



diritto ed economia dell'impresa

Diretta da LUCIANO M. QUATTROCCHIO

3 - 2021

INTERVENTI di

*M. Callegari, M. Irrera, M. Dapri, P. De Vincentiis,
L.M. Quattrocchio, F. Bellando, D. Zaniolo*

APPROFONDIMENTI di

L.M. Quattrocchio, B.M. Omegna, V. Bellando, F. Cappello

SAGGI di

F. Rizzo, S.A. Cerrato



G. Giappichelli Editore – Torino

Rivista telematica bimestrale 3 - 2021 • Iscrizione al R.O.C. n. 25223
ISSN 2499-3158

Indice

pag.

Interventi

La concessione e il monitoraggio del credito

M. CALLEGARI, Il quadro di riferimento europeo	383
M. IRRERA, Il quadro di riferimento italiano	395
M. DAPRI, L'operatività bancaria	407
P. DE VINCENTIIS, Le nuove linee guida dell'EBA in merito di affidamento e monitoraggio dei prenditori. Aspetti tecnici e ricadute sugli istituti di credito	420
L.M. QUATTROCCHIO-F. BELLANDO, Profili concorsuali della concessione abusiva del credito	427
D. ZANIOLO, La concessione abusiva di credito	438

Approfondimenti

L.M. QUATTROCCHIO-B.M. OMEGNA-V. BELLANDO, Il contratto di <i>leasing</i> . L'esercizio (o il mancato esercizio) del diritto di riscatto e i riflessi in tema di usura	446
F. CAPPELLO, Il benessere equo e sostenibile in Piemonte e nella provincia di Cuneo	488

Saggi

F. RIZZO, La responsabilità degli amministratori alla prova del Codice della Crisi dell'impresa e dell'insolvenza	499
S.A. CERRATO, Smart contracts: toward a new contract law?	532

Profili concorsuali della concessione abusiva del credito

Bankruptcy profiles of the illegal granting of credit

Luciano M. Quattrocchio* – Federica Bellando**

ABSTRACT

L'intervento si pone l'obiettivo di esplorare la questione della responsabilità che può essere addebitata agli intermediari finanziari, nel caso di concessione abusiva di credito ad un'impresa che si trovi in una situazione di dissesto economico, esaminando, in particolare, i connessi profili concorsuali. Dopo alcune considerazioni preliminari sulla normativa di riferimento, gli autori affrontano la materia analizzando le conseguenze civilistiche della concessione abusiva del credito, avuto particolare riguardo alla quantificazione del danno da risarcimento e al risarcimento del danno extracontrattuale.

Parole chiave: credito – concessione abusiva – profili civilistici

The paper aims to explore the question of the responsibility of the financial intermediaries, in the case of an abusive granting of credit to a company that is in a situation of economic distress, examining, in particular, the related insolvency profiles. After some preliminary considerations on the legislative framework, the authors deal with the matter by analyzing the civil consequences of the abusive granting of credit, with particular regard to the quantification of damages and compensation for non-contractual damage.

Keywords: credit – abusive granting – civil aspects

SOMMARIO:

1. Premessa: il quadro normativo. – 2. Le conseguenze civilistiche della concessione abusiva del credito. – 2.1. L'ipotesi di azione da parte del Curatore: la quantificazione del danno da risarcimento. – 2.2. L'ipotesi di azione da parte del singolo creditore: risarcimento del danno

* Professore Aggregato di Diritto dell'Economia presso l'Università degli Studi di Torino – Dottore Commercialista in Torino.

** Dottore Commercialista.

extracontrattuale. – 3. L'inefficacia delle garanzie rilasciate. – 4. La valutazione del merito creditizio nella Composizione della Crisi da Sovraindebitamento.

1. Premessa: il quadro normativo

Il presente elaborato si propone di affrontare, nell'ambito dell'indispensabile funzione di finanziamento svolta dalle banche nei confronti delle aziende, il delicato tema della responsabilità che può essere addebitata agli intermediari finanziari, nel caso di concessione abusiva di credito ad un'impresa che si trovi in una situazione di dissesto economico, esaminando, in particolare, i connessi profili concorsuali.

Comunemente si parla di concessione abusiva del credito nel caso in cui venga concesso un finanziamento ad un'azienda che si trova già in situazione di dissesto, permettendo a quest'ultima di operare, ma ritardando, in tal modo, l'intervento di soluzioni di tipo concorsuale, a tutela dei creditori ed idonee a regolare il dissesto.

