

IL RUOLO DELL'ART. 124-BIS T.U.B. E IL GIUDIZIO DI MERITEVOLEZZA NELLE PROCEDURE DI COMPOSIZIONE DEL SOVRAINDEBITATO NEL NUOVO CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA

di GIAMPAOLO MORINI

Sommario: 1. Il nuovo codice della crisi di impresa e il giudizio di meritevolezza. 2. La Direttiva 2008/48/Ce: cenni. 3. L'art.124-bis del T.U.B.: la norma scomoda. 4. La concessione arbitraria del credito. 5. Conclusione.

1. Il nuovo codice della crisi di impresa e il giudizio di meritevolezza.

Con l'emanazione del D.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 276 del 5 novembre 2020, il legislatore ha introdotto disposizioni integrative e correttive al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al D.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.

L'art. 7 della legge n. 3 del 2012 indica presupposti di ammissibilità della **domanda di accordo** ovvero un elenco di fattispecie che risultano ostative alla possibilità per il debitore di ritenere ammissibile la sua domanda: il gestore della crisi all'interno della relazione particolareggiata di cui all'art. 9, comma 3 bis, è chiamato a valutare i requisiti di ammissibilità oltre a dover attestare la fattibilità del piano.

Compito del gestore, è inoltre quello di indicare, nella propria relazione, **se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto del merito creditizio del debitore.**

Anche in relazione al **piano del consumatore** l'articolo di riferimento per l'individuazione dei presupposti di accesso è l'art. 7 della legge n. 3 del 2012.

Rispetto all'accordo con i creditori, i requisiti di ammissibilità rimangono gli stessi, ma si aggiunge la previsione del secondo comma alla lettera d) ter, che, limitatamente al piano del consumatore, precisa che la proposta non è ammissibile quando il consumatore ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode.

Dato il particolare trattamento del consumatore, il giudizio sulla meritevolezza risulta più gravoso rispetto alle altre procedure e conseguentemente si rileva un più ampio sindacato lasciato alla discrezione e alla sensibilità del giudice.

Naturalmente il ricorso dovrà essere fondato sulla diligenza del debitore, al momento dell'assunzione delle obbligazioni, nel valutare la sussistenza della ragionevole prospettiva di poter adempiere alle obbligazioni assunte in considerazione alle proprie capacità economiche.

Tale valutazione, dovrebbe tuttavia essere controbilanciato da parte dell'istituto erogante da una valutazione del merito creditizio, così come previsto dall'art. 124 bis del T.U.B. e sottolineato dalla previsione contenuta al quinto comma dall'art. 283 CCI in base alla quale l'OCC nella sua relazione deve indicare se il soggetto finanziatore *abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita.*

Nella **procedura di liquidazione dei beni** il giudizio di meritevolezza è molto simile a quello dell'accordo con i creditori: l'art. 14 ter prevede che il debitore che versa in stato di sovraindebitamento può presentare domanda di liquidazione dei beni quando ricorrono le condizioni di ammissibilità di cui all'art. 7, comma 2, lettere a) e b), ovvero, quando è soggetto alle procedure concorsuali maggiori, ovvero ha fatto ricorso nei cinque anni precedenti alle procedure di sovraindebitamento: tale procedura, impone tuttavia, ex post, una valutazione di meritevolezza in sede di istanza di esdebitazione con il rischio che una volta esaurita la fase di liquidazione del patrimonio del debitore, quest'ultimo torni ad essere sovraindebitato.

Indubbiamente, l'art. 15, comma 2, precisa che l'esdebitazione è esclusa quando il sovraindebitamento del debitore è imputabile ad un ricorso al credito colposo e sproporzionato rispetto alle sue capacità patrimoniali.

La diversità di trattamento tra le procedure in merito alla esdebitazione appare in verità stridere con i principi espressi dalla stessa normativa comunitaria¹ ancora più se si pensi che all'esito dell'accordo con i creditori e del piano del consumatore l'esdebitazione consegue automaticamente senza necessità di alcuna domanda da parte del debitore².

La quarta procedura di sovraindebitamento, inserita nella legge n. 3 del 2012 dal Decreto Ristori e già presente nel CCI, è rappresentata dall'art. 14 terdecies ed è dedicata **all'esdebitazione del debitore incapiente**.

La relazione dovrà indicare le cause dell'indebitamento e la diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni, l'esposizione delle ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte, l'indicazione dell'eventuale esistenza di atti del debitore impugnati dai creditori, nonché la valutazione sulla completezza ed attendibilità della documentazione depositata a corredo della domanda.

¹ Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e esdebitazione, e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1132, (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), in G.U.C.E., 26 giugno 2019, n. L. 172/18. All'interno delle definizioni contenute all'art. 2 della Direttiva, per "esdebitazione integrale" si intende "l'impossibilità di far valere nei confronti di un imprenditore i debiti che possono essere liberati, oppure la cancellazione dei debiti insoluti che possono essere liberati in quanto tali, nel quadro di una procedura che può prevedere la realizzazione dell'attivo o un piano di rimborso o entrambe le opzioni". In dottrina, si rinvia a: L. Panzani, Il preventivo *restructuring framework* nella Direttiva, 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi, in *dirittobancario.it*, 2019; S. Pacchi, La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del consiglio 2019/1023, in *Dir. fall.*, 2019, p. 1259; S. Bianconi, La direttiva europea su ristrutturazione preventiva e esdebitazione e il nuovo codice della crisi d'impresa, in *Bancaria*, 2019, p. 57.

