

della prestazione esigibile, connotata sull'affidamento del cliente sulle particolari qualità del contraente, che possono sintetizzarsi nella "professionalità" dell'imprenditore bancario e nella "stabilità dell'impresa bancaria"⁸⁵.

6. Le ipotesi di responsabilità della banca

6.1. La responsabilità per concessione abusiva di credito

La concessione abusiva di credito rappresenta il settore in cui negli ultimi anni si è registrato un ampliamento del terreno della responsabilità della banca: l'espressione, come è noto, sintetizza le diverse ipotesi in cui viene concesso credito ad un imprenditore che versi in una situazione di sostanziale e palese insolvenza⁸⁶. In tal modo, la concessione del credito, resa in deroga alle norme di prudenza che debbono assistere il "fido bancario"⁸⁷, consente la permanenza sul mercato di un'impresa decotta, concretizzando un danno per i credi-

professionale tra i presupposti della stessa risarcibilità. Sul tema G. FERRI, *La diligenza del banchiere*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1958, I, p. 1 ss.; G.L. PELLIZZI, *La responsabilità della banca*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1985, I, p. 157 ss.

⁸⁵ Già: F. CAPRIGLIONE, *Controllo bancario e stabilità delle strutture finanziarie*, in *Foro it.*, 1980, V, c. 169 ss.

⁸⁶ Sul tema, numerose sono le riflessioni teoriche, senza la pretesa di essere esaurienti: A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, p. 219 ss.; B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 265 ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità della banca per "concessione abusiva di credito"*, in *Dir. fall.*, 2002, I, p. 1077 ss.; E. ROPPO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Fall.*, 1997, p. 869 ss.; M. PORZIO, *Il paradosso del banchiere: la banca e l'impresa in difficoltà*, *ivi*, p. 1453 ss.; A. PRINCIPE, *Concessione abusiva di credito e problemi di responsabilità della banca*, in AA.VV., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Milano, 1986, p. 355 ss.; A. BORGIOLO, *Responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito?*, in AA.VV., *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, *cit.*, p. 197 ss.; G. TERRANOVA, *La responsabilità della banca nei confronti dei creditori dell'impresa finanziata*, in *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, p. 193 ss.; F. GALGANO, *La responsabilità civile del banchiere*, in AA.VV., *Operazioni bancarie e responsabilità del banchiere*, Padova, 1987, p. 21 ss. Di recente, si segnala l'esauriente quadro ricostruttivo di: A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004, *passim*.

⁸⁷ Il tema è esaminato da U. MORERA, *Il fido bancario*, *cit.*, pp. 168-169.

tori sia in ragione della continuazione dei rapporti commerciali con l'impresa sia per la ritardata dichiarazione di fallimento. In questa prospettiva, si ritiene che il danno che la banca arreca a terzi possa essere qualificato come "danno ingiusto" ai sensi dell'art. 2043 c.c., non già perché incida su interessi tipicamente tutelati dal c.d. "ordinamento sezionale del credito", ma per il fatto di ledere posizioni soggettive meritevoli di protezione secondo il diritto comune⁸⁸.

Potrebbe ritenersi che il dovere di astensione di far credito ad imprese decotte, come mera postulazione della doverosità di una corretta erogazione, si colloca all'interno dell'ordinamento creditizio, essendo un obbligo che le banche hanno nei confronti dell'Autorità di vigilanza, sì che per giungere ad una corretta individuazione della forma di responsabilità è opportuno collocare la fattispecie nell'ambito dei principi di cui all'art. 47 Cost., norma idonea a fondare una obbligatorietà del comportamento in ragione dei valori tutelati⁸⁹. Vi è, però, che nessuna norma positiva configura un obbligo di assoluta astensione di far credito⁹⁰, e che la risposta al quesito non può ricavarsi per implicito né dall'interpretazione dell'art. 218 legge fall.⁹¹ – il cui precetto si ritiene poter

⁸⁸ così: F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 1 ss., secondo cui in tal caso «la banca risponde allo stesso titolo per il quale risponde qualsiasi altro soggetto che, con il proprio colposo comportamento, abbia suscitato un incolpevole affidamento di terzi, inducendoli a fare credito». Così, anche: App. Milano, 11 maggio 2004, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, II, p. 643, con nota di A. VISCUSI, *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*.