Molteplici risultano le condotte da parte delle banche che determinano l'ipotesi di abusività: omissione di attività istruttoria e, quindi, di corretta valutazione del rischio del credito; tolleranza di reiterati sconfinamenti, pur nella consapevolezza della decozione del correntista; assistenza finanziaria al fine di ritardare la crisi irreversibile, etc.

L'attività di impresa delle banche, come espressamente previsto dall'art. 10 T.U.B., deve necessariamente ispirarsi ai principi di correttezza e lealtà contrattuale, rientranti nel più ampio principio di buona fede. Tale ultimo principio impone alle banche condotte non abusive nell'esercizio dell'attività creditizia. Nello specifico, in relazione all'attività di concessione del credito, il principio di buona fede impone alla banca di svolgere un'attività che non sia lesiva della posizione contrattuale del cliente e dei terzi, né delle imprese concorrenti e dei creditori del cliente medesimo.

Infatti, l'attività bancaria, benché di natura privata, risulta essere anche un'attività di interesse pubblico, regolamentata e sottoposta alla vigilanza della Banca d'Italia. Conseguentemente, qualora la banca venga a conoscenza dell'insolvenza del proprio cliente (attraverso le possibilità di acquisire informazioni e di conoscere lo *"stato di salute"* dei propri debitori) deve richiederne il fallimento o, quantomeno, sospendere l'erogazione dei finanziamenti. In caso contrario, si determina, quanto ai terzi, una violazione del principio del *neminem laedere*, con la conseguenza che la banca stessa commette un illecito

civile di natura extracontrattuale per abusiva concessione del credito, illecito che potenzialmente può danneggiare non solo i soggetti che, tratti in inganno dall'apparente solvibilità dell'impresa continuano a intrattenere rapporti commerciali con l'impresa, ma anche a determinare un'alterazione dell'equilibrio di tutto il sistema.

Le ragioni che possono indurre una banca ad un tale comportamento abusivo, in apparenza contrario ai propri stessi interessi, risultano essere le più varie: in prima battuta, è senza dubbio ipotizzabile la buona fede della banca, il quale, per negligenza od incuria, non sia stato in grado di rendersi conto della situazione di crisi del suo cliente, anche se, più frequentemente accade che la condotta di supporto da parte delle banche persegua il consapevole obiettivo di rinviare nel tempo la formale dichiarazione di fallimento del proprio debitore, nella speranza di recuperare in tutto o in parte i propri crediti, violando così del principio della *par condicio creditorum*, oppure, mettendo al sicuro i rientri nel frattempo effettuati dal pericolo di future azioni revocatorie o, ancora, consolidando la costituzione di diritti di prelazione, facendo decorrere il cosiddetto "*periodo sospetto*".

Con tale comportamento di concessione del credito, seppur nella consapevolezza che l'impresa si trovi ad affrontare una situazione critica, se non addirittura d'irreversibile insolvenza, la banca offre agli investitori una situazione falsata rispetto alle reali condizioni dell'impresa sua debitrice, mentendo sulla reale situazione dell'impresa finanziata ed inducendo gli *stakeholder* a continuare a intrattenere rapporti con la stessa, come se si trattasse di un'impresa sana; conseguentemente, il fallimento dell'impresa viene artificialmente ritardato, con grave pregiudizio alla posizione di tutti i creditori: sia di quelli anteriori al fallimento dichiarato tardivamente, perché si troveranno a concorrere con altri creditori riuscendo – nella migliore delle ipotesi – a recuperare una somma di denaro comunque inferiore a quella che avrebbero riscosso nel caso di dichiarazione tempestiva del fallimento, sia dei creditori posteriori, perché essi a loro volta non avrebbero concesso credito, nel caso di tempestiva dichiarazione di fallimento del debitore.

Risulta importante sottolineare che la riforma del diritto fallimentare ha determinato un mutamento nell'individuazione delle priorità, giacché ora l'obiettivo principale perseguito è quello della conservazione dell'attività d'impresa e non l'estinzione della stessa, sempre che ovviamente sia possibile procedere ad un risanamento o, almeno, al mantenimento parziale degli assetti al fine di favorire anche un'eventuale cessione frazionata dell'azienda.

