, infatti, l'unica ipotesi in cui può ritenersi competente sia il tribunale che ha aperto la liquidazione giudiziale, sia quello delle imprese, concerne l'azione relativa alla responsabilità da concorso nel reato degli amministratori, promossa anche nei confronti di questi ultimi. Orbene, con riferimento a tale ipotesi deve ritenersi che prevalga la competenza della Sezione specializzata: se, infatti, la forza attrattiva di tale giudice è così intensa da far sorgere la competenza del Tribunale delle imprese per quelle materie che, pur non essendo direttamente ricomprese tra quelle elencate dall'art. 3, commi 1 e 2, del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, risultano comunque connesse con le cause espressamente previste, allora, *a fortiori*, essa attrae anche quelle cause (come quelle di cui si discorre), contemplate esplicitamente dall'art. 3, comma 2, *lett. a*) del medesimo decreto.

Tale ricostruzione risulta, peraltro, confermata dal Codice della crisi, il quale, per le imprese in amministrazione straordinaria e i gruppi di imprese di rilevanti

¹⁹⁷ In tal senso si è espressa, da ultimo, Cass., 14 settembre 2021, n. 24725, in *Foro it.*, 2021, I, p. 3897, secondo cui «la responsabilità della banca, in caso di abusiva concessione del credito all'impresa in stato di difficoltà economico-finanziaria, può sussistere in concorso con quella degli organi sociali di cui all'art. 146 l. fall., in via di solidarietà passiva ai sensi dell'art. 2055 c.c., quali fattori causativi del medesimo danno, senza che, per altro, sia necessario l'esercizio congiunto delle azioni verso gli organi sociali e verso il finanziatore, trattandosi di litisconsorzio facoltativo».

dimensioni, attribuisce alla Sezione specializzata i procedimenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e le controversie che ne derivano (art. 27, comma 1, CCII).

Al contrario, se l'azione è proposta nei confronti del solo finanziatore, ai sensi dell'art. 2055 c.c., pare preferibile ritenere che sia competente il tribunale *ex art. 32 CCII*. Ciò in quanto, secondo la Cassazione, «la sussistenza di un rapporto di connessione impropria tra le domande proposte [...] può [...] ritenersi sufficiente a giustificare la trattazione congiunta dinanzi alla sezione specializzata in materia d'impresa competente per territorio, la cui *vis attractiva*, come concordemente ritenuto dalla dottrina, è destinata a cedere esclusivamente in presenza della competenza funzionale di un altro giudice, mentre prevale su tutti gli altri criteri di competenza, sia forti (materia, valore e territorio inderogabile), sia deboli (territorio semplice). [...] L'unica competenza che nella specie avrebbe potuto essere considerata prevalente rispetto a quella della sezione specializzata è quella funzionale del tribunale fallimentare [ora tribunale che ha aperto la liquidazione, ai sensi dell'art. 32 CCII, n.d.r.]»¹⁹⁸. Pertanto, trattandosi, nel caso della domanda risarcitoria promossa nei confronti della banca per il danno causato dal concorso nel reato degli amministratori, di un'azione derivante dalla liquidazione giudiziale, essa appartiene alla competenza funzionale del tribunale che ha aperto la procedura; competenza che, dunque, stando a quanto affermato dalla Suprema Corte, prevale su quella del Tribunale delle imprese.

¹⁹⁸ Cass., 30 luglio 2018, n. 20059, in *DeJure*.

CONCLUSIONI

Il presente studio si è posto l'obiettivo di indagare a quali condizioni l'imprenditore non più *in bonis*, il quale stia cercando di preservare gli *assets* aziendali in vista del soddisfacimento dei creditori o nell'ambito di un tentativo di risanamento, possa, effettivamente, contare sul supporto finanziario da parte degli istituti di credito. In particolare, si è cercato di mettere in evidenza come l'argomento in esame ricopra un'importanza centrale nel Diritto della crisi d'impresa e ciò non solo perché le concrete possibilità di risoluzione della crisi dipendono dalla collaborazione del ceto bancario, ma anche perché l'incertezza, sviluppatasi negli anni, sul confine tra finanziamento lecito e finanziamento illecito disincentiva l'erogazione del credito all'imprenditore in crisi e rischia, pertanto, di pregiudicare il successo dei tentativi di risanamento, tanto cari al legislatore degli ultimi lustri.

A tal proposito, anzitutto, si è giunti alla conclusione che le regole che governano l'attività creditizia, desumibili dalla normativa, concretizzano il generale dovere di diligenza posto dall'art. 1176, comma 2, c.c. e impongono agli istituti di credito di astenersi dall'erogare credito ogniqualvolta il finanziamento risulti non conforme alle logiche imprenditoriali sottese alle operazioni bancarie. Se, dunque, può certamente affermarsi che al banchiere è richiesto, in ragione del suo alto grado di specializzazione e dei sistemi informativi di cui dispone, un onere di diligenza particolarmente elevato, tuttavia deve ritenersi che le norme sulla valutazione del merito creditizio siano previste a tutela della stabilità e solidità dell'ordinamento bancario stesso e di coloro che, direttamente, possono risultare pregiudicati da un operato delle banche contrario al criterio del profitto (*id est*, investitori e risparmiatori). Tali norme, invece, non sembrano invocabili da altri operatori del mercato, *in primis* i creditori del sovenuto, i quali solo indirettamente sono pregiudicati dalla concessione del finanziamento ad un imprenditore non meritevole di credito. Inoltre, sempre con riferimento all'ordinamento bancario, si è, altresì, osservato come, nel nostro ordinamento, non abbia fondamento normativo l'affermazione di un dovere delle banche di intervenire a sostegno

delle imprese in difficoltà e, dunque, come non possa ritenersi che gli istituti di credito svolgano una funzione *lato sensu* sociale: al contrario, il carattere imprenditoriale delle banche e il dovere di “sana e prudente gestione” sancito dall’art. 5 T.u.b. giustificano e rendono lecita (e apprezzabile) la scelta dell’istituto di credito di non concedere il finanziamento in assenza di concrete possibilità di recupero della somma corrisposta e degli interessi maturati sulla stessa.

Se, dunque, il legislatore non ha voluto imporre agli istituti di credito l’obbligo di intervenire a supporto dell’impresa in dissesto, per altro verso è, al contempo, innegabile che la normativa sulla crisi d’impresa incentiva, con la prospettiva di numerosi benefici, l’erogazione del credito nell’ambito della crisi.