⁸⁹ A. NIGRO, *op. ult. cit.*, pp. 243-244; ma già: G. FERRI, *La diligenza del banchiere*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1958, I, p. 1 ss. Senza con questo sottoscrivere gli argomenti utilizzati da R. SGROI SANTAGATI, "Concessione abusiva del credito" e "brutale interruzione del credito": due ipotesi di responsabilità della banca, in *Dir. fall.*, 1994, I, p. 625 ss., secondo cui «è assolutamente indispensabile ed indifferibile procedere alla ricostruzione della legislazione bancaria in termini pianificatori e secondo schemi attuali e non più anacronistici che rispondano ad una logica delle risorse secondo le regole della convenienza economica», dove il dissenso può appuntarsi sulla "ricostruzione pianificatoria" che risulta in palese contrasto con le attuali caratteristiche dell'ordinamento creditizio.

⁹⁰ U. MORERA, *op. ult. cit.*, p. 168, il quale ritiene che la concessione del fido ad una impresa anche in stato di decozione integra un'attività in sé lecita e corrispondente all'esercizio di un diritto.

⁹¹ A. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 239, il quale riprende quelle impostazioni dottrinali volte ad estendere anche sul piano civilistico il precetto penale: F. VASSALLI, *Responsabilità d'impresa e potere di amministrazione nelle società personali*, Milano, 1973, p. 26 ss. Nell'ambito delle procedure concorsuali è stato ritenuto di individuare il fondamento normativo dell'illecito civile nell'art. 217, n. 4. legge fall., che consentirebbe di enucleare una responsabilità extracontrat-

estendere fino a comprendere un dovere da parte dei terzi di astenersi dal compiere atti che consentano al debitore di dissimulare il proprio stato di dissesto e di continuare ad assumere debiti – né dalla regola della *par condicio*, come ricavabile dall'art. 2740 c.c., che attiene la fase esecutiva e non già il momento genetico dell'obbligazione⁹². In una differente prospettiva, è stato, altresì, evidenziato come lo stesso ricorso esclusivo alla disciplina di vigilanza finirebbe in pratica per far ritenere rilevanti, ai fini risarcitori, i soli comportamenti “non conformi” alle regole di settore e, come tali “non corretti”, posti in essere nei riguardi dei “clienti”, con esclusione di quelli che incidono sulla posizione di “terzi estranei” al rapporto contrattuale, senza considerare, poi, che proprio quella disciplina risulta finalizzata al mantenimento della stabilità patrimoniale della banca a fronte dell'insorgere di rilevanti poste passive⁹³.

Il problema riguarda, prevalentemente, la possibilità di qualificare come “ingiusto” il comportamento di chi concede credito ad un imprenditore successivamente dichiarato fallito, conoscendone o potendo conoscerne le condizioni di gravi difficoltà economiche. Se, infatti, si segue una concezione più tradizionale della responsabilità, alla cui stregua l'esistenza del danno ingiusto richiede la violazione da parte del danneggiante di un dovere di condotta specificamente imposto da norme di legge, il quesito non può che essere risolto negativamente. Diversamente, però, deve argomentarsi qualora si svincoli l'“ingiustizia” da una specifica norma prescrittiva di condotta, e si richieda come presupposto l'esistenza di un principio connesso ad un obbligo di comportamento delineato per la protezione di interessi tutelati dall'ordinamento, nell'ambito dei criteri di correttezza e di solidarietà⁹⁴. Appare, quin-

tuale nei confronti dei creditori dell'imprenditore, allorquando la banca concorra con quest'ultimo a porre in essere la condotta descritta (R. COSTI, *Il creditore banca*, in AA.VV., *La revocatoria delle rimesse bancarie*, a cura di G. Predieri, Torino, 1999, p. 99. Sul rapporto tra violazione delle norme penali in tema di ricorso abusivo al credito e responsabilità civile: Cass. 25 settembre 2003, n. 14234, in *Contratti*, 2004, p. 145 ss., con nota di A. FRANCHI).

⁹² Così: M. PORZIO, *op. ult. cit.*, p. 1457, secondo il quale anche quando il legislatore ha inteso, come nelle azioni revocatorie, far riferimento a tale principio ha individuato singoli atti, richiedendo sempre la presenza di ulteriori elementi qualificanti (per una critica a tale impostazione, già: A. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 240).

⁹³ Trib. Monza, 14 febbraio 2002, in *Giur. comm.*, 2004, II, p. 335, secondo cui “la ricerca del fondamento razionale della tipologia di illecito extracontrattuale non può prescindere ... dall'analisi economica dello struttura normativa di prevenzione e contenimento dell'insolvenza” con riferimento alle procedure di *scoring risk* e di *monitoring risk*.

