

INSOLVENZA E RESPONSABILITÀ DELLA BANCA NELL'EROGAZIONE DEL CREDITO: UNA NUOVA TASSONOMIA DI RIMEDI

Di Daniela Santarpia

| 221

SOMMARIO: 1. L'«angolo morto» della concessione abusiva del credito. – 2. L'obbligazione e le obbligazioni: il credito all'impresa. – 3. L'insolvenza civile e le forme di autotutela privata. – 4. Il finanziamento come fatto in danno ai terzi. – 5. Valutazione del merito creditizio ed effetti sul piano contrattuale. – 6. Il credito responsabile: osservazioni conclusive.

ABSTRACT. Lo scritto si propone di delimitare il perimetro della responsabilità della banca nei confronti del finanziato per concessione abusiva del credito, alla luce della tendenza a bilanciare le ragioni del credito con l'assunzione responsabile del debito.

The purpose of the paper is to delimit the perimeter of the bank's liability to the borrower for wrongful loans, in light of the tendency to balance the reasons for credit with the responsible assumption of debt.



1. L'«angolo morto» della concessione abusiva del credito.

La responsabilità per concessione abusiva del credito costituisce, a tutt'oggi, un «angolo morto», delimitato dalla salvaguardia di interessi, anche di matrice pubblicistica, sottesi alla prosecuzione dell'esercizio dell'attività d'impresa, e l'esigenza di tutela del credito.

Chi si è occupato della tematica si è, per lo più, intrattenuto sulla possibile propagazione nei confronti dei terzi degli effetti sfavorevoli derivanti da un'abusiva concessione del credito all'impresa, nell'ottica del risanamento della medesima. Si è sovente trascurato, invece, di riguardare l'indagine alla luce dei possibili rapporti tra autonomia contrattuale e insolvenza¹, che potrebbero così rappresentare la linea programmatica della riflessione.

Chiarita l'inclinazione problematica della riflessione, l'idea di fondo prende le mosse dall'ipotesi di metodo di una possibile valorizzazione dell'autonomia privata² alla luce delle sollecitazioni provenienti dal diritto della crisi d'impresa. Si costituiscono, così, le basi per una rimeditazione del sistema della responsabilità patrimoniale attraverso il filtro della complessità giuridica³. Nel solco di questa suggestione, potrebbe emergere una nuova dimensione del diritto patrimoniale, fortemente condizionata dalla reciproca contaminazione tra il modello codicistico e una nuova linea di tendenza che incastona le ragioni del credito nella c.d. economia del debito⁴. Inizia così a delinearsi l'opportunità di calibrare la prospettiva dalla quale guardare all'attuazione (anche in via coattiva) del rapporto obbligatorio, considerando a tal fine che le istanze di tutela potrebbero essere molteplici, non più solo quelle derivanti dall'esigenza, pur primaria, di soddisfare le ragioni dei cre-

¹ Cfr. F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio - F. Macario, Milano, 2010, 19 ss.

² Il riferimento è non solo – e non tanto – al concordato preventivo; una menzione particolare meritano gli accordi di ristrutturazione dei debiti, nonché tutti gli strumenti negoziali mediante i quali trovano composizione la crisi o l'insolvenza dell'impresa (v. anche F. MACARIO, *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, in *Contratti*, 2022, I, 5 ss.).

³ Si tratta della proposta metodologica di A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, 2007, 201 ss.

⁴ Per tutti, S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, in questa *Rivista*, 2014, 104 ss., il quale, realisticamente, riferisce il debito non a un momento patologico delle relazioni patrimoniali, ma lo percepisce come una vicenda fisiologica. Si legga anche A. IULIANI, *Il diritto privato tra crisi economica ed «economia del debito»: dinamiche della giustizia e autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 341 ss. Diffusamente, V. CONFORTINI, *Primo del credito*, Napoli, 2020, 5 ss., la quale eleva l'«economia del debito» a ordine giuridico in via di consolidamento. Nel dibattito recente, si è efficacemente prospettato il richiamo alla sostenibilità, latamente intesa, anche con riferimento alla responsabilità patrimoniale, sul presupposto che «il problema della [gestione degli inadempimenti] va, giocoforza, affrontato in una dimensione che travalica il piano del rapporto intersoggettivo, con scelte e decisioni capaci di proiettare effetti positivi ad ampio spettro, nel/i mercato/i più o meno direttamente coinvolto/i»: G. GRISI, *Premessa*, in A. ALBANESE - M. FRANZONI - E. GABRIELLI - G. GRISI - L. NIVARRA, *La responsabilità patrimoniale «sostenibile»*, Torino, 2023, 1 ss.



ditori evocanti il «mito» della *par condicio*⁵, ma anche quelle legate a tutti gli altri interessi giuridicamente e fattualmente coinvolti⁶.

Nello scenario così prefigurato, la fattispecie della concessione abusiva del credito all'impresa esibisce, con ogni evidenza, la tendenza ad assorbire la percezione individualistica dell'insolvenza civile nelle dinamiche macroeconomiche dei rapporti individuali: da questo punto di vista, ci si propone di riflettere sulla (dubbia) responsabilità della banca nei confronti del finanziato.

2. L'obbligazione e le obbligazioni: il credito all'impresa.

Nell'area problematica della tutela del credito legata alle situazioni di dissesto si registrano effetti di frattura sul sistema del diritto privato patrimoniale⁷, nel senso che si pongono le basi affinché categorie, istituti e principi sedimentati nella tradizione civilistica si possano arricchire⁸ delle acquisizioni derivanti dall'applicazione dello *ius positum* in una realtà complessa⁹. Emblematica in tal senso appare la fenomenologia dell'insolvenza, che risente non solo della portata precettiva delle regole contenute nel codice civile, che assumono l'inadempimento quale fatto storico innescente il bisogno di tutela, ma anche di quelle delineate nel c.d. codice della crisi

⁵ In questo senso, V. COLESANTI, *Mito e realtà della par condicio*, in *Fallimento*, 1984, 36 ss., secondo il quale la *par condicio* da regola delle situazioni di decozione è divenuta un principio neutro; così anche P. SCHLESINGER, *L'eguale diritto dei creditori di essere soddisfatti sui beni del debitore*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, I, 321 ss. La posizione è condivisa da P.G. JAEGER, *Par condicio creditorum*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 93 ss., spec. 102, che ritiene che il principio dell'eguaglianza fra i creditori rappresenti una «linea di tendenza» e il suo significato vada rintracciato in «un'esigenza di polizia processuale». Critico è A. MAISANO, *La tutela concorsuale dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, II, Napoli, 1989, 845 ss.

⁶ R. GOODE, *Principles of Corporate Insolvency Law*, 4^a ed., Londra, 2011, 72 ss. A mero titolo esemplificativo si consideri il c.d. diritto delle ristrutturazioni, che si radica sull'idea per cui la limitazione dei diritti dei creditori potrebbe essere necessaria per consentire il superamento dello stato di impotenza finanziaria e la «ristrutturazione» (appunto) dell'attività.

⁷ Così C. CAMARDI, *Legislazione della «crisi» e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, in *ODCC*, 2017, II, 265 ss., spec. 282 ss., seppur nei termini che si specificheranno nella nota che segue.

⁸ Criticamente, C. CAMARDI, *Legislazione della «crisi» e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, cit., 287, ritiene che alla moltiplicazione degli statuti dell'insolvenza debba ricollegarsi un effetto generale di frammentazione del sistema e di indebolimento delle categorie e degli strumenti tradizionali.

⁹ In questo senso, di sicuro ausilio è la riflessione di L. BALESTRA, *Il diritto dei contratti nello specchio della contemporaneità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, IV, 1127 ss., nonché, nell'ambito del dibattito sulle relazioni tra autonomia negoziale e crisi d'impresa, ID., *Diritto dei contratti e crisi d'impresa: il caso del contratto a (s)favore di terzi*, in *Pactum*, 2023, IV, 459 ss. F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, 4, spec. 55, invece, ritiene di dover attribuire al diritto (privato) dell'insolvenza un carattere di specialità rispetto al diritto privato generale, in quanto «non solo gli istituti dell'obbligazione e della responsabilità patrimoniale, ma anche gli istituti del contratto e della società subiscono una ridefinizione nella disciplina giuridica intesa in senso lato (leggi, indirizzi giurisprudenziali, elaborazioni scientifiche) rispetto a quanto stabilito nel codice e nel diritto civile».



d'impresa e dell'insolvenza¹⁰, che invece attribuiscono al medesimo inadempimento un valore anche proiettivo nei termini della significazione di una condizione generalizzata di incapacità finanziaria, anche futura¹¹.

*Nel cielo dei concetti giuridici*¹², autonomia privata e insolvenza sembrerebbero irriducibili fra loro. Cionondimeno, la connessione tra un valore fondante del nostro sistema giuridico (l'autonomia privata, appunto)¹³ e una qualificazione di diritto (l'insolvenza, dunque) rimonta all'idea di Hume di comunità, che si fonda su tre regole fondamentali: la tutela del patrimonio, il contratto e l'adempimento delle obbligazioni¹⁴.