² Anche alla luce del fatto che il CCI ha già rimediato a tale vulnus, pur avendo previsto al novellato art. 282 che l'esdebitazione non opera nelle ipotesi previste dall'art. 280, nonché nelle ipotesi in cui il debitore ha determinato la situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode.

Inoltre, l'organismo di composizione della crisi dovrà indicare nella propria relazione, se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore, valutato in relazione al suo reddito disponibile, dedotto l'importo necessario a mantenere un dignitoso tenore di vita (a tale fine, si ritiene idonea una quantificazione non inferiore a quella indicata al comma 2).

Il procedimento si conclude con un decreto emesso dal giudice adito che concede l'esdebitazione, valutata la sussistenza della meritevolezza e l'insussistenza di atti di frode, ovvero di dolo o colpa grave nella formazione dell'indebitamento.

Come tutte le novità dovremo attendere l'atteggiamento dei tribunali di fronte a quelle realtà nelle quali il soggetto finanziatore ha contribuito e concorso al sovraindebitamento: ma quali saranno le conseguenze?

La domanda non è nuova così come non è nuova l'attenzione del legislatore comunitario in merito alle condotte dei soggetti finanziatori, attenzione troppo spesso sviata dal legislatore nazionale.

A questo punto diventa essenziale rispolverare l'art. 124 bis TUB, rimasto nascosto per un decennio ed oggi chiave di lettura del nuovo CCI.

2. La Direttiva 2008/48/CE: cenni.

Secondo la Direttiva 2008/48/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE, i soggetti finanziatori devono adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, tenendo conto delle specificità del proprio mercato creditizio.

Tali misure possono includere, per esempio, l'informazione e l'educazione dei consumatori e anche avvertimenti sui rischi di un mancato pagamento **o di un eccessivo indebitamento**.

È dunque **importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminare valutazione del merito creditizio; a tali fini, la direttiva 2008/48/CE invitava gli Stati membri a predisporre gli**

opportuni interventi per evitare tali comportamenti e a determinare i mezzi necessari **per sanzionare i creditori per le condotte irresponsabili.**

Come noto, l'art. 124 bis TUB, nel recepire la direttiva comunitaria, non ha di fatto previsto alcuna sanzione in caso di condotte abusive e irresponsabili dei creditori.

Fatte salve le disposizioni relative al rischio di credito della direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio³, **i creditori dovrebbero avere la responsabilità di verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori.**

Al fine di realizzare la finalità della direttiva 2006/48/CE, assumono rilevanza non solo le informazioni fornite dal consumatore durante la preparazione del contratto di credito, ma anche nell'arco della relazione commerciale di lunga data: i creditori e i consumatori, dal canto loro, devono **agire con prudenza e rispettare le loro obbligazioni contrattuali.**

Per valutare lo status di merito creditizio di un consumatore, **il creditore può consultare le banche dati pertinenti** che possono assumere ampiezza diversa.

Al fine di evitare distorsioni della concorrenza tra i creditori, l'accesso dei creditori alle banche dati private o pubbliche riguardanti i consumatori di uno Stato membro nel quale essi non siano stabiliti deve essere garantito **a condizioni non discriminatorie rispetto a quelle previste per i creditori di tale Stato membro.**

L' Art. 5 della DIRETTIVA 2008/48/CE, rubricata *Informazioni precontrattuali*, **alla lettera q)** prevede: *il diritto del consumatore a essere informato immediatamente e gratuitamente, in conformità dell'articolo 9, paragrafo 2, del risultato della consultazione di una banca dati ai fini della valutazione del merito creditizio;* l'art. 6 lett. j): *il diritto del consumatore a essere informato gratuitamente, in conformità dell'articolo 9, paragrafo 2, del risultato della consultazione di una banca dati ai fini della valutazione del proprio merito creditizio.*

³ GUL 177 del 30.6.2006, pag. 1. Direttiva modificata da ultimo dalla direttiva 2008/24/CE (GUL 81 del 20.3.2008, pag. 38).

Dunque, **credito responsabile**, nella logica del diritto comunitario riflette due profili: il c.d. *responsabile lending* che si riferisce alla condotta del finanziatore e si riflette a livello normativo negli obblighi relativi alla trasparenza, all'assistenza precontrattuale e alla valutazione del merito creditizio del consumatore; e il c.d. *responsabile borrowing* che invece coinvolge la condotta del consumatore il quale deve agire **con prudenza** nell'assumere il debito e rispettare gli obblighi contrattuali.