La giurisprudenza ha affrontato il tema della concessione abusiva di credito principalmente interrogandosi sulla legittimazione del curatore a proporre

l'azione risarcitoria contro le banche, negandone il più delle volte tale possibilità. Tuttavia, le pronunce della Corte di Cassazione hanno evidenziato, nel corso degli anni, posizioni decisamente difformi, contribuendo a generare un vivo dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul tema. In tale dibattito assumono rilievo i criteri ispiratori della riforma della legge fallimentare che – come si è detto – si propongono l'obiettivo di consentire, per quanto possibile, la continuazione dell'impresa; cosicché non dovrebbe essere imposta un'eccessiva responsabilizzazione e penalizzazione delle banche, nel caso in queste operino in funzione di supporto alle imprese per permettere il mantenimento della continuità aziendale.

Si ritiene, peraltro, che la banca possa essere chiamata a rispondere del suo operato e perciò a risarcire i terzi dei danni patiti a seguito dell'illecito comportamento, sempre che i terzi non conoscessero, a loro volta, lo stato di crisi o che lo ignorassero per propria negligenza. In particolare, appare opportuno evidenziare che la Corte di Cassazione, con sentenza 14 maggio 2018, n. 11695 – nel confermare la legittimazione attiva del curatore fallimentare ad agire, ai sensi degli artt. 146 l.f. e 2393 c.c., nei confronti della banca, quale terzo responsabile, in via solidale, del danno cagionato alla società fallita a seguito dell'abusivo ricorso al credito da parte del suo amministratore – ha ribadito che il terzo creditore è legittimato all'azione solo nel caso in cui lo stesso abbia subito un danno a causa di incolpevole affidamento. In tale contesto risulta necessario distinguere i casi in cui il sostegno all'impresa in difficoltà consenta un suo possibile risanamento (e, quindi, coerente con l'obiettivo che si è posto il legislatore nell'ambito della riforma fallimentare) da quelli in cui la concessione di credito venga invece fatta nei confronti di imprese definitivamente ed irreversibilmente insolventi, considerando, tuttavia, che la distinzione fra queste due situazioni non appare sempre agevole e, in ogni caso, non può essere operata con un giudizio *ex post*. È necessario, in altre parole, fare riferimento alle condizioni conosciute o conoscibili nel momento in cui il credito è stato erogato, perché solo quando sia effettivamente accertato che la banca sapeva o poteva sapere che l'impresa finanziata si trovava in uno stato di irreparabile insolvenza è possibile pensare ad una qualificazione del suo comportamento in termini di abusività.

Pertanto, con la pronuncia in commento, la Suprema Corte ha statuito che sussiste la responsabilità della banca che finanzia un'impresa insolvente, ritardandone il fallimento, nei confronti di terzi che, in ragione di ciò, abbiano confidato nella sua solvibilità e abbiano continuato ad intrattenere rapporti contrattuali con essa, laddove sia provato che i terzi non fossero a conoscenza dello stato d'insolvenza e che tale mancanza di conoscenza non fosse imputa-

bile a colpa o individuabile con l'uso della normale diligenza. Viene dunque formulato il seguente principio di diritto: *«in materia di concessione abusiva del credito, sussiste la responsabilità della banca, che finanzia un'impresa insolvente e ne ritardi perciò il fallimento, nei confronti di terzi, che in ragione di ciò abbiano confidato nella sua solvibilità ed abbiano continuato ad intrattenere rapporti contrattuali con essa allorché sia provato che i terzi non fossero a conoscenza dello stato di insolvenza e che tale mancanza di conoscenza non fosse imputabile a colpa»*. Ne consegue che, in tutti i casi in cui il terzo era a conoscenza dello stato di insolvenza dell'impresa finanziata, la banca non potrà essere condannata ad alcun risarcimento del danno. Allo stesso tempo, viene confermata la legittimazione ad agire da parte del curatore fallimentare, affermando la proponibilità dell'azione di concessione abusiva del credito da parte di quest'ultimo nei confronti della banca ai sensi degli artt. 146 l.f. e 2393 c.c. in concorso con l'art. 2055 c.c. per il risarcimento del danno arrecato alla società danneggiata, poi dichiarata insolvente.

Un'altra difficoltà che si riscontra in relazione al riconoscimento di questa forma di responsabilità riguarda l'individuazione della norma o del principio che permette di riconoscere come illecita la condotta della banca e di affermare, conseguentemente, l'ingiustizia del danno patito dei terzi.