Nel solco di questa considerazione, si potrebbe dunque rinvenire una tensione tra la stabilità del vincolo e l'esigenza di tutelare gli interessi variamente incisi dalle vicende dell'(in)attuazione del rapporto. In questo senso, anche se la moltiplicazione degli statuti dell'insolvenza ha in qualche modo inciso sulla fisionomia del diritto delle obbligazioni, essa al contrario non ha comportato un indebolimento dell'autonomia privata, che non ha perso la sua attitudine a fungere da formula di composizione degli interessi e a combinare strumenti tecnici di vario contenuto¹⁵.

Su questa premessa, potrebbe attribuirsi al contratto una duplice rilevanza: una volta come strumento idoneo a realizzare una modificazione della realtà giuridica, resa definitiva per effetto dell'efficienza del grado di vincolatività e di protezione espresso dal sistema dell'ordinamento¹⁶; poi anche come atto/fatto rilevante ai fini della disciplina dei rapporti tra soggetti terzi (di norma, uno dei contraenti e terzi aventi causa o creditori della controparte)¹⁷.

¹⁰ Com'è stato puntualmente osservato, il "nuovo" diritto della crisi d'impresa si costruisce su «una stratificazione tra norme di diritto comune e disciplina speciale, con una conseguente serie di questioni interpretative. Presupposto della loro analisi sta peraltro nel fatto che la regolazione della crisi o dell'insolvenza è un interesse dei creditori e del debitore insieme. Per gli uni si tratta di ottenere la maggior soddisfazione possibile delle rispettive ragioni di credito. Per l'altro si tratta invece di uscire dalla situazione di crisi o insolvenza, in una prospettiva liquidatoria o di continuità aziendale, ma comunque in una logica non punitiva e aperta al *fresh start*»: così M. MAGGIOLO, *La risoluzione per inadempimento nel Codice della crisi d'impresa e nel diritto comune: aderenze e dissonanze*, in *Fallimento*, 2023, XI, 1333 s.

¹¹ Cfr. F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, cit., *passim*, il quale prospetta l'opportunità di aggregare, accanto al diritto privato generale, un *diritto privato speciale dell'insolvenza* (corsivo dell'autore).

¹² Così R. VON JHERING, *Nel cielo dei concetti*, in *Serio e faceto nella giurisprudenza*, trad. it. di F. Vassalli, Firenze, 1954: si allude alla necessità di abbandonare quel concettualismo che tende ad astrarsi completamente dalla vita reale e all'opportunità di abbracciare una concezione pragmatica del diritto.

¹³ G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Diritto e giurisprudenza*, 2004, 1 ss.

¹⁴ D. HUME, *Trattato sulla natura umana* (1739), in ID., *Opere filosofiche*, I, Roma - Bari, 2019, 557, ricordato da F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, 25.

¹⁵ Così C. CAMARDI, *Legislazione della «crisi» e diritto privato patrimoniale. Una nuova complessità, tra efficienza e coerenza sistematica*, cit., 288.

¹⁶ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, 59.

¹⁷ F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di S. Pagliantini - E. Quadri - D. Sinesio, II, Milano, 2008, 1712.

La possibile propagazione della vincolatività del contratto nel fenomeno dell'insolvenza si manifesta al cospetto dell'inadempimento (o del pericolo d'inadempimento): cosicché, nella fase patologica (anche solo probabile) del rapporto obbligatorio e in applicazione della regola generale della responsabilità patrimoniale, al creditore sono attribuiti poteri di autotutela allorché questi sia minacciato dalla condizione di insolvenza in cui si trova il debitore, per cui è autorizzato ad attuare misure a salvaguardia del proprio credito.

L'insolvenza non è suscettibile di essere declinata in chiave unitaria, in quanto può offrirsi sotto una variegata fenomenologia e può «scaturire da una moltitudine di fatti diversi che difficilmente si arrendono alle categorie»¹⁸. Ciononostante, da un punto di vista concettuale, l'insolvenza può essere ricostruita, entro la cornice delineata dalle regole e dai principi del diritto privato c.d. generale, come «processo degenerativo della capacità di adempiere»¹⁹, cui, da ultimo, possono essere ricondotte anche le condizioni di crisi e di pre-crisi dell'impresa, quali forme di insolvenza prospettica giuridicamente rilevanti²⁰.

Nella sistematica del codice civile, l'insolvenza è la risultante di disposizioni sparse, che ne fanno menzione²¹: dalla disciplina del Libro IV, ove essa è rilevante nella misura in cui diventa generatrice di un conflitto tra i soggetti del rapporto, alle regole del Libro VI che sono deputate a risolvere i conflitti fra soggetti terzi connessi alle conseguenze pregiudizievoli di atti di disposizione posti in essere dal debitore in condizioni patrimonialmente critiche²².

Quando, però, l'insolvenza si colloca nella realtà dell'impresa, allora la responsabilità patrimoniale non può, da sé sola, considerarsi pienamente rappresentativa del fenomeno, dovendosi piuttosto affiancare alla regola espressa dall'art. 2740 c.c. anche quella dell'art. 2086 c.c. nell'ottica del recupero della continuità aziendale. Ne deriva che, nella realtà valoriale dell'impresa, l'attuazione coattiva del rapporto obbligatorio, che normalmente trova giustificazione nel primato del credito, potrebbe essere paralizzata, o comunque limitata, in ragione della necessità di soddisfare una molteplicità di interessi – concretamente e potenzialmente – incisi dalle condi-

¹⁸ A. PATRIOLI, *Decozione*, in *Digesto it.*, IX, Torino, 1887-1898, 649.

¹⁹ F. DI MARZIO, *Diritto dell'insolvenza*, cit., 27 s.

²⁰ Cass., 9.9.2005, n. 18066, in *Giust. civ.*, 2006, I, 546, assimila la temporanea difficoltà ad adempiere a uno stato di insolvenza reversibile. In dottrina, G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 569. Con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, in particolare sulla nozione onnicomprensiva di insolvenza (includente anche lo stato di crisi dell'imprenditore), si rinvia a F. DI MARZIO, *L'insolvenza nel "codice della crisi e dell'insolvenza"*, in *giustiziacivile.com* (approfondimento del 25 maggio 2020).

²¹ P. DE VINCENTIIS, voce *Insolvenza colpevole*, in *Digesto it.*, XIII, Torino, 1902-1906, 1202, secondo il quale «l'insolvenza è campo così vasto di ricerche che pervade e penetra quasi tutta la teorica delle obbligazioni, poiché essa, anche nei rapporti fra creditore e debitore, non dà luogo, nella nostra legge civile, a un istituto speciale, che ne stabilisca la nozione» (corsivo dell'autore).

²² La sintesi, efficace, si legge in F. MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una ricostruzione sistematica delle tutele*, cit., 1713.

zioni patrimoniali, economiche e finanziarie di uno dei contraenti, in specie dell'impresa²³.

Nel codice civile e tralasciando la disciplina della crisi da sovraindebitamento, ora contenuta nel codice della crisi d'impresa²⁴, l'insolvenza assume una caratura non dissimile da quella ad essa attribuita alla luce dell'art. 2, lett. b), del suddetto codice, che pone l'accento sulla sussistenza di inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni²⁵.

Questo sforzo ricostruttivo, tendente a rimarcare come l'insolvenza civile informi di sé l'insolvenza commerciale, ma non la esaurisca,²⁶ non deve essere sminuito ritenendolo apprezzabile solo a livello descrittivo, ma si ricollega a quella ri-considerazione dell'autonomia privata non più esaminata solo in chiave individualistica²⁷, ma alla luce del pluralismo sistematico²⁸ che fa coesistere «sistema a soggetto» e «sistema ad attività»²⁹. Quando l'attività d'impresa complessivamente considerata, in luogo dei distinti atti seppur funzionalmente collegati al raggiungimento del risultato, diventa oggetto di considerazione, allora la valutazione dell'insolvenza c.d. commerciale non può limitarsi a considerare esclusivamente la consistenza patrimoniale del debitore, ma deve altresì tener conto della capacità del medesimo di accedere al credito e, in ultima analisi, della reputazione della quale egli, ancorché indebitato, gode sul mercato.

3. L'insolvenza civile e le forme di autotutela privata.

Assunta nel paradigma del rapporto obbligatorio³⁰ e del contratto in generale, la condizione di insolvenza del debitore o di uno dei contraenti viene attratta nel cono d'ombra del debito, e non semplicemente del deterioramen-

²³ Si osservi al riguardo che non si può – in via automatica e acritica – far derivare dalla tutela dei creditori il conseguente rafforzamento della concorrenzialità del mercato.