⁹⁴ A. NIGRO, *op. ult. cit.*, p. 236.

di, possibile anche sul piano della responsabilità civile, costruire l'operato del terzo, che colpevolmente concede credito ad un imprenditore commerciale "in dissesto", come una fattispecie di "concorso" nella violazione di un obbligo di comportamento posto a tutela della generalità dei creditori⁹⁵, mentre nessun dubbio in ordine alla responsabilità, può sussistere in relazione a fattispecie che evidenzino addirittura un comportamento doloso della banca⁹⁶. In questa ottica, secondo una certa impostazione, il profilo abusivo non viene connesso tanto alla decisione di concedere il fido, quanto al successivo utilizzo delle disponibilità finanziarie, a fronte del quale può configurarsi una responsabilità risarcitoria⁹⁷, fattispecie che resta confinata ai fidi concessi (o, meglio, non revocati) al solo fine di permettere di giungere ai consolidamenti delle ipoteche e delle altre garanzie prestate dall'imprenditore affidato. Ipotesi, però, rilevante nei rapporti correnti, ma che non può ritenersi esclusiva nel panorama anche della prassi giurisprudenziale.

Molto più correttamente, invece, la S.C. ha individuato il fondamento della responsabilità della banca nella deviazione sia dai principi che regolano la corretta erogazione del credito (e cioè la violazione dei doveri gravanti sul soggetto "banca" a causa del proprio "status", oltre che dei principi di correttezza che governano l'adempimento delle obbligazioni ai sensi degli artt. 1175, 1374 e 1375 c.c.), sia dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., i quali comportano «che diritti e obblighi se pure specificamente regolati dalle norme che li prevedono, non possono mai prescindere dall'osservanza del principio di buona fede operante all'interno delle posizioni soggettive, non potendo l'autore di un comportamento trarre da esse utilità con l'altrui danno»⁹⁸. La fattispecie esaminata, invero, si riferisce al comportamento "abusivo" di una banca delegata all'incasso, nei confronti della banca tratta-

⁹⁵ Si tratta di una forma di responsabilità "per affidamento dannoso", che acquista caratteristiche peculiari nell'ambito del più tradizionale dibattito della c.d. tutela aquiliana del diritto di credito, posto che la tutela del creditore gioca nelle diverse fattispecie considerate un "ruolo differenziato": per profili di ordine generale C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 1998, pp. 77-78; G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da R. Sacco, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, 1998, p. 791.

⁹⁶ V. ROPPO, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fall.*, 1996, p. 876, ritiene addirittura che l'illecito civile sia prospettabile solo per le ipotesi di comportamento doloso.

⁹⁷ U. MORERA, *op. ult. cit.*, p. 169.

⁹⁸ Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, cit.

ria di assegni emessi allo scoperto, in relazione ai danni conseguenti al difetto di informazioni “dovute” dalla banca mandataria, in ragione di un comportamento esigibile per il suo *status* professionale. In conseguenza, poi, dell’evidente difetto informativo, la banca trattaria (creditrice) non ha potuto esercitare per tempo il recesso dal contratto di conto corrente acceso con il correntista insolvente, ciò avendo implicato la continuazione di rapporti caratterizzati da una sostanziale irrecuperabilità delle ragioni di credito vantate verso il cliente. Si tratta, in sostanza, di una responsabilità conseguente ad un condizionamento determinante subito dalla banca danneggiata (ma potrebbe trattarsi anche di altri terzi creditori o, comunque, di ulteriori contraenti) nelle sue concrete determinazioni negoziali: la banca ha continuato a mantenere in essere un rapporto di conto corrente con soggetto insolvente, dal quale avrebbe receduto se fosse stata correttamente informata dell’insolvenza del correntista⁹⁹: tanto che alcuni commentatori hanno messo in dubbio l’importanza della decisione in materia, addirittura definendola “falso precedente”¹⁰⁰.