In tale contesto, la dottrina e la giurisprudenza sono pervenute a soluzioni spesso divergenti.

Secondo alcuni, il principio normativo dell'illiceità sarebbe da ricercarsi nell'art. 218 l.f. (*i.e.* art. 325 Codice della Crisi, che sarà in vigore dal prossimo 1° settembre 2021), che sanziona il ricorso abusivo al credito e che potrebbe essere ampliato al punto tale da ricomprendere un dovere generale di astenersi da comportamenti idonei a permettere al soggetto finanziato di continuare ad assumere debiti, nascondendo la propria situazione di dissesto.

Secondo altri, invece, partendo dal presupposto che l'art. 218 l.f. è posto unicamente a tutela del patrimonio di chi concede credito e che la banca, essendo soggetto passivo del reato, non può contemporaneamente concorrere nella sua realizzazione, si focalizzano sul disposto di cui all'art. 217 l.f. (*i.e.* art. 323, comma 1, lett. d), Codice della crisi), che punisce a titolo di bancarotta semplice il fallito che abbia aggravato il dissesto astenendosi dal richiedere il suo fallimento o con altra grave colpa, individuando nel comportamento della banca una fattispecie di concorso dell'estraneo nel reato fallimentare proprio.

Altri orientamenti, poi, fanno più vagamente riferimento ai doveri di solidarietà e di protezione emergenti dagli artt. 2, 3 e 41 della Carta costituzionale, nonché alle clausole generali della correttezza e della buona fede che i con-

sociati devono avere nella propria condotta, anche di là dall'esistenza di specifici vincoli contrattuali.

La ricostruzione della figura suscita ancora una certa perplessità, atteso che, una volta qualificata come illecita la condotta di erogazione del credito, il risarcimento sottintende l'ulteriore dimostrazione del danno e, soprattutto, del nesso di causalità immediato e diretto fra il comportamento del finanziatore ed il pregiudizio subito.

È tuttavia importante sottolineare che gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti in materia, nell'ammettere in linea di principio la responsabilità per concessione abusiva di credito, tendono però ad individuare la relativa azione risarcitoria come un'azione individuale spettante ai singoli operatori economici danneggiati, i quali siano in grado di provare che il comportamento illecito della banca è alla base del pregiudizio patito o perché l'aggravamento del dissesto ha provocato un loro minor soddisfacimento in sede concorsuale, oppure in quanto l'erogazione del credito li ha indotti in errore sulle condizioni economiche dell'impresa, convincendoli a stabilire (o a proseguire) rapporti commerciali che, diversamente, non vi sarebbero stati. Seppur con qualche incertezza, si tende invece – come si è detto – a porre in dubbio che l'azione assuma i connotati dell'azione di massa, esercitabile dal curatore fallimentare quale portatore degli indifferenziati interessi di tutti i creditori concorrenti.

Sul punto, si segnala che la Corte di Cassazione, con sentenza 12 maggio 2017, n. 11798 ha precisato che la possibilità di agire nei confronti della banca, ai sensi degli art. 146 l.f. e 2393 c.c., quale terzo responsabile del danno cagionato per ricorso abusivo del credito alla società fallita è soggetta ad una ben precisa condizione, in precedenza già affermata con la sentenza n. 13413 del 2010. Più precisamente, la stessa risiede nell'avvenuta condanna penale *«dell'amministratore e del direttore della banca, in concorso, in bancarotta e ricorso abusivo del credito, da cui viene desunto il concorso della banca convenuta in relazione alla condotta del proprio funzionario nella responsabilità per mala gestio dell'amministratore»*.

L'azione presuppone infatti, come avvertito, la prova dell'esistenza e dell'entità del danno ingiusto patito da parte di ciascun creditore e del nesso di causalità con la condotta della banca, tenendo presente, al riguardo, che le posizioni dei singoli creditori, nella realtà concreta dei fatti, possono essere disparatissime fra loro; pertanto, l'azione è riconducibile alla previsione di cui all'art. 2395 c.c. e, conseguentemente, non attribuibile al curatore, salvo l'accertamento di una responsabilità di carattere penale in capo al direttore della banca, in concorso con l'amministratore della società fallita. È questo il caso di creditori concorrenti che abbiano trattato con l'impresa in crisi prima del-

l'invocata concessione abusiva o di coloro che, pur avendo contrattato dopo, si trovassero perfettamente consapevoli della situazione di crisi in cui versava il proprio interlocutore.