²⁴ Al riguardo si deve, seppur *en passant*, osservare che la disciplina del sovraindebitamento riscrive, in parte, l'insolvenza c.d. civile, privandola dei suoi connotati individualistici in vantaggio di quelli sistemici, in ragione dei quali si spiega l'opportunità di introdurre, com'è stato, uno strumento di composizione della crisi di natura concorsuale.

²⁵ Pressocché testualmente l'art. 2 del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

²⁶ Al contrario, E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi di impresa*, Padova, 1999, 72 ss., ritiene assimilabili le due figure di insolvenza.

²⁷ Sul fondamento soggettivistico delle categorie civilistiche si veda R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, II, 150 ss.

²⁸ Il riferimento a P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1976, 188 ss., è ialino.

²⁹ Così C. ANGELICI, *Sull'insegnamento di Paolo Ferro-Luzzi*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, V, 202 ss., riflettendo sul pensiero di Ferro-Luzzi, ne ricava la convinzione per cui «non sia più possibile intendere l'intero sistema del diritto privato muovendo unitariamente dalla prospettiva del “soggetto”». Come nota M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, in *ODDC*, 2015, III, 36 ss., la coppia dogmatica (“sistema a soggetto”/ “sistema ad attività”) tende a diventare luogo comune e ad essere utilizzata anche come argomento costruttivo. L'autore ritiene interessante osservare che la coppia concettuale comincia ad essere usata come strumento euristico anche al di fuori degli stretti confini disciplinari del diritto commerciale (*ivi*, *sub* nota 88)

³⁰ Si rinvia a P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 182, sul valore paradigmatico dell'obbligazione.

to della garanzia patrimoniale³¹, e diventa il presupposto per l'esercizio dei cc.dd. poteri di autotutela da parte del creditore che ha timore di non poter conseguire l'adempimento a causa di un'insufficienza patrimoniale (e non di un'incapacità finanziaria) del debitore. A mero titolo esemplificativo, nei confronti del debitore divenuto insolvente o che ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva dato o che non ha dato le garanzie che aveva promesso può essere richiesta la decadenza dal beneficio del termine. L'insolvenza, rilevante nei termini appena descritti ai sensi dell'art. 1186 c.c., va tenuta distinta dal mutamento *in peius* delle condizioni patrimoniali di una delle parti, che, in un contratto a prestazioni corrispettive, legittima la parte *in bonis* alla sospensione dell'esecuzione della prestazione³².

Passando a considerare la disciplina dei singoli contratti, il credito è assistito da misure di tutela cautelare aventi natura (non dilatoria, ma) liberatoria per la parte *in bonis*, che sono previste dagli articoli 1822, 1956 e 1959 c.c., rispettivamente a favore del mutuante, del fideiussore e del mandatario; così come, in materia di apertura di credito, l'art. 1845 c.c. attribuisce alla banca la facoltà di recedere dal contratto per giusta causa.

La disciplina delle succitate situazioni giuridiche soggettive, che hanno natura di diritti potestativi, deriva dall'attribuzione al creditore di un potere di controllo non solo sulle condizioni patrimoniali, ma anche eventualmente sull'attività negoziale svolta dal debitore, almeno nella misura in cui la medesima sia destinata ad incidere sulla consistenza del patrimonio di quest'ultimo³³.

Assunta la prospettiva del rapporto contrattuale sinallagmatico, al creditore è attribuito un potere di controllo³⁴ strumentale alla tutela della propria pretesa, nella misura in cui il relativo esercizio è funzionalmente diretto ad ottenere la prestazione o a preservare la garanzia patrimoniale. Il perseguimento dell'una e dell'altra finalità potrebbe sottendere la scelta di opporre l'eccezione di insolvenza, a cui il creditore ricorre non solo perché – in ragione di un mutamento anche solo qualitativo della consistenza patrimoniale del debitore – è più incerto il conseguimento della controprestazione, ma anche perché, in prospettiva, potrebbe essere più problematico l'(utile) esperimento dell'eventuale procedura esecutiva ai fini del soddisfacimento per equivalente dell'interesse creditorio³⁵.

Invece, il mutamento quantitativo del patrimonio del debitore, al ricorrere del quale il creditore può attivare la tutela prevista dall'art. 1186 c.c., è idoneo ad incidere sul rapporto obbligatorio non in modo meramente esteriore

³¹ Il tema dell'insolvenza civile imporrebbe qualche riflessione, altresì, sulla legittimazione del creditore ad esperire i mezzi di conservazione della garanzia generica sul patrimonio del debitore, strumentali ad assicurare il fruttuoso esperimento dell'esecuzione forzata.

³² Si veda A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2011, commento *sub* art. 1461 c.c.

³³ F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, cit., 35.

³⁴ R. DI RAIMO, *Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivi sul patrimonio (tra regole dei rapporti e regole dell'attività)*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 319.

³⁵ In questi termini, L. BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, II, Milano, 1974, 93.

o prospettico, bensì in maniera così significativa da farne precipitare lo svolgimento³⁶ cosicché si rende necessario «elimina[re] ogni impedimento in vista di una sua pronta attuazione»³⁷.

Il ricorso allo strumento di tutela cautelare previsto dall'art. 1461 c.c. consente al creditore di esercitare un controllo sul patrimonio del debitore volto a verificare la «sicurezza» di ottenere la controprestazione. L'art. 1461 c.c., considerato «un silenzioso precursore dell'eccezione di insicurezza»³⁸, autorizza il contraente *in bonis* a sospendere l'esecuzione della prestazione non solo quando il peggioramento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente sia sopravvenuto alla conclusione del contratto, ma anche al ricorrere di dissesti economici preesistenti a tale momento, ma ignorati incolpevolmente dal creditore³⁹.

In ogni caso, l'esercizio dei poteri di autotutela non deve sostanzarsi in una condotta imprevedibile e arbitraria del creditore, che altrimenti darebbe la stura a fondate pretese risarcitorie da parte del debitore. Rilevante in tal senso è la fattispecie della c.d. rottura brutale del credito, che potrebbe essere considerata come un'ipotesi di un abuso del diritto di recesso *ad nutum*, conformemente alla tradizione giurisprudenziale francese⁴⁰.

Allargando lo sguardo, in alcuni casi, quel comportamento, che nella logica dell'art. 1461 c.c. rappresenta una forma di autotutela, dunque una mera facoltà per il creditore, si può trasformare in un onere per il creditore medesimo. Si pensi a un rapporto di apertura di credito in conto corrente cui accede una fideiussione *omnibus*. Se si manifesta un significativo peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore rispetto a quelle conosciute al momento della conclusione del contratto e tali da mettere a repentaglio la solvibilità del debitore, la banca creditrice è tenuta a esercitare i poteri di autotutela, impedendo così ulteriori atti di utilizzazione del credito da parte del debitore (garantito) che aggraverebbero l'esposizione debitoria. Il ricorso agli strumenti di tutela cautelare del credito sorregge la pretesa del creditore, che altrimenti perderebbe il beneficio della garanzia, «a meno che il fideiussore *omnibus* abbia manifestato la propria volontà di mantenere

³⁶ G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942 (rist. inalterata, Napoli), 299, con riferimento all'ipotesi in cui le condizioni patrimoniali di un contraente sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, ritiene che l'eccezione di sospensione della prestazione possa essere alla luce «dell'esistenza stessa della risoluzione in senso specifico».

³⁷ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, I, Milano, 1974, 129.

³⁸ F. ADDIS, *La sospensione dell'esecuzione: dalla vendita con dilazione di pagamento alla Unsicherheitseinrede*, in ID. (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006, 14.

³⁹ Si è detto che «presupposto oggettivo per il rimedio di cui all'art. 1461 non è un mutamento materiale delle condizioni patrimoniali della parte tenuta ad adempiere successivamente, bensì un mutamento gnoseologico riguardante il contraente *in bonis*»: così F. ADDIS (- M. DELLACASA), *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, V, *Rimedi-2*, 2ª ed., Milano, 2022, 655, a proposito delle eccezioni dilatorie; diffusamente, ancora, F. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013.

⁴⁰ C. MARSEGLIA, *Rottura brutale del credito e responsabilità della banca*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, I, 86 ss., anche per i numerosi riferimenti giurisprudenziali.

ugualmente ferma la propria obbligazione di garanzia ai sensi dell'art. 1956 c.c.»⁴¹.

4. Il finanziamento come fatto in danno ai terzi.

Ponendoci nella prospettiva dei contratti d'impresa, la possibile condizione di insolvenza del contraente-imprenditore incide immediatamente anche sull'attività economica da lui svolta, con l'effetto che potrebbero diventare problematici i rapporti tra parti del contratto e terzi creditori del debitore insolvente, che autorevole dottrina ha tentato di comporre riconducendo il problema entro la riflessione sul contratto in danno ai terzi⁴².