In una prospettiva più generale, gli elementi qualificanti della “concessione abusiva del credito” sono fatti risiedere nelle irregolarità dell’affidamento o del finanziamento concesso, con riferimento specifico alle particolari condizioni patrimoniali del sovvenuto, in quanto la banca, ad un corretto esame delle stesse, avrebbe dovuto astenersi dal concedere credito, e ciò indipendentemente dalle garanzie eventualmente prestate da terzi¹⁰¹, ed ancora nel mancato monitoraggio delle condizioni patrimoniali effettive dell’impresa sovvenuta in corso di rapporto. In tal modo, però, la fattispecie non solo viene correttamente resa “autonoma” rispetto alla mera violazione di norme poste a tutela della corretta erogazione del credito¹⁰², ma finisce per delineare

⁹⁹ B. INZITARI, *Responsabilità della banca per concessione “abusiva” di credito*, in *Dir. banca e merc. finanz.*, 1993, p. 415.

¹⁰⁰ V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 875.

¹⁰¹ B. INZITARI, *op. ult. cit.*, p. 418, secondo cui la responsabilità discenderebbe dalla circostanza che la generalità dei terzi contraenti e dei creditori potenziali o attuali del sovvenuto, ignorando che la ragione determinativa della concessione del credito risiede non già nella capacità patrimoniale dell’impresa sovvenuta, ma in costanza di una garanzia concessa da terzi, intraprendono o continuano a mantenere rapporti obbligatori, che diversamente si sarebbero ben guardati di instaurare o continuare. Sul tema: ID., *La responsabilità della banca nell’esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2001, I, p. 282.

¹⁰² A. PRINCIPE, *I fidi irregolari. Principi civilistici*, Napoli, 1990, p. 19 ss.

una forma di responsabilità oggettiva, che potrebbe non trovare spazio nel vigente ordinamento, anche se, diversamente, si lascia sprovvista di tutela specifica una pluralità indistinta ed indeterminata di “creditori involontari”¹⁰³, il cui interesse risiede prevalentemente nel non subire pregiudizio dal ritardo, ingenerato dal vano tentativo di evitare la dichiarazione di fallimento. Prospettiva che si presenta diversa da quella del credito concesso all'insolvente grazie alla condotta di funzionari o di organi direttivi della banca che hanno agito negligenzemente o addirittura consapevolmente contro gli interessi della stessa banca, perché in tal caso il problema che si pone è quello della imputabilità del “comportamento” e non già quello della presunta natura oggettiva della responsabilità¹⁰⁴.

Al fine di ricostruire correttamente la delimitazione della responsabilità della banca va, invece, dedotto che l'evento produttivo di danno è costituito dalla lesione della libertà contrattuale dei “terzi” che contraggono con l'impresa insolvente, ragion per cui deve richiedersi la conoscenza ovvero la conoscibilità da parte della banca non già di una semplice difficoltà economica o di mera illiquidità dell'impresa sovvenuta, ma della sussistenza dello stato di insolvenza¹⁰⁵.

Viene, in tal modo, riconosciuta una importanza rilevante al livello di professionalità che la banca deve raggiungere per non incorrere in responsabilità colposa, essendo necessario valutare la qualità del processo di lavorazione ed elaborazione delle informazioni, sul quale viene fondata la “scelta” della banca sia per quanto attiene la selezione degli affidati sia per il successivo necessario monitoraggio della loro situazione patrimoniale¹⁰⁶. In tale prospettiva, gli obblighi connessi al c.d. *status* dell'impresa bancaria non paiono più

¹⁰³ Espressione efficacemente utilizzata da C. AMATUCCI, *Fatto illecito della società e responsabilità “proporzionata dei soci”*, Milano, 2002, p. 12.

¹⁰⁴ A. NIGRO, *Note minime in tema di responsabilità per concessione “abusiva” di credito e legittimazione del curatore fallimentare*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2002, p. 294 ss.

¹⁰⁵ Diversamente, si finirebbe per addossare alla banca il rischio del successo o dell'insuccesso dell'iniziativa economica: A. NIGRO, *La responsabilità della banca*, cit., p. 249. Questa interpretazione è fondata sull'oggettiva situazione di concreta operatività delle banche che operano in un mercato profondamente caratterizzato da distorsioni strutturali, consistenti in uno squilibrio patologico tra capitale di rischio e capitale di credito (E. ROPPO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza delle imprese*, cit., p. 869).

¹⁰⁶ Sulla disciplina diretta a configurare il potere-dovere della banca di conoscere il rischio di credito al quale risulta esposta in seguito agli affidamenti: F. BENEDETTO, *Osservazioni in tema di erogazione “abusiva” del credito*, in *Giur. comm.*, 2004, II, pp. 352-353.

confinati nell'ambito dell'ordinamento sezionale e finalizzati, come tali, alla protezione esclusiva degli interessi dei soggetti in questo operanti (ad esempio, il profilo della mera stabilità patrimoniale degli enti vigilati), ma possono essere valutati come manifestazioni di "inquinamento" delle condizioni normali di trasparenza in cui dovrebbero essere svolte le relazioni di mercato¹⁰⁷.