Appare tuttavia opportuno segnalare che, recentemente, si sono riscontrati tentativi in diversa direzione.

La giurisprudenza ha infatti consentito, in alcuni casi, l'ammissibilità astratta di un'azione di massa nel caso in cui il danno reclamato si riferisca al patrimonio dello stesso soggetto finanziato, per quanto il normale concorso di quest'ultimo nella produzione dell'evento pregiudizievole rappresenti, perlopiù, un ostacolo non lieve alla concreta realizzazione della fattispecie.

La Corte di Cassazione, con sentenza 21 febbraio 2017, n. 9983, si è poi espressa, con riferimento al tema della concessione abusiva del credito, in ordine al ruolo del curatore fallimentare. In particolare, è stata riconosciuta la responsabilità della banca nei confronti della società fallita, in concorso con gli amministratori della società decotta, quando la non corretta erogazione di credito, secondo criteri di sana e prudente gestione, abbia determinato un'indebita prosecuzione dell'attività d'impresa, con conseguente danno al patrimonio sociale.

Pertanto, sulla base di quanto appena riferito, la Suprema Corte ha riconosciuto una responsabilità "*concorrente*" della banca, azionabile dal curatore ai sensi degli artt. 146 l.f. e 2393 c.c., qualora gli amministratori di una società – che ha perso il proprio capitale sociale – decidano di ricorrere al credito bancario, anziché avviare le opportune procedure concorsuali previste dalla legge. In tale caso, l'erogazione del credito da parte dell'istituto bancario determina un concorrente illecito per avventata e imprudente concessione del finanziamento che ha aggravato il dissesto prima dell'avvio della procedura e comporta la determinazione di un danno per la società oltre che per i creditori, con obbligo risarcitorio in via solidale. Ne consegue quindi che l'azione per concorso nell'illecito degli amministratori, che hanno fatto ricorso abusivamente al credito, può essere promossa direttamente dal curatore, il quale agisce non per conto dei creditori, ma della stessa società fallita e non incontra quindi alcun limite di legittimazione attiva.

Tale pronuncia conferma il consolidarsi a livello giurisprudenziale di quell'interpretazione che individua la fonte di un danno diretto al patrimonio della società nel caso di ingiustificata erogazione di credito ad un soggetto privo di merito creditizio, in relazione al quale viene individuata la legittimazione del curatore a domandare il risarcimento, da liquidarsi attraverso il criterio della differenza tra patrimoni netti, di cui si dirà meglio in seguito.

2. Le conseguenze civilistiche della concessione abusiva del credito

2.1. L'ipotesi di azione da parte del Curatore: la quantificazione del danno da risarcimento

Sulla base di quanto in precedenza riferito, nel caso di adesione alla tesi che conferma la legittimazione attiva del curatore fallimentare ad agire, ai sensi degli artt. 146 l.f. e 2393 c.c., nei confronti della banca, quale terzo responsabile, in via solidale, del danno cagionato alla società fallita a seguito dell'abusivo ricorso al credito da parte del suo amministratore, sorge la necessità di individuare il criterio per la quantificazione del danno stesso.

In primo luogo appare necessario evidenziare che, il danno in questione consiste nell'aggravamento del dissesto o nei negativi risultati economici derivanti dalla prosecuzione nell'attività della società; si determina così un danno che si produce *in primis* sul patrimonio sociale e che ricade indirettamente e indistintamente su tutti i creditori, traducendosi in una diminuita massa attiva posta a loro garanzia e disponibile per il riparto. In tale contesto, il criterio che viene normalmente utilizzato per la determinazione del danno patrimoniale causato dall'illecita prosecuzione dell'attività sociale in seguito alla perdita del capitale sociale è quello della cosiddetta “*differenza dei netti patrimoniali*”. Tale criterio consiste nella misurazione della differenza tra il patrimonio netto della società al momento in cui gli amministratori avrebbero dovuto accorgersi del verificarsi della causa di scioglimento della stessa ed il patrimonio netto della società al momento della messa in liquidazione. La misura del danno patito sarà pari alla differenza algebrica dei due patrimoni netti, entrambi ovviamente inferiori alla misura del capitale legale. È opportuno sottolineare che la quantificazione del patrimonio netto al momento del verificarsi della causa di scioglimento e al momento della messa in liquidazione deve essere effettuata secondo criteri contabili omogenei.