Si tratta, infatti, di un approccio legislativo iniziato con le riforme alla Legge fallimentare susseguitesesi a partire dal 2005, da cui emerge il *favor* del legislatore per la soluzione negoziata della crisi d’impresa, oltre che la consapevolezza che un *fresh start* del debitore è possibile solo se quest’ultimo può contare sull’iniezione di nuova finanza da parte del ceto bancario. Nel secondo Capitolo, dunque, si è avuto modo di ripercorrere l’evoluzione che, dalle riforme del 2005 all’introduzione del Codice della crisi, ha interessato il sistema degli incentivi al finanziamento all’impresa in crisi e si è giunti alla conclusione che, se, da un lato, il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ha certamente inteso ridurre i costi delle procedure in favore di un maggior attivo destinato ai creditori, tuttavia, dall’altro lato, non sembra aver voluto ridimensionare i privilegi riconosciuti al ceto bancario. Al contrario, dalle norme dettate in tema di revocatoria, nonché in tema di prededuzione, esenzione dalla responsabilità penale ed espropriazione da parte del creditore fondiario in pendenza della procedura concorsuale liquidatoria si desume la volontà del legislatore di preservare – anche a costo dell’inosservanza del principio di “economicità” delle procedure, raccomandato dall’Unione europea e dalla legge delega – i benefici riconosciuti al finanziatore bancario e, con essi, le possibilità di successo nei tentativi di risoluzione della crisi.

Il chiaro *favor* mostrato dal Codice della crisi verso l’erogazione del credito all’imprenditore in difficoltà economico-finanziaria, sebbene induca a non estendere l’area di responsabilità da finanziamento, tuttavia non impedisce di sanzionare quelle

condotte della banche che, non risultando giustificabili alla luce del salvataggio dell'impresa in crisi o di logiche imprenditoriali, sono preordinate a conseguire vantaggi ingiusti e lesivi della *par condicio creditorum* o degli interessi degli altri operatori del mercato.

A questo proposito, negli ultimi due Capitoli sono state esaminate le principali ipotesi di responsabilità del finanziatore e ci si è concentrati, in particolare, dapprima sull'illecito compiuto dalla banca nel caso in cui decida, contrariamente ai doveri di correttezza e buona fede, di recedere dal contratto di credito (interruzione abusiva del credito) e, in un secondo momento, sull'illecito compiuto per aver, al contrario, deciso di finanziare un soggetto in stato di dissesto (concorso della banca nella *mala gestio* degli amministratori e concessione abusiva di credito).

Nello specifico, si è cercato, *in primis*, di fornire una risposta al c.d. “dilemma del banchiere”, ossia al paradosso per cui, secondo le moderne ricostruzioni, la banca potrebbe incorrere in forme di responsabilità sia nel caso in cui conceda il credito, sia nel caso in cui, in presenza della crisi, interrompa il rapporto con il proprio cliente. Si è, dunque, ritenuto che la soluzione a tale quesito risieda nel diverso stato (di crisi, ovvero di insolvenza), in presenza del quale viene tenuta la condotta potenzialmente dannosa, giungendo, dunque, a ritenere configurabile l'interruzione “brutale” del credito solo nei confronti di un'impresa in crisi e, specularmente, la concessione abusiva del credito solo nei confronti di un'impresa in stato di insolvenza.

Da ultimo, sono stati esaminati gli elementi costitutivi degli illeciti in esame: nella consapevolezza dell'incertezza che, in assenza di specifiche previsioni normative, governa tale aspetto, si è ritenuto opportuno procedere alla ricostruzione delle diverse forme di responsabilità ricercando, in relazione a ciascun profilo, le soluzioni maggiormente coerenti con le regole individuate nei primi due Capitoli, relative all'ordinamento creditizio e alla normativa sulla crisi d'impresa.

Si è, pertanto, giunti a ritenere, per quanto concerne gli aspetti più rilevanti, che sia l'interruzione “brutale” del credito, sia l'abuso nella concessione del credito rappresentano forme di abuso del diritto e che nel caso di concorso della banca nella *mala gestio* degli imprenditori non è ravvisabile una responsabilità da abuso nella

concessione del finanziamento, poiché il primo illecito presuppone una lesione diretta al patrimonio dell'impresa, non concepibile in presenza di un atto – quale il finanziamento – che ha, al contrario, come primo effetto quello di incrementare l'attivo del sovvenuto.

Infine, si è dedicata particolare attenzione agli aspetti processuali comuni alle varie forme di responsabilità e si è esaminata l'annosa questione della riconducibilità dell'azione diretta ad ottenere il risarcimento per il danno derivante dall'abuso nella concessione del credito alla categoria delle c.d. “azioni di pertinenza della massa” e, dunque, la sussistenza della *legitimatio ad causam* del curatore della liquidazione giudiziale. In proposito, si è ritenuto che la legittimazione del curatore possa sussistere solo in presenza di un'azione diretta a rimediare a un pregiudizio subito direttamente dal patrimonio e idonea, dunque, a produrre un effetto favorevole per la generalità dei creditori concorsuali, con conseguente esclusione della legittimazione del curatore nei casi in cui la domanda di risarcimento del danno sia finalizzata a riparare una lesione arrecata a singoli creditori dell'imprenditore. Pertanto, la legittimazione di tale organo sarà ravvisabile solo qualora sia domandato il risarcimento del danno arrecato al cliente della banca a causa dell'interruzione “brutale” del credito, ovvero del pregiudizio causato al patrimonio del sovvenuto a causa della violazione dei doveri posti a carico degli amministratori.

In conclusione, alla luce della disamina svolta è possibile osservare come il Codice della crisi, nello sforzo di evitare che il debitore “onesto ma sfortunato” sia espulso dal mercato, abbia predisposto differenti strumenti volti a rendere conveniente, per gli istituti di credito, l'attività di finanziamento anche in presenza di crisi o persino di decozione del cliente e, al contempo, proprio per tale motivo, sia stato molto cauto nel ridimensionare i privilegi del ceto bancario (peraltro, significativa in tal senso è la mancata previsione, nella normativa riformata, di una norma che, al pari dell'art. art. L. 650-1 del *Code de commerce* francese, definisca l'ambito di responsabilità della banca in relazione all'attività creditizia).