L'esame delle implicazioni, vicendevoli, dell'insolvenza sull'autonomia contrattuale potrebbe condizionare tutte quelle vicende in cui la situazione di insolvenza, o anche solo di crisi, costituisce il presupposto della responsabilità della banca che ha contrattato con il soggetto in decozione. Nei contratti con gli imprenditori commerciali, considerato che l'insolvenza acquisita in questo caso un'inclinazione spiccatamente relazionale derivante dalla dimensione dinamica dell'attività economica svolta, l'omesso o il non corretto esercizio del potere di controllo sul patrimonio del debitore potrebbe essere fonte di responsabilità a carico della banca nei confronti non solo dell'impresa, ma anche nei confronti di terzi che abbiano subito un danno per effetto di tale condotta.

Descrittiva del fenomeno è la fattispecie della concessione abusiva di credito, rispetto alla quale la condotta illecita sanzionata è quella della banca che, in violazione dei principi di sana e corretta gestione, conceda, o continui a concedere, incautamente credito in favore dell'imprenditore che versi in stato d'insolvenza o comunque di crisi conclamata, provocando – quale evento dannoso – l'aggravamento del dissesto economico dell'impresa abusivamente finanziata, con lesione dell'affidamento dei terzi (danneggiati).

Pur persistendo incertezze in ordine all'individuazione degli elementi costitutivi dell'illecito, si ritiene comunemente che il requisito dell'ingiustizia del danno possa ritenersi integrato dalla violazione da parte dell'istituto di credito dell'obbligo di rispettare il principio di c.d. sana e corretta gestione, puntualmente positivizzato nell'art. 5 t.u.b e comunque ricorrente in numerose norme del testo unico bancario, e di verificare, in particolare, il merito creditizio del cliente in forza di informazioni adeguate⁴³. Ciò posto, la re-

⁴¹ Cass., 22.10.2010, n. 21730, in *Corriere giur.*, 2011, IV, 510 ss., con nota di F. ROLFI, *Fideiussione omnibus ed obblighi di buona fede del creditore*.

⁴² Si rinvia a C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, I-II, 132 ss. Alla posizione aderisce anche G.B. PORTALE, *Tra responsabilità della banca e «ri-commercializzazione» del diritto commerciale*, in *Jus*, 1981, II-III, 141 ss., spec. 147. Più di recente F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 145 ss.

⁴³ Così Cass., (ord.) 30.6.2021, n. 18610, in *Banca borsa tit. cred.*, 2022, II, 164 ss., con nota di L. BENEDETTI, *La ridefinizione della fattispecie della concessione abusiva di credito ad opera della Cassazione*. Sul piano normativo, «[n]ell'integrazione della fattispecie, rilievo primario assumono, accanto alla regola generale del diritto delle obbligazioni relativa all'esecuzione diligente della prestazione professionale ex art. 1176 c.c., la disciplina primaria e secondaria di settore e gli accordi internazionali», ove «emerge la rilevanza [...] per



sponsabilità della banca si ricollega all'affidamento ingenerato nei creditori del sovvenuto in relazione alla concessione o al mantenimento di un finanziamento da parte di un soggetto istituzionalmente e professionalmente deputato all'esercizio del credito⁴⁴.

Dunque, la fattispecie della concessione abusiva di credito, che tra l'altro ha assunto nella pratica una significativa frequenza, direttamente proporzionale alla riduzione dello spazio attribuito all'azione revocatoria⁴⁵, viene normalmente apprezzata sotto il profilo della idoneità della condotta della banca a pregiudicare i creditori dell'imprenditore abusivamente finanziato, i quali lamentano di essere stati tratti in inganno dalla condotta della banca e di essere stati indotti a fare legittimo affidamento sulla perdurante vitalità economica dell'imprenditore illecitamente sovvenuto⁴⁶. In particolare, i creditori, il cui titolo sia anteriore alla concessione abusiva, potrebbero dolersi della lesione delle prerogative loro riconosciute in termini di esercizio dei poteri di autotutela; mentre i creditori successivi contesterebbero di essere stati indotti a contrarre in presenza di una situazione soltanto apparente di solvibilità dell'impresa sovvenuta⁴⁷.

Il problema della concessione abusiva del credito sembrerebbe suscettibile di essere drammatizzato nei termini di una tensione dialettica tra l'adempimento dell'obbligo di finanziamento, concesso o mantenuto in vita, e l'inadempimento del medesimo, che esporrebbe comunque la banca a un giudizio di responsabilità.

Potrebbe dirsi che, in presenza di una situazione di crisi, l'impresa abbia l'obbligo di non contrarre, per evitare la produzione di effetti lesivi dell'utilità sociale o degli altri valori garantiti dall'art. 41 Cost.⁴⁸. L'assunto si presta a un'immediata obiezione, osservando che «la funzione della banca è anche e proprio quella di sostenere le imprese in difficoltà. Quindi, sul

l'ordinamento dell'obbligo di valutare con prudenza, da parte dell'istituto bancario, la concessione del credito ai soggetti finanziati, in particolare ove in difficoltà economica» (§ 3.2.1). La Cassazione fornisce, altresì, un dettagliato catalogo delle norme del testo unico bancario a cui si ricava il principio della sana e corretta gestione.

⁴⁴ Sulla condotta illecita della banca, v. A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, in *Giur. comm.*, 1978, I, 241 ss.

⁴⁵ Lo evidenzia I. PAGNI, *Onere di allegazione e onere della prova nelle azioni di responsabilità*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, IV, 599 ss.

⁴⁶ Così L. BALESTRA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione del curatore: sulla non facile delimitazione perimetrale*, in *Fallimento*, 2017, XI, 1159.

⁴⁷ Sul punto si è posta l'ulteriore importante questione della legittimazione del curatore ad agire nei confronti della banca per domandare il risarcimento del danno in favore del ceto creditorio ai sensi dell'art. 2043 c.c. La questione è stata risolta positivamente dalla Corte di cassazione, prospettando la legittimazione attiva della curatela a far valere «il danno subito dalla massa creditoria, quale posizione indistinta, e “riflesso” del pregiudizio al patrimonio sociale per effetto della continuazione dell'attività d'impresa, essendo indubbio che il peggioramento delle condizioni patrimoniali societarie arreca un danno a tutti i creditori, che vedono pregiudicata la garanzia patrimoniale generica»: Cass., (ord.) n. 18610/2021, cit., nonché Cass., (ord.) 18.1.2023, n. 1387, in *ForoPlus*. Il curatore è legittimato ad agire in rappresentanza dei creditori, sperando l'azione di massa finalizzata alla ricostituzione della garanzia patrimoniale generica del debitore, di cui tutti i creditori beneficerebbero.

⁴⁸ M. LIBERTINI, *Dalla dicotomia fra contratti civili e contratti commerciali alla frammentazione della disciplina del contratto. Nuove riflessioni sui contratti d'impresa*, in *ODDC*, 2022, II, 373 ss., spec. 392, che richiama sul punto Cass., (ord.) n. 18610/2021, cit.

piano della comparazione degli interessi (su cui si risolvono i problemi della responsabilità civile), è difficile ritenere che, rispetto all'interesse (pubblico) sotteso a questa funzione, possa considerarsi prevalente l'interesse degli altri creditori»⁴⁹, a meno che la banca abbia consapevolezza della potenziale lesività della concessione di credito⁵⁰.

La seconda criticità che accompagna un'assertiva e apodittica configurabilità della responsabilità della banca nei confronti del ceto creditorio si fonda sulla considerazione per cui, se la prerogativa lesa dalla concessione abusiva è costituita dall'esercizio in astratto dei poteri di autotutela, allora non ci si può esimere dall'osservare che il rimedio ex art. 1461 c.c. sarebbe stato esercitabile non solo dai creditori precedenti, ma anche da quelli successivi al momento in cui è stato erogato abusivamente il credito⁵¹, ai cui occhi tra l'altro la situazione di crisi sarebbe potuta già apparire manifesta in presenza di un tentativo di salvataggio dell'impresa (ad esempio, di fronte ad una domanda di concordato preventivo)⁵². Dunque, può ritenersi che l'agire negligente dei creditori abbia quantomeno concorso a cagionare il danno ingiusto dai medesimi subito, nei limiti in cui le loro determinazioni potevano essere scongiurate da una diligente osservazione del mercato⁵³.

5. Valutazione del merito creditizio ed effetti sul piano contrattuale.

Vero è che il mantenimento artificioso in vita dell'impresa potrebbe costituire, nei limiti cui si è accennato, una situazione idonea a essere apprezzata quale lesione della garanzia patrimoniale dei creditori nel loro complesso⁵⁴; ciononostante, l'assunzione di una prospettiva *de iure tertii* non deve spingere nell'ombra la considerazione del rapporto contrattuale tra banca e finanziato⁵⁵.