2.2. L'ipotesi di azione da parte del singolo creditore: risarcimento del danno extracontrattuale

Nel caso in cui, invece, venga riconosciuta la tesi che ritiene che il Curatore fallimentare sia carente di legittimazione a proporre, nei confronti della banca finanziatrice, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito che mira a mantenere artificiosamente in vita un'impresa in dissesto (*ex multis*, Cass. n. 7029/2006 e Cass. n. 9983/2017), in conformità al fatto che – nell'ambito della legge fallimentare – la legittimazione ad agire da parte del Curatore è limitata alle azioni

di massa, finalizzate alla ricostituzione del patrimonio del debitore, nella sua funzione di garanzia generica e configurandosi quale azione contrattuale, ai sensi dell'art. 2392 c.c. In tale caso, l'azione risarcitoria rappresenta uno strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore e, conseguentemente, quest'ultimo può agire, ai sensi dell'art. 2043 c.c., per ottenere il risarcimento del danno extracontrattuale derivante da una fattispecie di abusiva concessione del credito. In tale caso, il risarcimento segue i tradizionali canoni dell'azione aquiliana che prevede che dal compimento di un fatto illecito derivi l'obbligo di risarcire il danno. La richiesta del danneggiato ha, normalmente, ad oggetto il risarcimento per equivalente (art. 2058 c.c.). In tal caso, i danni vengono valutati secondo i criteri indicati dall'art. 2056 c.c. e sono liquidati in una somma di denaro giudicata equivalente alla perdita subita e al mancato guadagno (art. 1223 c.c.).

3. *L'inefficacia delle garanzie rilasciate*

È frequente il caso in cui la banca, che continua a finanziare un'impresa già in difficoltà finanziaria, se non addirittura di dissesto economico, persegue intenzionalmente l'obiettivo di convertire il proprio credito nei confronti dell'impresa stessa, relativo a pregressi finanziamenti chirografari, in crediti ipotecari o comunque muniti di garanzie reali equipollenti, preconstituendo così un meccanismo di rientro preferenziale dall'esposizione debitoria, in violazione del principio della *par condicio creditorum*.

Sul punto, appare opportuno sottolineare che l'elaborazione giurisprudenziale, anche di legittimità, non ha ancora raggiunto un orientamento unanime in merito alle conseguenze giuridiche della diffusa prassi operativa che prevede il ripianamento di perdite pregresse mediante l'erogazione, da parte della stessa banca creditrice, di un finanziamento di credito ipotecario, spesso fondiario, ex art. 38 T.U.B., anche se, l'orientamento prevalente è quello di riconoscere l'inefficacia delle garanzie rilasciate dalla banca stessa. Nel panorama giurisprudenziale, appare opportuno segnalare l'Ordinanza della Corte di Cassazione 25 luglio 2018, n. 19746 che ha confermato, per i mutui ipotecari stipulati per ristrutturare debiti chirografari preesistenti, l'orientamento secondo il quale il contratto di mutuo risulta perfettamente valido, ma la garanzia ipotecaria rilasciata risulta essere revocabile in quanto concessa per nuovo credito e, pertanto, finalizzata a pregiudicare le concorrenti ragioni degli altri creditori, determinando una violazione della *par condicio creditorum*.

Tale impostazione appare conforme alla giurisprudenza maggioritaria della

Cassazione che, dal collegamento di più negozi e dall'illiceità del motivo perseguito, ne fa conseguire la revocabilità della garanzia concessa per nuovo credito la cui erogazione sia finalizzata all'estinzione di credito precedente chirografario.

Per conto, la Corte di Cassazione, nella sentenza 14 giugno 2019, n. 16081 si è domandata se l'operazione di concessione da parte della banca di un mutuo ipotecario destinato ad estinguere debiti chirografari progressivi risulti assoggettabile alla mera revocabilità fallimentare oppure se l'operazione risulti nulla, giacché caratterizzata da un'«*artificiale mantenimento in vita di un'impresa ormai decotta o comunque sprovvista della possibilità di onorare il debito contratto*», con la possibile integrazione dei reati di bancarotta semplice e ricorso abusivo al credito, di cui agli artt. 217, n. 4, e 218 l.f. Su tale quesito, la Sezione ha disposto la rimessione dei ricorsi alla pubblica udienza della Prima Sezione civile al fine dell'eventuale trattazione e decisione da parte delle Sezioni Unite, al fine di poter esprimere il principio di diritto applicabile alla fattispecie, ritenendola questione di massima di particolare importanza, ai sensi degli artt. 374 e 375 c.p.c.