Ciò, se, per un verso, conduce a delineare una sfera di, per così dire, “immunità” del banchiere, per altro verso consente al debitore di accedere più agevolmente al credito

bancario, poiché permette all'istituto di credito di conoscere con certezza i confini della responsabilità connessa all'attività creditizia e di erogare il credito senza timore di incorrere in sanzioni dai presupposti e contorni non predeterminabili *ex ante*: risultato che, senza dubbio, arreca beneficio all'impresa in crisi e, in ottica più generale, al mercato.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare: commento al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (agg. al D.L. 35, 2005 e al D. lgs. 5, 2006)*, JORIO (diretto da) – FABIANI (coordinato da), Bologna, 2006.

AA.VV., *Le nuove norme processuali e fallimentari: commento del D.L. 14 marzo 2005, n. 35 e della Legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80*, PUNZI – RICCI (a cura di), Padova, 2005.

ABBADESSA, *Voce Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 529.

ABETE, *La responsabilità degli organi di gestione, liquidazione e controllo nella riforma della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2006, p. 5.

ABRIANI – BENEDETTI, *Finanziamenti all'impresa in crisi e abusiva concessione di credito: un ulteriore frammento della disciplina speciale dell'impresa in crisi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2020, p. 45.

ACCIARI, *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Milano, 2012.

AGOSTINELLI, *Sub art. 111*, in AA.VV., *Codice del fallimento*, PAJARDI – PALUCHOWSKI (a cura di), Milano, 2013.

ALAIÒ – BOWINKEL, *Impatti sul processo del credito delle Linee guida EBA in materia di erogazione e monitoraggio*, in *Amministrazione e Finanza*, 2020, 10, p. 66.

ALBESANO, *Gli effetti della domanda e dell'ammissione*, in AA.VV., *Il concordato preventivo dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2021.

ALESSI, *Debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987.

AMBROSINI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e finanziamenti alle imprese in crisi*, Bologna, 2012.

AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 1137.

AMBROSINI, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi dopo la riforma del 2012*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 469.

AMBROSINI, *Il diritto dell'impresa in crisi*, Pisa, 2022.

AMBROSINI, *La modifica, la rinuncia e la ripresentazione della domanda di concordato preventivo*, in AA.VV., *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali. Le altre procedure concorsuali*, VASSALLI – LUISO – GABRIELLI (diretto da), IV, Torino, 2014.

AMBROSINI, *Profili civili e penali delle novità introdotte dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 in materia di soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, in AA.VV. *Crisi di imprese: casi e materiali*, BONELLI (a cura di), Milano, 2011.

ANDREANI, *Verifica del merito creditizio ed abusiva concessione di credito*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2023.

ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 1998, I, p. 137.

ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, 5^a ed., Milano, 2012.

ANTONUCCI, *Sub art. 5*, in AA.VV., *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni*, COSTI (a cura di), I, Torino, 2013.

APICE – MANCINELLI, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012.

AQUILINO, *Sostegno finanziario delle imprese in crisi e responsabilità della banca: brevi riflessioni alla luce della riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 576.

ARATO, *La responsabilità della banca nella crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 252.

ARGENZIANO, *Il finanziamento delle imprese industriali*, Milano, 1959.

BALESTRA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore: sulla non facile delimitazione perimetrale*, in *Il Fallimento*, 2017, p. 1158.

BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 109.

BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. Decreto sviluppo*, in *Il Fallimento*, 2012, p. 1401.

BALESTRA, *Responsabilità per abusiva concessione del credito e legittimazione del curatore*, in AA.VV., *Le azioni di responsabilità nelle procedure concorsuali*, BALESTRA (a cura di), Milano, 2016.

BALSAMO TAGNANI – VOLPI, *Concessione ed interruzione abusiva del credito: nuovi profili di responsabilità della banca nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Contr. e impr.*, 2020, I, p. 225.

BASILE, *Art. 217-bis l.fall. e gruppi di società*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, II, 2013, p. 203.

BELTRAMI, *La disciplina dei finanziamenti alle imprese in crisi nelle operazioni di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 44.

BENATTI, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342.

BENATTI, voce *Doveri di protezione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, IV, Torino, 1991, p. 222.

BENEDETTI, *La ridefinizione della concessione abusiva di credito ad opera della Cassazione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2022, II, p. 173.

BENEDETTO, *Osservazioni in tema di erogazione abusiva di credito*, in *Giur. comm.*, III, 2004, p. 344.

BENVENUTO – MEANI, *Nuove Linee guida EBA sull'erogazione e monitoraggio del credito*, in *Il Fallimentarista*, 21 luglio 2021.

BERTACCHINI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011.

BERTACCHINI, *Il presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento: lo stato di insolvenza*, in AA.VV., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2011.

BERTI, *Rapporti banca-impresa: mutamenti legislativi e regolamentari*, in *Bilancio e Revisione*, 2022, VIII-IX.

BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229 c.c.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979.

BIANCHI, *L'autofinanziamento*, Milano, 1963.

BIBOLINI, *Responsabilità della banca per finanziamento ad imprenditore insolvente*, in AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche. Atti del Convegno di studio organizzato dal Banco di Sardegna e dal Cidis*, Milano, 1986.

BIVONA, *L'«obbligo di far credito» nelle discipline emergenziali*, in *Nuova giur. civ.*, 2022, I, p. 99.

BOCCHINI, *La concessione abusiva del credito nell'epoca post pandemica: modello predittivo o fallibilità umana?*, in *Riv. dir. bancario*, 2022, p. 269.

BONATO, *“How to get away with bankruptcy”*, ovvero *l'esonazione dai reati di bancarotta ex art. 217-bis l.fall.*, in *Il Fallimento*, 2018, p. 269.

BONATO, *Concessione e perdita della prededuzione tra Legge fallimentare e Codice della crisi – Un'analisi diacronica*, disponibile su *IlCaso.it*.

BONELLI, *“Concessione abusiva” di credito e “interruzione abusiva” di credito*, in AA.VV., *Crisi di imprese: casi e materiali*, BONELLI (a cura di), Milano, 2011.

BONFATTI, *I “cerchi concentrici” della concorsualità e la prededuzione dei crediti (“dentro o fuori”?)*, in *IlCaso.it*.