In relazione a quest'ultimo profilo, bisogna espungere dalla fattispecie della "concessione abusiva del credito", le ipotesi in cui la banca si sia impegnata in un'opera di salvataggio, non coronata da successo, dell'impresa che presenta significative tensioni nella liquidità¹⁰⁸. Non potrebbe così configurarsi una qualche forma di responsabilità allorquando la banca, nel rispetto – ad esempio – delle procedure previste dal «Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa» (circolare serie legale ABI del 3 aprile 2000, n. 9), abbia collaborato con l'impresa per prevenire o risolvere le necessità finanziarie sintomo proprio di una situazione di crisi sia pure reversibile¹⁰⁹, in funzione del recupero del valore aziendale dell'impresa, recupero che non avrebbe senso laddove

¹⁰⁷ Sulla circostanza che i principi della corretta informazione e della trasparenza sono ormai promossi come "cardini" della nuova legislazione sui contratti: F. DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento dell'impresa insolvente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 161 ss. Non solo, ma proprio nell'esigenza protettiva di soggetti estranei al rapporto creditizio, deve ricordarsi la forza espansiva del principio di buona fede: V. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 163 ss.; ID., *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, p. 147 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 1790 ss. In tal modo, si ipotizza un preesistente rapporto tra danneggiato e danneggiante, fondato sull'obbligo discendente in capo alla banca dal suo *status*, fondato sulle regole di condotta individuate dalla normativa di settore nella generale prospettiva dell'art. 2 Cost. (A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità della banca*, cit., p. 199) ovvero dall'obbligo generale di protezione dell'integrità patrimoniale della sfera giuridica del terzo, esplicitata nelle situazione di "contatto sociale" (C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca*, cit., p. 657).

¹⁰⁸ Senza la pretesa di essere esaurienti: P. SCHLESINGER, *Convenzioni bancarie di salvataggio*, in *Fall.*, 1997, p. 893 ss.; L. PANZANI, *La gestione stragiudiziale dell'insolvenza*, *ivi*, p. 533 ss.; G. ROSSI, *Crisi delle imprese: la soluzione stragiudiziale*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 321 ss.; F. BONELLI, *Nuove esperienze nella soluzione stragiudiziale della crisi delle imprese*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 488 ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Sulla chiusura di procedura di concertazione interbancaria per la composizione stragiudiziale delle crisi di impresa*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 2000, I, p. 577 ss.

¹⁰⁹ F. MAIMERI, *Sistemazioni stragiudiziali delle crisi d'impresa e codice di comportamento bancario*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, I, p. 417 ss.

l'insolvenza fosse ormai da considerarsi insuperabile¹¹⁰. Va ricordato come nella stessa ottica di tutela degli interessi coinvolti nelle procedure di crisi, si collocano le più recenti proposte di riforma della legge fallimentare, che introducono il procedimento di composizione concordata della crisi¹¹¹.

Proprio in ragione della complessità di siffatti interessi, è stato adeguatamente sottolineato come le pronunce di legittimità generalmente evocate a conforto di una generale responsabilità della banca per concessione abusiva del credito¹¹², «a causa della particolarità dei casi concreti decisi, non hanno per nulla posto la parola definitiva sulla questione centrale, cioè sulla determinazione dei presupposti di un'eventuale responsabilità della banca per effetto delle ricadute delle scelte che essa compie nell'esercizio della funzione creditizia»¹¹³, che, invece, andrebbe ricostruita alla luce del principio generale della libertà di contrarre, alla cui stregua tutte le condotte non definibili come "abusiva" devono essere considerate espressione di un esercizio meritevole dell'autonomia privata¹¹⁴. L'argomento, pertanto, si presenta non privo di insidie, posto che risulta opportuno evitare di ritenere sempre e comunque responsabile la banca, ampliando in modo non equilibrato l'area della sanzionabilità dei comportamenti assunti, ovvero, in una diversa prospettiva, di ritenere la banca sempre esente da responsabilità: proprio in ragione del danno che potrebbe derivare ai creditori si potrà ritenere che la responsabilità sussista in presenza di una omissione delle regole di condotta tipizzate dal-

¹¹⁰ S. BONFATTI, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione delle crisi d'impresa nei recenti progetti di riforma della legge fallimentare*, in AA.VV., *Nuove regole per le crisi d'impresa. I "protagonisti"*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 1998, p. 265 ss.; Id., *Gli accordi stragiudiziali per la composizione delle crisi d'impresa nei progetti di riforma della legge fallimentare. Profili civilistici*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 113 ss.; A. PATTI, *Crisi d'impresa: definizioni stragiudiziali*, in *Fall.*, 2003, p. 477 ss.