Nella giurisprudenza di legittimità si registra una pericolosa tendenza a classificare unitariamente i diversi fenomeni di abuso variamente riconducibili all'erogazione di credito, per sottoporli a un trattamento giuridico uniforme, assimilando l'azione risarcitoria esperibile dal curatore fallimentare contro la banca nell'interesse del ceto creditorio a quella con cui il medesimo curatore, nella sua veste di successore nei rapporti del fallito, agisca nei confronti dell'istituto bancario, deducendo, a fondamento della domanda ri-

⁴⁹ A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., 235.

⁵⁰ G. ALPA, *Il ruolo dell'art. 2043 cod. civ. nei rapporti contrattuali. Orientamenti di giurisprudenza*, in *Riv. dir. comm.*, 1981, I, 365.

⁵¹ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, 60.

⁵² I. PAGNI, op. loc. ult. cit.

⁵³ F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, III, 392.

⁵⁴ A. NIGRO, *Note minime in tema di responsabilità per concessione «abusiva» di credito e di legittimazione del curatore fallimentare*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2002, II, 299.

⁵⁵ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, II-III, 162 s.

sarcitoria, il danno diretto e immediato al patrimonio del finanziato e facendo valere un diritto ivi rinvenuto⁵⁶.

Sul piano fenomenico, la *ratio* che ha giustificato l'iniziale elaborazione della concessione abusiva del credito si appuntava sulla rilevanza dell'«apparenza colposa» che la fattispecie è idonea a generare. Sulla base di questo presupposto, un'erronea concezione di abusività del finanziamento potrebbe dare la stura a un allargamento ingiustificato delle maglie dell'illiceità della condotta della banca fino a far derivare la responsabilità della medesima dal mero fatto della negligenza nella verifica del merito creditizio, e dunque da una generica contrarietà al diritto oggettivo della condotta del finanziatore, a prescindere dalla valenza decettiva di tale comportamento e dalla condotta dell'impresa finanziata⁵⁷.

In maniera plastica e del tutto condivisibile, l'ordinanza della Corte di cassazione n. 18610/2021 ha statuito che, ai fini del giudizio positivo di abusività, «[q]uel che rileva (...) non è più il fatto in sé che l'impresa finanziata sia in istato di crisi o d'insolvenza, pur noto al finanziatore, onde questi abbia così cagionato un ritardo nella dichiarazione di fallimento: quel che rileva è unicamente l'insussistenza di fondate prospettive, in base a ragionevolezza e ad una valutazione *ex ante*, di superamento di quella crisi. In sostanza, sovente il confine tra finanziamento “meritevole” e finanziamento “abusivo” si fonderà sulla ragionevolezza e fattibilità di un piano aziendale»⁵⁸, con la sottolineatura che un giudizio negativo sulla capacità di previsione della banca è possibile soltanto una volta che il piano aziendale sia stato attuato⁵⁹.

Se l'epicentro delle regole che presidiano l'erogazione del credito si coglie sul piano dell'obbligo di sana e corretta gestione (posto a tutela anche di un interesse generale), non può tuttavia predicarsi a vantaggio del cliente un

⁵⁶ Così Cass., (ord.) n. 18610/2021, cit., § 3.6.2.

⁵⁷ La posizione è avversata da F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, V, 692. In senso favorevole, seppur con riferimento al contratto di credito al consumo, milita Corte giust. 11 gennaio 2024, causa C-755/22, *Nárokuj*, in www.curia.europa.eu, ove si legge che «l'obbligo di valutazione del merito creditizio (in quel caso, del consumatore) mira a responsabilizzare i creditori, nonché ad evitare la concessione di prestiti a consumatori non solvibili. Ne deriva, da un lato, che l'obbligo del creditore consistente nel valutare la solvibilità del consumatore tende a prevenire il semplice rischio di sovraindebitamento o di insolvenza risultante da una verifica insufficiente della capacità e della propensione di quest'ultimo a rimborsare il credito. (...) Dall'altro lato, la responsabilizzazione dei creditori e la prevenzione di pratiche irresponsabili nella concessione di crediti ai consumatori contribuiscono in modo essenziale al buon funzionamento del mercato del credito al consumo. Poiché tali finalità sono indipendenti dalla situazione o dal comportamento di un determinato consumatore, esse non sono conseguite per il solo fatto dell'esecuzione integrale del contratto di credito concluso da quest'ultimo. Per questi motivi, nel caso in cui il creditore abbia violato il suo obbligo di valutare il merito creditizio del consumatore, può essere fatta valere la nullità del contratto di credito al consumo e il creditore decade dal diritto al pagamento degli interessi convenuti, anche quando tale contratto sia stato integralmente eseguito dalle parti e il consumatore non abbia subito conseguenze pregiudizievoli per effetto di tale violazione» (punti 34-37).

⁵⁸ Cass., (ord.) n. 18610/2021, cit., § 3.5.3.

⁵⁹ M. VASSEUR, *La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France*, in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, a cura di S. Maccarone - A. Nigro, Milano, 1981, 61 ss.

diritto diverso da quello al corretto svolgimento della valutazione del merito creditizio. Dunque, la responsabilità in ordine alla scelta se erogare il credito è sempre del finanziatore; ciononostante, ove sia stato adempiuto l'obbligo di condotta previsto dalla legge, non si comprende quale illecita condotta della banca possa fungere da evento generatore di un danno diretto e immediato al patrimonio della stessa impresa finanziata.

Prospettando la responsabilità della banca nei confronti dell'impresa, la Corte di cassazione ha tentato di attrarre il rapporto tra banca e cliente nel perimetro entro il quale è sempre stata discussa la responsabilità per concessione abusiva del credito nei confronti dei terzi creditori. La Corte ha valorizzato l'impianto argomentativo che, tradizionalmente, ha condotto a riconoscere la natura extracontrattuale della banca nei confronti del ceto creditore, ma su di esso ha tentato di ricostruire la responsabilità del banchiere nei termini di una responsabilità da inadempimento complessivamente intesa (ai sensi dell'art. 1337 c.c., quando la banca ha contrattato senza il rispetto delle prescrizioni speciali e generali che ne presidiano l'agire, o ai sensi dell'art. 1218 c.c., ove sia imputata alla banca la prosecuzione di un finanziamento in corso)⁶⁰.

Nel dire della Corte, «l'erogazione del credito, che sia qualificabile come "abusiva", in quanto effettuata a chi si palesi come non in grado di adempiere le proprie obbligazioni ed in istato di crisi, ad esempio in presenza della perdita del capitale sociale e in mancanza di concrete prospettive di superamento della crisi stessa, può integrare anche l'illecito del finanziatore per il danno cagionato al patrimonio del soggetto finanziato, per essere venuto meno ai suoi doveri primari di una prudente gestione aziendale, previsti a tutela del mercato e dei terzi in genere, ma idonei a proteggere anche ciascun soggetto impropriamente finanziato ed a comportare la responsabilità del finanziatore, ove al patrimonio di quello sia derivato un danno, ai sensi dell'art. 1173 c.c.»⁶¹.

Appare evidente che la ricostruzione della responsabilità della banca nei confronti del finanziato condivide il medesimo fondamento su cui si radica l'indiscussa responsabilità della medesima banca nei confronti dei terzi.

L'interprete potrebbe, pertanto, tentare di verificare se la tesi della responsabilità della banca nei confronti del finanziato (che la Corte – lo si ribadisce – qualifica come responsabilità da inadempimento) sia sostenibile, seguendo quella stessa impostazione metodologica che, con riferimento al danno lamentato dai terzi ai sensi dell'art. 2043 c.c., ricostruisce il requisito dell'ingiustizia del danno legittimante l'inesistenza della tutela risarcitoria a vantaggio dei creditori tenendo conto dello «scopo della norma violata». Ci si domanda se gli approdi di questo ragionamento possano essere in qualche modo traslati anche sul piano della responsabilità da inadempimento, seppur nel rispetto della diversità dello statuto normativo rispetto a quello delineato dall'art. 2043 c.c.

In particolare, la soluzione del problema se il finanziato, che contesti l'esercizio negligente del potere/dovere (meglio, obbligo) di valutare il merito creditizio, possa utilmente esperire l'azione risarcitoria nei confronti

⁶⁰ Cass., (ord.) n. 18610/2021, cit., § 3.6.5.

⁶¹ Cass., (ord.) n. 18610/2021, cit., § 3.2.2

della banca dipende essenzialmente dall'accertamento se sia dato, o meno, in materia ravvisare una tutela anche dell'interesse del cliente alla protezione della propria integrità patrimoniale.

«[L]a presenza – all'interno del nostro sistema di responsabilità civile – della qualifica di ingiustizia come peculiare parametro di rilevanza del danno nel senso della sua risarcibilità impone (...) di interrogarsi sulla relazione che si instaura tra tale criterio di qualificazione del danno e “norme” dell'ordinamento, di per sé intese alla tutela di un bene giuridico irriducibile a schemi appropriativi tradizionali di un singolo individuo, ma con riferimento alle quali sia dato ravvisare altresì uno scopo di protezione di una sfera patrimoniale individuale: cosicché dalla loro violazione si possa desumere la conseguenza della risarcibilità, in favore del singolo individuo, del danno che ne discende»⁶².