BONFATTI, *Il sostegno finanziario delle imprese in crisi*, in AA.VV., *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali. Atti del convegno di Lanciano (26 e 27 novembre 2010)*, BONFATTI – FALCONE (a cura di), Milano, 2011.

BONFATTI, *Il sostegno finanziario alle imprese in crisi. Finanziamenti pendenti e nuove erogazioni*, Pisa, 2022.

BONFATTI, *La nozione di finanziamento. Le forme negoziali tipiche e atipiche*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1187.

BONINI, *Note sulla causa di esclusione del fatto tipico ex art. 217-bis l. fallimentare*, in AA.VV., *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovraindebitamento*, in BONFATTI – FALCONE (a cura di), Milano, 2014, p. 89.

BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Giur. comm.*, 1981, I, p. 287.

BOTTAI, *I finanziamenti alle imprese in crisi nella Legge fallimentare*, in BOTTAI – GALLOTTA, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2021.

BOZZA – SCHIAVON, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano, Giuffrè, 1992.

BRESCIA MORRA, *Sub art. 10*, in *Testo unico bancario. Commentario*, PORZIO – BELLINI – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO (a cura di), Milano, 2010.

BRIZZI, *I principi delle Sezioni Unite in tema di danno al patrimonio sociale al vaglio della giurisprudenza di merito: assenza di scritture contabili e concessione abusiva di credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, p. 67.

BROGI, *I finanziamenti all'impresa in crisi tra legge fallimentare, codice della crisi e d.l. n. 118 del 2021*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1285.

BRUNET, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit*, in *Dir. banc.*, 1998, I, p. 318.

BUTHURIEUX, *Responsabilité du banquier*, Paris, 1999.

CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 875.

CAPRIGLIONE, *Sub art. 10*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, CAPRIGLIONE (a cura di), Padova, 2018.

CARBONE, *Apertura di credito, recesso della banca e violazione del dovere di correttezza verso il cliente*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1495.

CARDI, *Mercati e istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2018.

CARIELLO, Sub art. 2497 c.c., in AA.VV., *Società di capitali*, NICCOLINI – STAGNO D’ALCONTRES (a cura di), Napoli, 2004.

CARMELLINO, *Nuove questioni (ma non troppo) sull’applicazione del principio della consecuzione delle procedure: post hoc, ergo propter hoc (oppure no?)*, in *Fallimento*, 2022, 6, p. 803.

CASTELLI – TINA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore: il punto della Suprema Corte*, in *Contratti*, 2022, II, p. 171.

CASTIELLO D’ANTONIO, *Crisi d’impresa e responsabilità della banca: «revoca brutale» del fido, concessione abusiva di credito*, in *Dir. fall.*, 2009, p. 290.

CASTIELLO D’ANTONIO, *La banca tra “concessione abusiva” e “interruzione brutale” del credito*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 765.

CASTIELLO D’ANTONIO, *La responsabilità della banca per «concessione abusiva di credito»*, in AA.VV., *La “riforma urgente” del diritto fallimentare e le banche. Problemi risolti e irrisolti. Atti del Convegno di Lanciano (31 maggio – 1° giugno 2002)*, BONFATTI – FALCONE (a cura di), Milano, 2003.

CASTIELLO D’ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 605.

CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in AA.VV., *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, MACCARONE. – NIGRO (a cura di), Milano, 1981.

CASTRONOVO, *L’obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV. *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995.

CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006.

CASTRONOVO, *Responsabilità civile*, Milano, 2018.

CASTRONOVO, *Ritorno all’obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, p. 679.

CASTRONOVO, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1990, p. 1.

CAZZETTA, *Continuità aziendale e tutela del credito. Il finanziamento bancario all’impresa in crisi*, Napoli, 2020.

CENSONI, *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Il Fallimento*, 2014, p. 377.

CESARINI, *Struttura finanziaria, sistema creditizio e allocazione delle risorse in Italia*, Bologna, 1976.

CHERTI, *Il mutuo (tra Codice civile e legislazione speciale*, in AA.VV., *I contratti bancari*, PIRAINO – CHERTI (a cura di), Torino, 2016.

CHOPARD – GAROFOLI, *La banca ticinese e l'impresa del nord Italia. Opportunità d'integrazione transfrontaliera*, Milano, 2014.

CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, p. 580.

CLARIZIA, *La responsabilité du banquier donneur de crédit*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1976, I, p. 361.

COCCO, *I rapporti tra banca e impresa in crisi: problemi di responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, p. 529.

COMOGLIO, *Il giudice specializzato in materia d'impresa. Problemi e prospettive*, Torino, 2014.

CONIGLIANI, *La centrale dei rischi*, in *Banca d'Italia, Tematiche istituzionali*, Roma, 1995.

COSTA, *Procedure di salvataggio delle imprese, azione revocatoria e prededuzione nelle recenti evoluzioni normative*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, FORTUNATO – GIANNELLI – GUERRERA – PERRINO (a cura di), Milano, 2011.

COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012.

D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.*, in *Le Società*, 2011, p. 201.

D'ANSELMO, *Due sentenze sulla concessione abusiva*, in *Giur. comm.*, 2022, V, p. 1110.

D'ORAZIO, *I finanziamenti e la legislazione emergenziale*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1272.

D'ORAZIO, *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Milano, 2013, p. 625.

DANOVI – GIACOMELLI – RIVA – RODANO, *Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa: il concordato preventivo*, in *Questioni di economia e finanza (occasional papers)*, marzo 2018, disponibile su Bancaditalia.it.

DE CRESCIENZO, *Le azioni di responsabilità nelle procedure di fallimento delle società di capitali ex art. 146 l.fall.*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, CAGNASSO – PANZANI (diretto da), Torino, 2016.

DE CUPIS, *Dei fatti illeciti. Artt. 2043-2059*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1971.

DE LAURENTIS, *Analisi finanziaria e precetti del credito dopo le linee-guida EBA*, Roma, 2021, p. 380.

DE VINCENZO, *Audizione sulle tematiche relative allo squilibrio della struttura finanziaria delle imprese italiane che rischia di essere determinato dalla pandemia da Covid-19*, 18 marzo 2021, disponibile su *Bancaditalia.it*.

DEL MAJNO, *Brevi riflessioni sulla “finanza ponte” ex art. 182 quater, comma II, L.F.*, disponibile su *IlCaso.it*.

DELLE MONACHE, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1329.