¹¹¹ N. ROCCO DI TORREPADULA, *Le prospettive di riforma della legge fallimentare ed i profili generali del progetto di legge delega*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 120 ss.; F. GUERRERA, *La procedura di composizione concordata della crisi nel progetto di legge delega: problemi e prospettive*, *ivi*, p. 132 ss.; C. VALENTE, S. CHIMENTI, I. DI DOMENICO, *Composizione stragiudiziale della crisi di impresa*, con introduzione di G. Fauceglia, Torino, 2004, *passim*.

¹¹² Si tratta di Cass. 13 gennaio 1993, n. 343, cit. e Cass. 8 gennaio 1997, n. 72, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, II, p. 653.

¹¹³ F. ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. banc. merc. finanz.*, 1998, I, p. 137 ss.

¹¹⁴ C.M. PRATIS, *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione "abusiva" del credito?*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 844.

l'ordinamento bancario e di quelle che possono derivare da un corretto comportamento ispirato ai principi generali di correttezza e buona fede. Così, ad esempio, non potrebbe dubitarsi sulla fondatezza della tesi che configura un'ipotesi di colpa grave, allorquando il ricorso a soluzioni stragiudiziali di salvataggio si presenti *a priori* infondato o irragionevole in una prognosi di evidente irrecuperabilità della situazione di crisi, desumibile dalla concreta impossibilità dell'impresa ad operare proficuamente sul mercato¹¹⁵.

Ed invero, alla stregua di quanto generalmente affermato dalla Corte di legittimità in tema di responsabilità extracontrattuale¹¹⁶, la configurazione del danno ingiusto come clausola generale risulta più apparente che reale, tanto che anche sul tema dell'abusiva concessione di credito, la selezione e la comparazione degli interessi giuridicamente rilevanti ai fini del giudizio sull'ingiustizia del danno, non possono essere rimesse (solo) alla discrezionalità del giudice, ma vanno ricercati nel diritto positivo, «al fine di accertare se l'ordinamento assicuri tutela all'interesse del danneggiato con disposizioni specifiche ovvero comunque lo prenda in considerazione sotto altri profili, diversi dalla tutela risarcitoria»¹¹⁷. In tal senso, emerge un profilo risarcitorio solo se ed in quanto la banca – che si trova nell'attuale contesto normativo a svolgere un ruolo di garanzia del corretto funzionamento delle dinamiche di mercato – abbia, per l'appunto, ignorato le norme specifiche dell'ordinamento bancario ovvero abbia palesemente violato i canoni generali di correttezza e buona fede, con la conseguenza che qualsiasi giudizio sulla irreversibilità della crisi dell'impresa non può essere affidato a valutazioni *ex post*¹¹⁸. In verità, è proprio la violazione di quei canoni a determinare l'insorgere della patologia con-

¹¹⁵ G. CAVALLI, *La responsabilità degli organi sociali*, in *Fall.*, 1997, p. 579 ss.

¹¹⁶ A. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Diritto pubblico*, 2000, I, 1, p. 55 ss.; P. SCHLESINGER, *Scopo della norma violata e responsabilità civile della pubblica amministrazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, p. 505 ss.

¹¹⁷ A. LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 59.

¹¹⁸ F. CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità della banca per "concessione abusiva di credito"*, cit., p. 1085, ove correttamente si rileva che «tanto basta a denegare in radice anche soltanto la mera ipotizzabilità di profili di responsabilità delle banche aderenti al piano (di risanamento) quante volte la trasmutazione in senso degenerativo della tipologia di crisi coeva alla concessione di credito si sia verificata successivamente all'erogazione del credito stesso, come ben può accadere, ad esempio, per cause esogene sopravvenute, idonee a vanificare quelle correzioni di rotta (in termini di variazioni del piano in rapporto agli sviluppi dello scenario dato) che l'evoluzione degli eventi possa aver suggerito di adottare».

nessa all'abusiva concessione del credito, la quale può essere efficacemente analizzata alla stregua degli schemi dell'abuso del diritto nei contratti, inteso anche nel senso dell'esercizio abusivo della libertà negoziale che risulterebbe in tal modo connotata dalla presenza di elementi "dequalificanti"¹¹⁹.