A voler discutere dell'applicabilità della tecnica dello *Schutzgesetz* nell'ordinamento giuridico italiano, l'innesto della medesima in un sistema, come il nostro, di tipicità evolutiva dell'illecito civile non potrebbe mai obliterare la necessità dell'indagine circa l'esistenza e la consistenza di una situazione giuridica in ipotesi lesa. «Occorrerà pur sempre indagare se vi sia una situazione giuridica incisa dalla condotta dell'agente, sia pure quale riflesso della lesione del bene giuridico in primo luogo protetto dalla norma, essendo appunto necessario questo momento formale (della lesione di una situazione giuridica rilevante) a rendere risarcibile la perdita che ne sia derivata»⁶³.

Nel caso che ci occupa, risulta arduo prospettare che una scorretta attuazione del dovere (meglio, dell'obbligo) di valutazione del merito creditizio abbia negato al titolare di un interesse, in specie al finanziato, le utilità che la norma intendeva assicurargli. La previsione legislativa della valutazione del merito è ricondotta alla tutela di interessi plurimi, quello della banca stessa, dei terzi creditori e dell'ordine del mercato, ma anche (è vero!) dello stesso finanziato. Però, pur se il dovere di comportamento gravante sulla banca sia diretto alla tutela di un bene giuridico, ancorché solo latamente, riducibile alla sfera del finanziato, ciononostante l'ambito di protezione della disciplina non è in grado di sporgersi al di là di quel livello di tutela indifferenziata (assicurata ai creditori e al mercato), in quanto non potrà dirsi «che la condotta creditoria abbia creato [nell'imprenditore] un affidamento meritevole di tutela circa l'esistenza di una propria situazione finanziaria, diversa da quella reale»⁶⁴.

Solo una corretta e puntuale rideterminazione della dimensione di rilevanza giuridica della nozione di merito creditizio permette di comprendere come possa essere assolutamente limitata, se non esclusa, la possibilità che

⁶² C. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità della p.a. per violazione di obblighi di vigilanza e di informazione sull'attività delle società fiduciarie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, V, 1164 ss., ora in ID., *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento (Saggi sulla responsabilità di diritto civile)*, Torino, 2021, 169.

⁶³ Ancora, C. SCOGNAMIGLIO, op. loc. ult. cit.

⁶⁴ U. MALVAGNA, «Diritto privato d'impresa» e merito di credito. *Dialogo (ideale) tra un professore e uno scrittore*, in *Liber amicorum per Aldo A. Dolmetta. L'orizzonte è una linea che non c'è*, a cura di E. Ginevra - R. Lattanzi - U. Malvagna - U. Minneci - G. Muciarone - A. Sciarrone Alibrandi, Pisa, 2023, 266.

la previsione dell'obbligo di valutazione abbia un riflesso sul piano negoziale, non essendo rinvenibile alcun collegamento funzionale tra la regola che informa l'attività bancaria e l'enucleazione (difficilmente accreditabile)⁶⁵ di un diritto al credito⁶⁶, né potendosi prospettare, a monte, un obbligo della banca di far credito⁶⁷.

Riferito l'obbligo di valutazione del merito creditizio al piano della vicenda contrattuale tra banca e finanziato, si esclude anche la possibilità di ricondurre la responsabilità della banca al novero delle responsabilità da *status*⁶⁸, dal momento che le prescrizioni di vigilanza non possono dirsi previste nell'interesse oggettivo del sovvenuto a ricevere finanziamenti, che ragionevolmente verranno "restituiti" secondo le modalità prescritte dal con-

⁶⁵ In questo senso, R. DI RAIMO, *Accesso al credito e valutazione del merito creditizio*, in G. CONTE, *Arbitro bancario e finanziario*, a cura di L. Balestra - R. Di Raimo - D. Maffei - M. Maggiolo - M. Marinaro - R. Natoli - S. Pagliantini - G. Recinto, Milano, 2021, 211 ss., spec. 219, il quale «se [un "diritto soggettivo"] al finanziamento fosse profilabile, il suo contenuto si dovrebbe ricalcare sulla situazione soggettiva del contraente con il monopolista legale di cui all'art. 2597 c.c., sarebbe cioè un diritto a ottenere credito a parità di condizioni, come tale eseguibile dal giudice. Ma non è un diritto perfetto poiché, se lo fosse, comporterebbe un sacrificio non ammissibile dell'altro principio informatore dell'attività della banca, quello della sana e prudente gestione». In questo senso, Trib. Catania, 5.3.2020, n. 899, in *DeJure*, ove si legge che «la scelta della banca in merito all'erogazione o meno di un finanziamento è insindacabile. Ogni relativa decisione (ad esito della valutazione del merito creditizio del cliente) è assolutamente discrezionale, ricadendo questa nei principi di "sana e prudente gestione" cui, per legge, le banche devono confermarci nello svolgimento della propria attività, avendo riguardo "alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario"».

⁶⁶ Efficacemente, A.A. DOLMETTA, *Valutazione del merito creditizio e diligenza del finanziatore*, in *Fallimento*, 2022, XII, 1581, evidenzia che «il tema della valutazione del merito del credito non ha niente a che vedere con quelli di un (eventuale) diritto al credito del cliente. Se si guarda la cosa sotto il profilo strutturale, anzi, appare difficile comprendere causa e ragioni di questo diffuso mescolamento tra le due diverse tematiche».

⁶⁷ L'impresa bancaria non è obbligata a far credito, conservando la sua autonomia in ordine alla concessione o meno di credito a favore di un aspirante finanziato: così G. FERRI, *Intervento*, in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, a cura di S. Maccarone - A. Nigro, cit., 246; nello stesso senso, P. ABBADESSA, *Obbligo di far credito*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 529, il quale ritiene che, tenuto conto della natura dell'attività esercitata dalla banca, «la concessione del credito a favore di un soggetto acquista il rilievo di atto giuridicamente doveroso». Invece, non esclude apoditticamente che le imprese bancarie siano gravate da obblighi legali di contrarre, A. NIGRO, *Attività bancaria e vincoli a contrattare delle banche*, in *La concorrenza bancaria*, a cura di L.C. Ubertazzi, Milano, 1985, 238, il quale osserva che «in ragione del loro essere, appunto, banche e quindi della loro specificità in termini di attività e di relativo regime giuridico», gli istituti di credito sono soggetti a vincoli rigidi (come obblighi legali di contrarre) e a vincoli elastici (come doveri di contrarre); più in generale, L. NIVARRA, *L'obbligo di contrarre ed il mercato*, Padova, 1990, spec. 72. Tenuto conto del ruolo e della funzione del concordato preventivo nel sistema delle procedure di prevenzione e regolazione della crisi, N. ABRIANI, *Concordato preventivo e ristrutturazione dell'impresa dopo il D.L. n. 118/2012: Que reste-t-il?*, in *dirittodellacrisi.it* (approfondimento del 16 febbraio 2022), ravvisa «l'emersione di un vero e proprio dovere di far credito *ex lege*, (...) nonché l'esigenza di ripensare al radicato *idolum theatri* della assoluta discrezionalità della banca nella erogazione della nuova finanza». Nella decisione del Collegio di Coordinamento del 29.11.2013, n. 6182, l'ABF sottolinea la «mancanza», nel sistema vigente, di un «obbligo generale di far credito».

⁶⁸ In argomento, il riferimento corre alla posizione di C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, VI, 657 ss.

tratto in questione. È quanto, al contrario, può dirsi riferibile alla valutazione del merito creditizio del consumatore come descritta dall'art. 18 della Direttiva 2023/2225/UE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, ove, in linea di continuità anche con la disciplina sul sovraindebitamento, il debitore è tutelato con riferimento al preminente interesse a «evitare pratiche irresponsabili in materia di concessioni di prestiti e sovraindebitamento» rispetto ai quali potrebbe non avere la capacità di rimborsare il credito⁶⁹.

La decisione della Corte di cassazione n. 18610/2021, nella parte in cui prospetta la responsabilità della banca verso l'impresa, sembra allinearsi a questa prospettazione; ma, sin da subito, deve obiettarsi che non è dato ricostruire un paradigma unitario di valutazione negoziale della condotta del finanziatore, che pertanto possa considerarsi indifferente alla qualità soggettiva del finanziato. Sul punto, la scelta del finanziamento, afferendo alla più ampia attività di gestione dell'impresa, dovrebbe essere orientata dall'autonoma assunzione «responsabile» del debito, che, in quanto tale, arretra il livello della tutela in concreto somministrabile nel caso di sopravvenuto dissesto del sovvenuto. In letteratura, con riferimento alla rilevanza endocontrattuale della valutazione del merito del credito, si è discusso di «credito responsabile»⁷⁰: è un'espressione che, già di per sé, disvela l'intenzione di onerare la banca di impartire al finanziato un'educazione e formazione finanziaria, che, anche se solo in parte, potrebbe essere autonomamente acquisibile dal cliente, e che finisce per legittimare una pericolosa deresponsabilizzazione del medesimo.