DELLE MONACHE, *Profili dei «nuovi» accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 543.

DEPETRIS, *Concessione abusiva di credito e aggravamento del dissesto: la quantificazione del danno al patrimonio sociale*, in *Dir. fall.*, 2019, II, p. 475.

DEZZANI, *«Basilea 2» e il merito creditizio delle imprese*, in *Le Società*, 2007, IV, p. 405.

DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 145.

DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004.

DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie “concessione abusiva di credito”*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2012, II, p. 692.

DI MARZIO, *Finanziamento bancario alle imprese in crisi*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012 – Treccani*, Roma, 2012.

DI MARZIO, *L'abuso nella concessione del credito*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 314.

DI MARZIO, *Sulla fattispecie “concessione abusiva del credito”*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2009, II, p. 382.

DI MARZIO, voce *“Concessione abusiva di credito”*, in *Enc. Dir., Ann. VI*, Milano, 2013, p. 178.

DI VIZIO, *I rischi penali per gli operatori bancari in relazione ai finanziamenti con garanzia pubblica previsti dal decreto liquidità*, in AA.VV., *Finanziamenti e diritto della crisi nell'emergenza*, PACCHI – PISANESCHI (a cura di), Torino, 2020.

DOLMETTA, *Prospettive e problemi del credito pandemico coperto da garanzia statale*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 253.

DOLMETTA, *Valutazione del merito creditizio e diligenza del finanziatore*, in *Il Fallimento*, 2022, p. 1575.

FABBRINI, *Abusiva revoca del credito e accertamento dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 395.

- FABIANI, *I crediti SACE per le garanzie ai finanziamenti alle imprese: la contraddizione tra il sistema dei privilegi e la ragion di Stato*, in *Il Fallimento*, 2022, p. 493.
- FACCINCANI, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali di risanamento. Le novità introdotte dalla riforma del diritto fallimentare*, Milano, 2007.
- FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010.
- FALCONE, *La "gestione privatistica dell'insolvenza" tra accordi di ristrutturazione e piani di risanamento*, in AA.VV., *La nuova legge fallimentare «rivista e corretta». Atti del convegno di Lanciano (13 ottobre 2007)*, BONFATTI – FALCONE (a cura di), Milano, 2008.
- FALCONE, Sub art. 49, in AA.VV., *Testo unico bancario. Commentario*, PORZIO (a cura di), Milano, 2010.
- FAROLFI, *Spunti ricostruttivi sulla prededuzione nel nuovo Codice della crisi*, in *Diritto della crisi*, 2022.
- FAUCEGLIA, *Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 646.
- FAUCEGLIA, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019.
- FAUCEGLIA, *Riflessioni sulla responsabilità delle banche nel Codice della crisi con particolare riguardo all'abusiva concessione del credito*, in *Diritto della crisi*, 2023.
- FAUCEGLIA, Sub art. 11, in AA.VV., *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni*, COSTA (a cura di), Torino, 2013.
- FERRARI, *Legittimazione del curatore per abusiva concessione di credito, plurioffensività dell'illecito al patrimonio ed alla garanzia patrimoniale*, in *Corr. Giur.*, 2006, p. 419.
- FERRI, *Considerazioni preliminari sull'impresa bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1969, III, p. 321.
- FERRI, *La diligenza del banchiere*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1958, I, p. 1.
- FERRO – FILOCAMO, Sub art. 182-quater, in AA.VV., *La legge fallimentare*, III, FERRO (a cura di), Padova, 2014.
- FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario. Parte generale*, Torino, 2012.
- FIMMANÒ, *Gli aiuti di Stato alle imprese in crisi da Coronavirus*, in AA.VV. *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell'era post Covid-19*, PALMIERI (a cura di), I, 2020.

FORTUNATO, *Codice della Crisi e responsabilità di creditore e finanziatore nella valutazione del “merito creditizio”*, AA.VV., *Le banche nel nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019, IV.

FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2009, suppl. al n. I, p. 65.

FOSCHINI, *La concessione e la revoca del fido bancario e il fallimento del cliente*, in *Dir. fall.*, 1992, I, p. 503.

FRAGALI, *Del mutuo. Artt. 1813-1322 c.c.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1969.

FRAGALI, *I contratti di credito agrario come contratti di finanziamento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1973, I, p. 471.

FRAGALI, voce *Finanziamento (dir. priv.)*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVII, 1968, p. 605.

FRANCHINA, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in *Dir. fall.*, 1988, I, p. 656.

GAGGERO, *Responsabilità civile della banca (progetto di una voce enciclopedica)*, in *Giur. comm.*, 1998, I, p. 95.

GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 1.

GALGANO, *Degli effetti del contratto. Artt. 1372-1386 c.c.*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993.

GALGANO, *Il diritto civile in 27 lezioni*, Milano, 2007.

GALLETTI, *Brevi note sull’uso del criterio dei “netti patrimoniali di periodo” nelle azioni di responsabilità*, disponibile su *IlCaso.it*.

GALLETTI, *La responsabilità civile della banca per la concessione abusiva del credito nella teorica dell’illecito civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, p. 1453.

GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006.

GALLOTTA, *L’approccio del d.lgs. 14/2019 al problema dei finanziamenti alle imprese in crisi*, in BOTTAI – GALLOTTA, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, SANZO – VI-TIELLO (diretto da), Milano, 2021, p. 167.

GENTILI, *L’abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 10297.

GIANESINI, *Il rischio penale nella gestione della crisi d’impresa*, Torino, 2016.

GIANNELLI, *Banche e attività bancaria*, in *Diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, SFAMENI – GIANNELLI, Milano, 2020.

GIORGI, *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, Milano, 1996.

GIORGI, *I finanziamenti all'impresa in crisi tra il labirinto delle prededuzioni e la selva della frammentazione dei riti*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, II, p. 263.

GOBBI, *Tendenze evolutive del rapporto banca-impresa in Italia*, in *Il rapporto banca-impresa in Italia*, MONFERRÀ (a cura di), Roma-Milano, 2007.

GOBIO CASALI, *Responsabilità di amministratori e di terzi – Le azioni del curatore contro i terzi concorrenti nella mala gestio degli amministratori*, in *Giur. it.*, 2021, p. 1900.

GRANATA, *Il fenomeno della concessione di credito*, in *Le Società*, 2007, IV, p. 449.