In sostanza, la stessa ricostruzione operata dalla Corte di Cassazione conferma che la qualificazione dell'abusività nella concessione del credito va circoscritta alla sola ipotesi in cui il credito sia stato erogato ad un'impresa già insolvente, e non anche allorché l'impresa sovvenuta si presenti solo potenzialmente insolvente¹²⁰: appare, cioè, ragionevole ritenere che il credito concesso all'impresa in difficoltà configuri, in quanto tale, un atto lecito di libertà contrattuale¹²¹.

Di recente, sia pure nella prospettiva di una questione di rito in tema di competenza¹²², la S.C. ha configurato l'azione risarcitoria con cui si fa valere la responsabilità della banca per concessione abusiva di credito ad un'impresa in dissesto, successivamente dichiarata fallita, come illecito aquiliano¹²³. In relazione alla titolarità del danno aquiliano, che si assume essere cagionato dall'erogazione del finanziamento, si è esclusa la legittimazione della curatela, «poiché per un verso non si controverte del danno risentito dall'impresa fallita; per altro verso, la disciplina fallimentare non le riconosce una generale funzione di rappresentanza dei diritti dei creditori fallimentari,

¹¹⁹ Puntualmente: F. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, p. 151 ss.

¹²⁰ A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Il rischio per le banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 1995, I, p. 246 ss.

¹²¹ Sotto il profilo squisitamente civilistico, allorché venga compromessa la posizione di un "terzo" estraneo al rapporto contrattuale, anche tale attività potrebbe non essere esente da censure e da profili di responsabilità, differenti da quelli qui analizzati, e l'esempio resta la violazione dei canoni di buona fede nella concessione, pur di fronte ad un evidente peggioramento delle condizioni patrimoniali del sovvenuto, di ulteriore credito in costanza di un rapporto fideiussorio: da ultima Cass. 6 agosto 2002, n. 11772, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 49.

¹²² Cass. 9 ottobre 2001, n. 12368, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, II, p. 264, e in *Corr. giur.*, 2001, p. 1643 con nota di F. ROLFI, *Curatore ed abusiva concessione del credito*, la quale ha escluso che tale azione possa essere attratta ai sensi dell'art. 24 legge fall. nella competenza del tribunale fallimentare.

¹²³ In tal modo, superando quelle costruzioni che avevano prospettato la natura contrattuale della responsabilità: C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi*, cit., p. 278; C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione degli obblighi discendenti dal proprio status*, cit., c. 358.

distinta da quella attribuita esclusivamente in vista della gestione del patrimonio del fallito, in quanto finalizzata al soddisfacimento di costoro in regime di *par condicio*»¹²⁴. Mentre altra impostazione della giurisprudenza di merito, ha ritenuto che, in generale, il curatore resti legittimato ad esperire l'azione risarcitoria *ex art.* 2043 c.c., in ragione dell'art. 2394 c.c. e dell'art. 146 legge fall., posto che in seguito all'intervenuta dichiarazione di fallimento, le azioni di risarcimento individuali si trasformano da strumento di tutela del singolo creditore in strumento di reintegrazione del patrimonio del fallito¹²⁵.

In materia, però, il profilo pratico di maggior interesse, oltre quello squisitamente probatorio, resta quello connesso alla determinazione del danno risarcibile, problematica che non appare di agevole soluzione, posto che occorre procedere al calcolo di quanto ciascun creditore avrebbe potuto ricevere se la procedura concorsuale fosse intervenuta prima – tenendo conto del fatto che alcuni contratti successivi alla concessione di credito da parte della banca non sarebbero stati stipulati se fosse emersa la reale situazione di insolvenza dell'impresa – rispetto a quanto invece percepito in ragione della concreta liquidazione dell'attivo (c.d. danno da quota)¹²⁶.