Sulla base di queste considerazioni, potrebbe essere oggetto di ripensamento la natura della responsabilità della banca come responsabilità da *status*, ricostruzione che nell'idea della Corte rappresenta il substrato della cultura del credito (e non del debito) responsabile e che potrebbe in concreto essere paralizzata dall'eccezione secondo cui la lesione dell'affidamento viene in rilievo esclusivamente nei confronti dei terzi, quando l'illecito contestato coincide con la concessione del credito in una situazione di manifesta decozione e in assenza di ragionevoli prospettive di risanamento.

Il medesimo fatto non può essere considerato fonte di responsabilità della banca nei confronti del fallito, a meno di non voler ritenere che la concessione del credito sia ancorata a parametri puramente oggettivi⁷¹ rispetto ai quali alcuna rilevanza assume la capacità di previsione dello stesso debitore circa il proprio risanamento e le azioni atte a perseguirlo, con conseguente delegittimazione del principio di autoreponsabilità. Del resto, com'è stato rilevato, «l'impresa finanziata ha partecipato al contratto con il quale è stato realizzato l'abuso del credito, con la conseguenza che sulla scorta del prin-

⁶⁹ Considerando n. 54 della direttiva 2023/2225/UE, relativa ai contratti di credito ai consumatori.

⁷⁰ Lo ricorda A.A. DOLMETTA, *La valutazione del merito del credito nell'accesso al servizio. La prospettiva del contratto d'impresa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2023, III, 307 ss., spec. 316.

⁷¹ Se ne avvede U. MALVAGNA, «Diritto privato d'impresa» e merito di credito. *Dialogo (ideale) tra un professore e uno scrittore*, cit., 266.



cipio di “autoresponsabilità” non potrebbe individuarsi, nel concreto, una lesione del patrimonio dell’impresa in quanto tale»⁷².

Al pari, risulterebbe del tutto velleitario⁷³ il tentativo di imputare la responsabilità del dissesto alla banca in ragione della sua condotta, asseritamente abusiva, di concessione del credito, evocando quel criterio di allocazione del rischio/danno nella sfera giuridica del soggetto che è più capace di sopportare il relativo costo⁷⁴: questa lettura, che si ritiene non condivisibile, evocherebbe soluzioni solidaristiche, ontologicamente incompatibili con la natura imprenditoriale prima della banca, poi del suo cliente⁷⁵.

È necessario tener distinta l’insolvenza dell’imprenditore dalla crisi dell’impresa: i due fenomeni, molto spesso collegati, sono diversi⁷⁶. Il tentativo di collocare l’obbligo di valutazione del merito creditizio su un piano attizio, riferibile dunque alla dimensione puramente privatistica della libertà negoziale, si risolverebbe in un duplice *nonsense*.

Innanzitutto, la responsabilità della banca nei confronti del finanziato mette in luce «la situazione bizzarra in cui verrebbe a trovarsi l’impresa bancaria, stretta tra i due fuochi di una pretesa del cliente alla continuazione del credito o al risarcimento per interruzione ingiustificata e una pretesa contrapposta, analogamente legittima ove non si trovino persuasivi argomenti contrari, dei terzi danneggiati per l’avvenuto far credito della banca al cliente già in decozione»⁷⁷.

In più, si aggiunga, ritenere che la concessione di credito possa essere idonea a produrre un danno ingiusto all’impresa, divenuta insolvente, corrisponde ad affermare che l’esatto adempimento di un contratto determina un danno ingiusto nel patrimonio del contraente che riceve la prestazione. La concessione di credito acquisterebbe una duplice e contrastante rilevanza giuridica: quale prestazione in esecuzione di un valido contratto⁷⁸ e, al contempo, fatto ingiusto in danno del destinatario della prestazione medesima.

Il ‘fatto’ rappresentato dalla concessione abusiva di credito potrebbe ingenerare nei terzi la falsa apparenza di solvenza dell’impresa, di per sé ap-

⁷² G. FAUCEGLIA, *Il codice della crisi e dell’insolvenza e le banche: qualche spunto di riflessione*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2023, II, 334 ss., spec. 339.

⁷³ Decisa è la posizione in questo senso assunta da C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale. Responsabilità civile e impresa bancaria*, cit., 162.

⁷⁴ Si rinvia a P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 29 ss. Anzi, com’è stato persuasivamente notato, ogni «domanda di credito [può essere riletta come] una proposta di rischio che, chi esercita un’attività»: così S. PAGLIANTINI, *Il debito da eccezione a regola*, cit., 121 (corsivo dell’autore).

⁷⁵ Cautio è V. ROPPO, *Crisi d’impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fallimento*, 1996, 871, che limita le ipotesi di responsabilità aquiliana della banca alle sole ipotesi di condotta dolosa della medesima.

⁷⁶ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, 139 ss.

⁷⁷ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale. Responsabilità civile e impresa bancaria*, cit., 162 s.

⁷⁸ A ben vedere, la negligenza o il dolo nella istruttoria del merito creditizio non determinano l’invalidità del contratto, non rilevando né quale causa di nullità, né quale causa di annullamento, tantomeno di rescissione. L’unico esempio di diritto positivo di danno da esecuzione di un contratto valido è dato dal dolo incidente, causa non di annullamento dell’atto ma soltanto di risarcimento del danno (art. 1440 c.c.): in questo caso, però, l’antinomia è risolta da una precisa scelta del legislatore: così osserva F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie ‘concessione abusiva di credito’*, cit.

parenza oggettivamente idonea a indurre i medesimi in errore; ma, lo stesso non può dirsi con riguardo all'impresa finanziata, essendo irragionevole prospettare che essa possa cadere in errore sul suo stato di insolvenza o che possa subire pregiudizi a una posizione creditoria verso sé stessa⁷⁹.

In applicazione del canone di Falzea⁸⁰, la configurabilità dell'apparenza colposa, cui ha riguardo la concessione abusiva di credito propriamente intesa, si fonderebbe sull'apparenza oggettiva della situazione giuridica, su un comportamento colposo del soggetto contro cui l'apparenza è invocata e, infine, sull'errore scusabile o sul ragionevole affidamento del terzo⁸¹. Anche a voler ritenere che la colpa della banca sia integrata dalla violazione dei principi di sana e corretta gestione, dovremmo comunque domandarci se un affidamento – affidamento ragionevole – del sovvenuto possa considerarsi leso dalla condotta della banca. La tutela dell'affidamento è la tutela dell'apparenza dei fatti⁸²: mentre, nel caso dei terzi, l'interesse protetto è l'affidamento incolpevole del danneggiato sulla solvenza dell'impresa finanziata fondato sull'osservazione dell'attività professionale di concessione del credito, posta in essere dalla banca; invece, nel caso del sovvenuto, non potrebbe logicamente sostenersi che il danno a lui cagionato sia derivato dall'auto-inganno sulla sua stessa capacità di adempiere.

A ben vedere, il danno al finanziato è cagionato dall'utilizzo improduttivo di risorse, utilizzo che è del tutto indipendente dal fatto costituito dal finanziamento e dalle valutazioni svolte dalla banca prima di concederlo. Diversamente opinando, finiremmo per sostenere che – in un contesto di responsabilità da inadempimento – la banca sia chiamata a risarcire anche il danno imprevedibile, derivante dall'infruttuoso impiego del capitale da parte del cliente.

Pertanto, in sé considerata, la condotta dell'istituto bancario consistente nell'erogazione del credito non può considerarsi pregiudizievole per le ragioni dell'impresa finanziata: «certamente la banca non potrà mai essere responsabile nei confronti del debitore per l'errata valutazione del suo merito creditizio, posto che il debitore ottiene un vantaggio da tale condotta, e non certo un danno»⁸³.

6. Il credito responsabile: osservazioni conclusive.

La responsabilità della banca per concessione abusiva del credito implica l'adesione alla prospettiva per cui l'obbligo di valutazione del merito creditizio si colloca sul piano puramente pubblicistico della tutela della sana e prudente gestione, producendo interferenze solo sul piano dei rapporti con i terzi creditori. Riposta ogni tentazione di natura non propriamente teoretica, la fattispecie della concessione abusiva del credito dovrebbe essere ripensata in chiave restrittiva, nel senso che la responsabilità della banca nei confronti

⁷⁹ Lucidamente, F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, cit.

⁸⁰ A. FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 682 ss.

⁸¹ Cass., 25.3.2013, n. 7473, in *OneLegale*.

⁸² V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 63 ss.