GRECO, *Sub art. 5*, in AA.VV., *Commentario al Testo unico bancario*, PORZIO – BELLI – LOSAPPIO – RISPOLI FARINA – SANTORO (a cura di), Milano, 2010.

GROSSI, *Il tribunale fallimentare e il giudice delegato*, in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali*, GHIA – PICCININNI – SEVERINI (a cura di), III, Milanofiori Assago, 2011.

GUIOTTO, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1199.

GUIOTTO, *La prededuzione dei crediti post omologazione e la consecuzione di procedure tra orientamenti consolidati e codice della crisi*, in *Il Fallimento*, 2022, p. 1129.

HAMEL, *Banques et opérations de banque*, II, Paris, 1943, p. 760.

INZITARI – DEPETRIS, *Abusiva concessione di credito, legittimazione del curatore, danno alla massa ed al soggetto finanziato*, in *Dir. fall.*, 2018, II, p. 1037.

INZITARI, *Banca, crisi e responsabilità. Scritti scelti dal 1973 al 2016*, Torino, 2018.

INZITARI, *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Dir. banc.*, 1993, p. 412.

INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Contr. e impr.*, 2020, II, p. 618.

INZITARI, *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.*, 2017, I, p. 721.

INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Le Società*, 2007, p. 462.

INZITARI, *L'azione di massa per abusiva concessione di credito nella giurisprudenza della cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2021, p. 1125.

INZITARI, *La Cassazione riconosce la legittimazione del curatore all'azione di massa per abusiva concessione di credito*, in *Il diritto degli affari*, 2021, II, p. 151.

INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, p. 265.

JEANTET, *Gli effetti della domanda e dell'ammissione*, in AA.VV., *Il nuovo concordato preventivo*, SANZO – VITIELLO (diretto da), Milano, 2016.

JORIO, *Concessione abusiva di credito, fallimento, responsabilità della banca e legittimazione del curatore*, in *Giur. comm.*, II, 2018, p. 262.

JORIO, *Le soluzioni concordati della crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in AA.VV., *Crisi d'impresa e riforme delle procedure concorsuali. Atti del convegno*, Milano, 2006.

LA CROCE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. it.*, 2010, XI, p. 2460.

LA TORRE, *Diritto civile e codificazione. Il rapporto obbligatorio*, Milano, 2006.

LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

LENOCI, *La responsabilità della banca per interruzione "brutale" del credito*, in *I battelli del Reno*, 2013, p. 3.

LEUZZI, *L'evoluzione del valore della continuità aziendale nelle procedure concorsuali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, II, p. 479.

LIACE, *La centrale dei rischi*, in *Il governo delle banche in Italia: commento al Testo unico bancario ed alla normativa collegata*, RAZZANTE – MORERA – LACAITA (a cura di), Torino, 2006.

LIACE, *La responsabilità civile della banca*, Milano, 2003.

LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008.

LO CASCIO, *Iniziative giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche*, in *Il Fallimento.*, 2002, p. 1181.

LO CUOCO, *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Milano, 1986.

LOCORATOLO, *I finanziamenti destinati ad uno specifico affare*, in AA.VV., *Le operazioni di finanziamento alle imprese*, DEMURO (a cura di), Torino, 2010.

LOTTINI, *Modifica della legge fallimentare – Il nuovo art. 217 bis l.fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il Fallimento*, 2010, p. 1366.

LOTTINI, *Sub art. 217-bis l.fall.*, in AA.VV., *Codice commentato del fallimento*, diretto da LO CASCIO, Milanofiori Assago, 2017.

MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in AA.VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, DI MARZIO – MACARIO (cura di), Milano, 2010.

MACCARONE, *I finanziamenti bancari alle imprese in crisi: tipologie*, in AA.VV., *Finanziamenti bancari alle imprese in crisi fra prededuzione e subordinazione. Incontro di studio del 18 marzo 2011*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2011, III.

MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2012, p. 727.

MAGNI, *Il mutuo*, in AA.VV., *Diritto civile*, LIPARI – RESCIGNO (diretto da), Milano, 2009.

MARCINKIEWICZ, *Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 308.

MARINUCCI – DOLCINI – GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2018.

MARSEGLIA, *Rottura brutale del credito e responsabilità della banca*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, p. 86.

MASERA – MAZZONI, *Basilea III. Il nuovo sistema di regole bancarie dopo la grande crisi*, Milano, 2012.

MELINA, *Emissione di assegno su conto scoperto e "rottura brutale del credito"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 202.

MENGONI, *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi"*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 185.

MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360.

MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 209.

MICHELETTI, *Il ricorso abusivo al credito come reato necessariamente condizionato*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, p. 23.

MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, in *Giust. civ.*, 2013, IX, p. 473.

MINERVINI, *Il rischio di “insolvenza diffusa”. Spunti di riflessione per la “fase 2” (e una proposta operativa)*, in *Crisi d’Impresa e Insolvenza*, 2020, p. 1.

MIOLA, *Profili del finanziamento dell’impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1090.

MODINA, *Covid-19 e imprese: impatto, prime risposte e lezioni da prendere per un ritorno alla prossima normalità*, in AA.VV., *Oltre la pandemia. Società, salute, economia e regole nell’era post Covid-19*, PALMIERI (a cura di), I, Napoli, 2020.

MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in AA.VV., *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, MONTALENTI (a cura di), Milano, 2018.

MONTALENTI, *Impresa, società di capitali, mercati finanziari*, Torino, 2017.

MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, 1998.

MOZZARELLI, *I covenants e il governo della società finanziata*, Milano, 2012.

MUNARI, *Crisi d’impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012.

MUSCETTOLA, *Basilea 2: diagnosi e terapie. Guida pratica per le imprese*, Milano, 2006.

NANNI, *Abuso della banca concessione di credito ad impresa insolvente*, in *Il Fallimento*, 1996, p. 917.

NARDECCHIA, *Il finanziamento fondiario e le sue patologie*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1231.

NARDECCHIA, *L’abusiva concessione del credito all’esame delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 630.

NARDECCHIA, *Le esenzioni dalla revocatoria. Piani attestati. Accordi di ristrutturazione. Concordato preventivo*, in AA.VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, JORIO (a cura di), II, Torino, 2016.

NARDECCHIA, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell’art. 67 l.fall.*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 14.