Il profilo appena considerato, lungi dall'apparire una mera applicazione dei principi dell'onere probatorio gravante sul terzo che assume il danno in

¹²⁴ App. Milano, 11 maggio 2004, cit.; Trib. Milano, 21 maggio 2001, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2002, II, p. 264 ss., con nota di M. ROBLES, *Erogazione "abusiva" di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto*; App. Bari, 2 luglio 2002 e App. Bari, 17 giugno 2002, entrambe in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2003, II, p. 568 con nota di M. ROBLES, le quali sottolineano come, da una parte, il fallimento costituisca mero elemento storico che non conserva alcun rapporto, se non occasionale, con la lesione e la pretesa di riparazione, e, dall'altro, che non può configurarsi un pregiudizio per l'intero ceto creditorio, ma un danno limitato ai creditori "non bancari". Nel senso che le azioni di responsabilità fondate sulle regole del *neminem laedere* restano estranee all'evento concorsuale: Cass. 15 febbraio 1999, n. 1240, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1184, con nota di M. FABIANI; Cass. 21 gennaio 1999, n. 520, in *Fall.*, 1999, p. 668.

¹²⁵ Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in *Dir. fall.*, 2002, II, p. 510 con nota di G. RAGUSA MAGGIORE; critico sui risultati cui è pervenuta questa giurisprudenza è A. NIGRO, *Note minime in tema di responsabilità*, cit., p. 301, secondo cui «all'azione *ex art.* 2394 c.c. va attribuita natura non di azione diretta ed autonoma, ma di azione surrogatoria».

¹²⁶ Il tema è affrontato da A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito*, cit., p. 250, il quale ricorda come proprio tale difficoltà ha consentito alla giurisprudenza di considerare il danno come riferito alla "massa" dei creditori concorsuali, addivenendo, però, alla critica di tale impostazione proprio in ragione del fatto che non può rinvenirsi in concreto un danno alla massa come tale.

ragione del finanziamento considerato abusivo, ripropone la problematica più in generale della configurabilità del danno per i terzi creditori, laddove la “pericolosità” dell’ambigua condotta della banca si esplica nei confronti di colui il quale non era ancora divenuto creditore e che assume tale qualità a seguito delle alterazioni delle condizioni di trasparenza dipendenti dall’erogazione abusiva: ciò, naturalmente, non determina per questi “terzi” l’esonero dall’obbligo di diligenza, esigibile nei limiti in cui l’insolvenza resti comunque percepibile perché oggettivamente esteriorizzata¹²⁷.

Secondo, una prima opinione, il credito vantato dai creditori successivi all’erogazione avrebbe sostanzialmente natura concorsuale, poiché sorto nei confronti dell’impresa (già) insolvente¹²⁸; mentre, secondo altra impostazione, il pregiudizio concretamente subito dal creditore risiede proprio nell’essere divenuto, a seguito dell’abusiva concessione del credito, inopinatamente titolare di un credito sostanzialmente concorsuale, con tutte le conseguenze negative che ne discendono e che vanno integralmente ristorate¹²⁹.

6.2. *Le ulteriori ipotesi di responsabilità della banca: la partecipazione alla istruttoria di finanziamenti agevolati; le attestazioni sulle caratteristiche patrimoniali dell’impresa che partecipa ad appalti pubblici; le responsabilità connesse alle lettere di patronage*

Nella prospettiva dei presupposti dell’azione aquiliana, va ricostruita la responsabilità della banca in materia di concessione di finanziamenti agevolati, laddove la violazione delle norme procedurali per la valutazione del c.d. “merito creditizio” rappresenta una deviazione dai criteri direttivi dettati dal-

¹²⁷ Sul tema: F. DE MARZIO, *op. ult. cit.*, p. 179; in giurisprudenza: Trib. Monza, 14 febbraio 2002, cit.; anche G.C. BIBOLINI, *Responsabilità della banca per finanziamento ad imprenditore insolvente*, in AA.VV., *Responsabilità contrattuale e extracontrattuale delle banche*, cit., p. 45, secondo cui, però, anche nel caso di ignoranza incolpevole da parte del terzo creditore, nessun danno sarebbe lamentabile attesa la correlazione obbiettiva tra patrimonio del debitore al momento del sorgere della obbligazione e garanzia del credito ex art. 2740 c.c., in ragione della strutturale incapacienza del patrimonio oggetto della garanzia generica già al momento della costituzione dell’obbligazione.

¹²⁸ A. CASTIELLO D’ANTONIO, *La responsabilità della banca*, cit., p. 221, secondo cui il credito sarebbe destinato ad una soddisfazione eventuale e non integrale.

¹²⁹ F. DE MARZIO, *op. ult. cit.*, p. 182.