⁸³ App. Firenze, 30.3.2023, n. 658, in *OneLegale*.

del finanziato è prospettabile solo quando la funzione di credito sia esercitata in maniera scorretta, cioè abusiva in senso proprio⁸⁴. Questa proposta interpretativa sembra essere ulteriormente avvalorata – nel contesto del diritto della crisi e dell’insolvenza – dal *favor* dell’ordinamento per l’erogazione di nuova finanza alle imprese in crisi, almeno in quanto realizzata all’interno di percorsi di composizione negoziata della crisi.

Alla luce della disciplina relativa alla gestione negoziale della crisi d’impresa, in cui si avverte l’eco manifesta della dottrina tedesca (e non solo) dei «doveri di cooperazione», andrebbe riservato un supplemento di attenzione alla riflessione sull’abusività della condotta della banca che voglia sostenere l’impresa in crisi. Tra i “*Principi generali*” del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza è previsto il “dovere” dei creditori, quali soggetti che partecipano alla regolazione della crisi e dell’insolvenza, di collaborare lealmente con il debitore; in maniera forse più pregnante ai fini del presente lavoro, la disciplina prevede che «le banche e gli intermediari finanziati (...) sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato».

Tra l’altro, la Relazione al D.L. n. 118/2021 ha specificato che – se l’impresa non riesce a perseguire il risanamento e sopravviene la liquidazione giudiziale per la mancata collaborazione delle parti chiamate al tavolo delle trattative – le conseguenti responsabilità (dunque, anche quella della banca) potranno essere oggetto di accertamento giudiziale su impulso del curatore. In uno a questi obblighi di comportamento, è previsto che l’accesso alla composizione negoziata non costituisce di per sé causa di sospensione e di revoca degli affidamenti bancari all’imprenditore, proprio nella prospettiva nel risanamento, salvo che la sospensione e la revoca siano richieste dalla disciplina di vigilanza prudenziale⁸⁵.

Uno sguardo d’insieme alla disciplina di settore mostra come il codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza incoraggi, favorisca e premi l’erogazione di nuova finanza: a questo fine, è prevista la prededucibilità dei crediti da finanziamenti “in esecuzione”, “in funzione” e “in occasione” di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione; l’esenzione da revocatoria per gli atti compiuti in esecuzione del concordato o dell’accordo omologato di ristrutturazione dei debiti e l’esenzione da responsabilità per i reati di bancarotta semplice (esenzione di cui beneficia l’imprenditore e la stessa banca finanziatrice)⁸⁶.

In un sistema che tende a favorire la prosecuzione dell’ordinaria attività dell’impresa, risulta fortemente ridimensionato il perimetro della responsabilità della banca che eroga il credito, finalizzato ad assicurare il superamento della particolare situazione di crisi e non orientato, invece, a rafforzare la pretesa creditoria.

⁸⁴ Così C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale. Responsabilità civile e impresa bancaria*, cit., 168.

⁸⁵ G. FAUCEGLIA, *Il codice della crisi e dell’insolvenza e le banche: qualche spunto di riflessione*, cit., 342.

⁸⁶ L. BENEDETTI, *La ridefinizione della fattispecie della concessione abusiva di credito ad opera della Cassazione*, cit., 180.

Il confine tra finanziamento meritevole e finanziamento abusivo si fonderà sulla ragionevolezza e fattibilità di un piano aziendale, valutate tenendo conto della situazione economico-finanziaria dell'impresa alla luce di un quadro informativo esteso e articolato. La banca è tenuta a compiere un monitoraggio continuativo del rischio del credito, prendendo in considerazione a tal fine segnali, sia esogeni, sia endogeni all'impresa finanziata, di deterioramento della qualità creditizia, nel rispetto delle Linee Guida EBA⁸⁷. Pertanto, potrà dirsi esclusa la responsabilità della banca, qualora la medesima ravvisi possibili prospettive di risanamento della crisi solo alla luce della ragionevolezza del *business plan*, sul quale si fonda la domanda di finanziamento⁸⁸, e non anche della dinamica capacità finanziaria dell'impresa potenzialmente attesa.

La ridefinizione dei confini della concessione abusiva del credito limita la responsabilità della banca a peculiari ipotesi, che in realtà esorbitano dal perimetro della fattispecie tradizionalmente considerata e rientrano nel più ampio novero delle responsabilità per erogazione del credito.

Il finanziamento può assumere rilevanza come mera «occasione» del danno derivante dalle scelte strategiche dell'impresa insolvente sull'utilizzo delle nuove risorse. In questo caso il finanziamento abusivo non concorre a opacizzare il mercato, ma costituisce un mero antefatto, privo di autonoma rilevanza causale, per fatti di *mala gestio* imputabili agli amministratori (se del caso in concorso con la banca finanziatrice, quando entrambi cospirano a realizzare, attraverso il finanziamento e l'uso convenuto dello stesso, il danno all'impresa)⁸⁹. Ancora, la responsabilità della banca è configurabile nell'ipotesi in cui la medesima si ingerisca nella gestione dell'impresa, comportandosi come amministratore di fatto della medesima, oppure influisca dall'esterno, attraverso un c.d. controllo contrattuale (che potrebbe rappresentare il presupposto anche di una responsabilità da attività di direzione e coordinamento).

Non a caso, nel diritto francese – a cui si deve l'elaborazione e la definizione, in sede giurisprudenziale e nella riflessione dottrinale, della figura della responsabilità per concessione abusiva di credito – il legislatore del codice di commercio ha stabilito che la responsabilità della banca, e più in generale di chiunque eroghi credito, per abusiva concessione di credito sussiste nei soli casi di frode, di immistione del finanziatore nella gestione dell'attività del debitore e di sproporzione delle garanzie offerte dal debitore⁹⁰.

In conclusione, sembrerebbero maturi i tempi per un ripensamento della concessione abusiva di credito, finalizzato ad arginare quel tentativo di ri-

⁸⁷ Molteplici potrebbero essere gli elementi informativi utili ai fini del monitoraggio periodico del credito: a mero titolo esemplificativo, si considerino la sussistenza di protesti iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli, ma anche le risultanze della Centrale dei Rischi e della Banca dati CRIF.

⁸⁸ Cass., (ord.) 27.10.2023, n. 29840, in *ForoPlus*; già Cass., (ord.) n. 18610/2021, cit.

⁸⁹ Cfr. F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, cit., 397. In sede processuale, non assume rilievo il mancato esercizio dell'azione da parte della curatela anche contro l'amministratore infedele, non sussistendo nei confronti dei coobbligati in solido (banca e amministratore) un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

⁹⁰ Article L.650-1, *Code de commerce*.

condurre entro questa fattispecie casi problematici profondamente eterogenei, accomunati esclusivamente dall'elemento dell'erogazione del credito⁹¹.

La responsabilità della banca non può essere fondata sul fatto in sé di aver concesso o mantenuto il credito ad un imprenditore insolvente, pur conoscendo o avendo dovuto conoscere la situazione di insolvenza, in un sistema che tende a favorire la prosecuzione dell'ordinaria attività dell'impresa pur in una situazione di insolvenza, nel quadro ed in funzione di soluzioni concordate della crisi. «La prosecuzione dell'ordinaria attività dell'impresa, da un lato, e le soluzioni concordate della crisi, dall'altro, trovano nel mantenimento del credito bancario, per un verso, e nella c.d. nuova finanza, per altro verso, momenti imprescindibili»⁹².

In questo contesto, andrebbero rivalutate anche le ragioni sottese al diverso trattamento delle banche rispetto ad altri creditori strategici commerciali, non per svincolare le prime dai più pregnanti doveri di cooperazione, ma piuttosto per riferirli, con i dovuti adattamenti, anche a questi ultimi, nella misura in cui sia per le une che per gli altri sia dato profilare una funzione, ossia un ufficio di diritto privato⁹³, al quale corrisponde un diritto del cliente al suo corretto esercizio: la soluzione potrebbe apprezzarsi per l'equilibrio con cui contempera il valore primario dell'autonomia privata con i principi ispiratori del sistema normativo del mercato bancario.

⁹¹ F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, cit., 693 s., propone una variazione del sintagma linguistico con cui normalmente ci si riferisce alla fattispecie di cui si sta discorrendo. L'autore, acutamente, osserva che già solo a livello linguistico, una migliore descrizione del fenomeno potrebbe dirsi realizzata utilizzando l'espressione «abuso nella concessione del credito». L'utilizzo del termine «abuso», in luogo del corrispondente aggettivo, induce correttamente a distogliere l'attenzione dal fatto della concessione del credito per porre l'accento sull'esercizio concretamente irragionevole, e perciò immeritevole di tutela, di una prerogativa astrattamente riconosciuta dal diritto oggettivo.

⁹² Così A. NIGRO, *"Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, IV, 359.

⁹³ Cfr. S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, II, 383 ss., spec. 390, secondo il quale il dovere di servire al meglio l'interesse del cliente assurge *ex se* a requisito identificativo/costitutivo di un ufficio di diritto privato.