NIEDDU ARRICA, *Finanziamento e sostenibilità dell’indebitamento dell’impresa in crisi*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 808.

NIGRO – VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2017.

NIGRO, *“Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 359.

NIGRO, *Considerazioni conclusive*, AA.VV., *Le banche nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2019.

NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le Società*, 2007, IV, p. 437.

NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Le Società*, 2007, p. 437.

NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 219.

NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in *Giur. comm.*, 2011, I, p. 305.

NIGRO, *Privatizzazione delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, JORIO (a cura di), Torino, Giappichelli, 2007.

NIGRO, *Sub art. 67 l.fall.*, in AA.VV., *La legge fallimentare dopo la riforma. Disposizioni generali e fallimento*, I, NIGRO – SANDULLI – SANTORO, Torino, 2010.

NOCERA, *Finanziamenti prededucibili ex art. 182 quinquies – L'attestazione del professionista e la veridicità dei dati aziendali*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 1463.

NOCERA, *Gli accordi di ristrutturazione come contratto privatistico: il diritto della crisi d'impresa oltre le procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 376.

NORELLI, *L'esdebitazione del fallito*, in *Esecuzione forzata*, 2006, p. 4.

NUZZO, *Le conseguenze personali del fallimento. Dalla "morte civile" alla politica della seconda opportunità*, in *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, LANDI – PETRUCCI (a cura di), Torino, 2017.

OPPO, *La Banca d'Italia dal privato al pubblico*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p. 601.

ORLANDO – RODANO, *Firm undercapitalization in Italy: business crisis and survival before and after COVID-19*, in *Questioni di economia e finanza (occasional papers del 23 dicembre 2020)*, disponibile su Bancaditalia.it.

PACCHI, *La prededucazione dei crediti: notazioni generali*, in *Diritto della banca e dei mercati finanziari*, 2011, 3, p. 468.

PACCOIA, *La concessione abusiva del credito da parte della banca anche alla luce delle recenti riforme in materia di crisi d'impresa*, in *Nuovo diritto delle società*, 2022, p. 647.

PACILEO, *«Sofferenze bancarie»: presupposti di legittimità della segnalazione alla centrale dei rischi della Banca d'Italia*, in *Giur. comm.* 2010, IV, p. 676.

PACILEO, *Concessione “abusiva” di credito ed azione del curatore fallimentare: il cavillo del concorso della banca nella mala gestio degli amministratori*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, II, p. 167.

PAGNI, *Le azioni di massa e la sostituzione del curatore ai creditori*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 1037.

PAJARDI – PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008.

PANI, *La prededuzione prima e dopo il Codice della crisi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2022.

PANZANI, *L’esdebitazione. La riforma del fallimento e delle procedure esecutive individuali: una riforma mancata*, in *Le Società*, 2007, IV, p. 475.

PANZANI., *Responsabilità degli amministratori: rapporto di causalità fra atti di mala gestio e danno. Lo stato della giurisprudenza*, in *Il Fallimento*, 1989, p. 973.

PATINI, *Abusiva concessione del credito e poteri del curatore – nota*, in *Il Fallimento*, 2003, p. 427.

PATTI, *Crisi d’impresa: definizioni stragiudiziali*, in *Il Fallimento*, 2003, p. 477.

PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009.

PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, I, Torino, 1982, p. 2.

PISANI MASSAMORMILE, *La prededuzione ed i finanziamenti all’impresa in crisi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2015, p. 1.

PORCELLI, Sub art. 1845 c.c., in AA.VV., *Commentario del codice civile*, GABRIELLI (diretto da), Milano, 2011.

PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, COLOMBO – PORTALE (a cura di), I, Torino, 2004.

PORZIO, *Il paradosso del banchiere: la banca e l’impresa in difficoltà*, in *Dir. fall.*, 2002, I, p. 1453.

PORZIO, voce *Banca e attività bancaria*, Agg. IV, in *Enc. Giur. Treccani*, 2000, p. 157.

PRATIS, *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione «abusiva» di credito?*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 841.

PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, p. 16.

PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Il Fallimento*, 2007, p. 187.

- PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 452.
- QUARANTA, *L'azione revocatoria fallimentare*, in AA.VV., *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, CELENTANO – FORGILLO (a cura di), Milanofiori Assago, 2008.
- RECCIA, *La sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta prefallimentare*, Torino, 2018.
- RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 275.
- RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1997.
- RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 21.
- RICCÒ, *Concessione abusiva di credito e fallimento del sovvenuto. Brevi note*, in *Resp. civ. e prev.*, I, p. 465.
- RIPERT – ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, II, Paris, 1970.
- RIZZARDO, Sub art. 182-quater, in AA.VV., *Commentario breve alla legge fallimentare*, MAFFEI ALBERTI (a cura di), Padova, 2013.
- RIZZO, *Il quadro regolamentare delle esposizioni bancarie (nei confronti delle imprese "in crisi"*, in *Diritto della crisi*, 2022.
- ROBLES, *Erogazione «abusiva» di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2002, II, p. 274.
- ROLFI, *Le obbligazioni da contatto sociale nel quadro delle fonti di obbligazione*, in *Giur. merito*, 2007, p. 555.
- ROMANO, voce *Abuso del diritto (dir. att.)*, in *Enc. dir.*, I, 1958, p. 166.
- ROPPO, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Il Fallimento*, 1996, p. 874.
- ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2016.
- ROPPO, *Il contratto*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, IUDICA – ZATTI (a cura di), Milano, 2011.
- ROPPO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Il Fallimento*, 1997, p. 869.
- ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, in *Riv. soc.*, 1996, II, p. 321.
- ROSSI, *Il miglior soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Il Fallimento*, 2017, p. 637.

ROUTIER, *Le cantonnement de la responsabilité poursoutien abusif*, disponibile su *Lextenso.fr*.

RUTA, *Il sistema della legislazione bancaria*, Roma, 1975.

SANDULLI, *Il fallimento. I presupposti soggettivi e oggettivi*, in AA.VV., *Trattato delle procedure concorsuali. Introduzione generale. Il fallimento*, JORIO – SASSANI, Milano, 2014.

SANTAGATA, *La concessione abusiva di credito al consumo*, Torino, 2020.

SANTORO, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 766.

SANZO, *Il finanziamento delle imprese in crisi*, in AA.VV., *Le operazioni di finanziamento*, GALGANO (diretto da), Bologna, 2016.