Con sentenza 8 aprile 2020, n. 7740, la Corte di Cassazione ha affermato che, nel caso in cui il mutuo ipotecario non sia destinato a creare un'effettiva disponibilità finanziaria a favore del mutuatario, il ripianamento del debito da parte della banca mediante l'erogazione di nuovo credito non dà luogo ad una rimodulazione del debito pregresso, bensì si sostanzia in una mera operazione contabile di “*dare e avere*”, che non può inquadrarsi come atto a titolo oneroso. Conseguentemente, il curatore fallimentare, chiamato ad esaminare il passivo della procedura, dovrà ammettere la banca riconoscendo il finanziamento concesso per ripianare un debito preesistente come chirografario e non come credito ipotecario.

Appare, infine, opportuno segnalare che, ad arricchire il dibattito giurisprudenziale sul tema, è intervenuta la recentissima Sentenza della Corte di Cassazione del 25 gennaio 2021, n. 1517, la quale – nel richiamare i precedenti orientamenti Cass. n. 20896/2019 e Cass. n. 7740/2020 – ha affermato che l'operazione di “*ripianamento*” di debito a mezzo di nuovo “*credito*”, che la banca già creditrice realizza mediante l'accredito della somma su un conto corrente gravato di debito a carico del cliente, non integra gli estremi del contratto di mutuo, bensì quelli di una semplice modifica accessoria dell'obbligazione, come conseguente alla conclusione di un *pactum de non petendo ad tempus*; in altre parole, la Suprema Corte ha ritenuto che il finanziamento di una banca destinato ad estinguere una pregressa esposizione debitoria di natura chirografaria in capo al proprio debitore non disponga dei requisiti sufficienti per essere qualificata come “*mutuo*”.

4. La valutazione del merito creditizio nella Composizione della Crisi da Sovraindebitamento

La responsabilità dell'intermediario finanziario è stata riconosciuta anche nella valutazione del merito creditizio del consumatore nell'ambito della Composizione della Crisi da Sovraindebitamento. In particolare, a seguito delle modifiche introdotte dal D.L. n. 137/2020, conv. L. n. 176/2020, si è posto particolare rilievo alla valutazione del merito creditizio del consumatore da parte delle banche finanziatrici, le quali, nel concedere il prestito, devono aver preventivamente ed opportunamente esaminato la possibilità del consumatore di sostenere il livello di indebitamento, consentendogli di procedere al rimborso di quanto ottenuto.

Sul punto, gli stessi artt. 68, comma 3 e 78, comma 3 del Codice della Crisi espressamente prevedono che l'Organismo di Composizione della Crisi indichi, nella propria relazione particolareggiata, se la banca finanziatrice abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, al fine di pervenire alla stima del grado di solvibilità. Quest'ultimo deve essere valutato in funzione del reddito disponibile, ridotto di quanto necessario per consentire al consumatore un tenore di vita dignitoso. Pertanto, la valutazione del merito creditizio viene fatta gravare solo sul finanziatore (e non sul consumatore), atteso che la banca stessa dispone di maggiore qualifica e capacità di analisi nonché della possibilità di attingere ad informazioni messe a disposizione e fornite da banche dati esterne (*i.e.* CRIF); nel caso in cui riscontri che la banca, in violazione dell'art. 124-*bis* T.U.B. non abbia, al momento della concessione, opportunamente valutato la situazione debitoria del consumatore e la sua capacità di rimborso, con conseguente aggravamento dell'esposizione debitoria, l'istituto di credito sarà precluso dall'opporvi o proporre reclamo in sede di omologa e di far valere cause di nullità diverse da quelle che derivano da comportamenti dolosi del consumatore. Quest'ultimo sarà chiamato a rispondere unicamente della situazione di sovraindebitamento nel caso in cui abbia fornito, nella fase di stipula del contratto, false informazioni.

Per contro, la figura di intermediario finanziario non si traduce in una funzione di assistenza al consumatore sull'opportunità e la convenienza ad indebitarsi, giacché il consumatore stesso viene ritenuto soggetto in grado di valutare autonomamente le proprie scelte economiche.