SARTORI, *Deviazioni del bancario e dissociazione dei formanti: a proposito del diritto al credito*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 569.

SCARPA, *Le fattispecie di responsabilità della banca nell'esercizio del credito*, in SCARPA – FORTUNATO, *Banche e responsabilità civile*, Milano, 2008.

SCHLESINGER, *Imprese insolventi e credito bancario: considerazioni introduttive*, in *Il Fallimento*, 1985, p. 243.

SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336.

SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, VI, p. 655.

SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur.it.*, 1995, IV, p. 385.

SCRIBANO – LIUZZO, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice. Commento tematico ai dd.lgs. nn. 14/2019 e 83/2022*, AMBROSINI (diretto da), Torino, 2022.

SELLA, *Fatti illeciti*, in AA.VV., *Commentario al Codice civile*, CENDON (a cura di), Milano, 2008.

SELVINI, *Responsabilità della banca da abusiva concessione del credito: solidale con la responsabilità degli amministratori o autonoma?*, in *Il fallimentarista*, 2021.

SGROI SANTAGATI, «Concessione abusiva di credito» e «brutale interruzione del credito»: due ipotesi di responsabilità della banca, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 625.

SIRACUSA, *La prededucibilità nel successivo fallimento dei crediti sorti in amministrazione controllata e concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 153.

SPIOTTA, *Concessione abusiva di credito – “fidarsi è bene, ma non fidarsi è meglio”*: osservazioni sulla concessione abusiva di credito, in *Giur. it.*, 2018, VII, p. 1655.

SPIOTTA, *Il curatore “affina le armi”*, in *Giur. comm.*, 2017, p. 448.

SPIOTTA, *Responsabilità della banca – responsabilità della banca “approfittatrice” (con una postilla sul recente d.l. n. 118/2021)*, in *Giur. it.*, 2021, p. 2669.

SRAFFA, *The bank crisis in Italy*, in *The Economic Journal*, Vol. 32, 126, 1° giugno 1922, p. 178.

STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Il Fallimento*, 2010, 12, p. 1346.

STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Il Fallimento*, 2021, p. 1181.

STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d’impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in *Il Fallimento*, 2008, p. 1075.

STANGHELLINI, *La crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007.

STAUNOVO POLACCO, *Il nuovo concordato preventivo alla luce dei principi generali, sostanziali e processuali del C.C.I.I. L’esecuzione e la risoluzione*, in corso di pubblicazione.

TARANTINO, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore all’azione risarcitoria*, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, p. 183.

TARZIA GIO., *La Cassazione torna sul tema dell’azione risarcitoria per “concessione abusiva di credito” che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento*, in *Il Fallimento*, 2017, p. 905.

TARZIA GIO., *Le indicazioni del disegno di legge delega in tema di azioni revocatorie*, in *Il Fallimento*, 2016, p. 1055.

TERRANOVA, *La responsabilità delle banche nei confronti dei creditori dell’impresa finanziata*, in AA.VV., *Profili dell’attività bancaria*, TERRANOVA (a cura di), Milano, 1989.

TOMASSO, *Sub art. 146*, in AA.VV., *Codice commentato del fallimento*, LO CASCIO (diretto da), Milanofiori Assago, 2017.

TOMBARI, *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, in *Riv. soc.*, 2013, p. 1138.

TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono una “procedura concorsuale”*: la Cassazione completa il percorso, in *Il Fallimento*, 2018, p. 988.

TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2012.

- TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010.
- TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2019.
- UBERTAZZI, *Accordi di risanamento: i soggetti coinvolti, il ruolo delle banche e le responsabilità*, in *Judicium*.
- VALENSISE, Sub art. 182-quater, in AA.VV., *La legge fallimentare dopo la riforma*, NIGRO – SANDULLI – SANTORO (a cura di), Torino, 2010.
- VAN OMMESLAGHE, *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge*, in *Schweizerische Aktiengesellschaft*, 1977, p. 109.
- VASSEUR, *La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France*, in AA.VV., *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, MACCARONE – NIGRO (a cura di), Milano, 1981.
- VASSEUR, *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit*, Paris, 1976.
- VATTERMOLI, *I “finanziamenti prededucibili” nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in AA.VV., *Le banche nel nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*.
- VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzione nel nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2013, p. 657.
- VELLA, *Segnalazione dei crediti in «sofferenza» alla Centrale dei rischi e responsabilità della banca*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 494.
- VENOSTA, *Prestazioni non dovute, “contatto sociale” e doveri di protezione “autonomi”*, in *Europa e diritto privato*, I, 2014, p. 109.
- VERGOTTINI, *Liberalizzazione dei servizi nell’Unione europea*, in *XXI secolo. Istituto della Enciclopedia italiana Treccani*, Roma, 2009, p. 331.
- VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, Paris, 1977.
- VIALE, *Imprese insolventi e credito bancario: apertura dei lavori*, in *Il Fallimento*, 1985, p. 241.
- VILLA, *Danno e risarcimento contrattuale*, estratto da AA.VV., *Trattato del contratto*, ROPPO (a cura di), Milano, 2014.
- VIOTTI, *Verso una disciplina europea dei crediti deteriorati: riflessioni a margine del regolamento (UE) 2019/630*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, p. 147.
- VISCO, *La finanza d’impresa in Italia: recente evoluzione e prospettive*, intervento del 13 febbraio 2019, disponibile su *Bancaditalia.it*.

VISCO, *Le norme europee sul calendar provisioning e sulla classificazione della clientela da parte delle banche*. Audizione del Governatore della Banca d'Italia del 10 febbraio 2021, disponibile su *Bancaditalia.it*.

VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, p. 648.

VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2006.

VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, I, Padova, 2009.

VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977.

VIVALDI, *Soluzioni stragiudiziali e intervento del giudice*, in *Il Fallimento*, 2003, p. 937.

ZANICHELLI, *Predeazione dei crediti tra interpretazioni attuali (incerte) e possibili soluzioni future*, in *Il Fallimento*, 2020, p. 547.

ZENNER, *Responsabilité du donneur de crédit*, in *Rev. de la banque*, 1974, p. 707.

ZINCANI, *Il nuovo art. 217 bis l.fall.: la ridefinizione dei reati di bancarotta*, in *Il Fallimento*, 2011, 5, p. 516.