L'obiettivo è quindi quello di evitare sotto il **profilo microeconomico**, che il consumatore, accedendo al credito al consumo, si assuma un rischio eccessivo rispetto alle sue capacità finanziarie, mentre sotto il **profilo macroeconomico**, che si realizzi un sovra indebitamento del settore privato; **a tal fine viene richiesto il coinvolgimento attivo del creditore.**

3. L'art.124-bis del T.U.B.: la norma scomoda

L'art.124-bis del T.U.B. viene **inserito dall'art. 1 decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141**, nel Titolo VI Capo II disciplinante il credito ai consumatori e non nelle parti del T.U.B. che regolano specificamente le misure prudenziali.

Il considerando 26 della direttiva 2008/48/CE chiarisce che *in un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza preliminarmente valutazione del merito creditizio*, e che gli Stati membri dovrebbero effettuare la necessaria vigilanza per evitare tale comportamento e dovrebbero determinare i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse. Fatte salve le disposizioni relative al rischio di credito della direttiva 2006/48/CE (norme prudenziali), relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, i creditori dovrebbero avere la responsabilità di verificare individualmente il merito creditizio dei consumatori.

Il contenuto dell'art. 124-bis del T.U.B., alla luce del considerando 26 della Direttiva, richiede al creditore, per un corretto rispetto del disposto legislativo, una valutazione

individuale del merito creditizio del consumatore⁴ e il rispetto del procedimento delineato nell'art. 124 bis, commi 1 e 2, T.U.B. ovvero l'eventuale coinvolgimento, nella raccolta delle informazioni personali, dello stesso consumatore e la necessità di una riconsiderazione della valutazione del merito creditizio qualora aumenti il credito in maniera significativa.

La necessità di effettuare una valutazione individuale del merito creditizio porta ad escludere l'utilizzo esclusivo di sistemi di *credit scoring* per la valutazione del merito creditizio che deve integrarsi con informazioni individuali e personali sulle capacità finanziarie del consumatore.

Per restare fedeli al dettato legislativo, inoltre, deve escludersi che una **valutazione positiva di merito creditizio possa fondarsi unicamente sulle capacità reddituali di un eventuale garante anziché sulle capacità reddituali proprie del consumatore.**

Uno degli aspetti di maggior spessore e frequenza riguarda l'aumento dell'importo del credito che impone al soggetto finanziatore una maggiore attenzione sul merito creditizio, specie se l'incremento è significativo, in quanto la ratio della normativa esige un *credito responsabile*, quindi l'aumento deve sicuramente essere posto in relazione alle capacità di restituzione del consumatore; tuttavia la rivalutazione del merito creditizio dovrà tener conto, oltre che dell'importo dell'incremento del credito, anche alle condizioni economiche del finanziamento e della sua sostenibilità del con la capacità reddituali del consumatore.

La giurisprudenza, ormai da tempo, ha ritenuto che in considerazione del carattere dell'attività svolta dalle banche è dovuto un maggior grado di attenzione e prudenza nonché l'adozione di ogni cautela utile o necessaria richiesta dal comportamento diligente dell'accorto banchiere (Cass. 12.10.1982 n. 5267).

La c.d. diligenza del *bonus argentarius* qualifica il maggior grado di prudenza ed attenzione che la connotazione professionale dell'agente richiede. Essa deve trovare applicazione non solo in riferimento ai contratti bancari in

⁴ In tal senso NIGRO, La trasparenza delle operazioni bancarie, in Dir. banc. merc. fin., n. 1/2011, p. 18.

senso stretto ma anche ad ogni tipo di atto o di operazione posta in essere, nell'esercizio della sua attività, dalla banca la quale deve predisporre qualsiasi mezzo idoneo onde evitare il verificarsi di eventi pregiudizievoli comunque prevedibili (Cass. 7.05.1992 n. 5421)⁵.

È chiaro quindi, che sin dalla fase precontrattuale si pongono di fronte al contratto di finanziamento due categorie di soggetti, l'uno il finanziatore che ha l'obbligo di assumere la **diligenza del bonus argentarius**, l'altro il consumatore al quale l'ordinamento richiede la **diligenza del buon padre di famiglia**.

Di fronte a tale prospettiva è condivisibile quella giurisprudenza (Cassazione, sentenza n. 2058 del 23 febbraio 2000) la quale ha ritenuto che nel nostro ordinamento l'attività bancaria nel suo complesso, *quale comprensiva dell'esercizio del credito e della raccolta di risparmio risulta disciplinata in modo tale da configurare non solo una delle forme di esercizio d'impresa, già di per sé sottoposta a particolari forme di controllo, ma soprattutto, proprio in quanto riservata in via esclusiva agli istituti di credito ed in conformità al dato della tutela costituzionale del risparmio di cui all'art. 47 Cost. predisposta in favore della collettività, un servizio per il pubblico con tipiche forme di autorizzazione, vigilanza e trasparenza. Da ciò deriva che i profili di responsabilità nell'espletamento di tale attività vanno individuati e, ove sussistenti, sanzionati in conformità dell'elevato grado di professionalità.*

Naturalmente le stesse considerazioni valgono per il soggetto (terzo) garante che può assumere la veste di soggetto specializzato (si pensi alle fideiussioni bancarie e dei consorzi fidi) come quello di mero consumatore.

La valutazione del merito creditizio incombe quindi sul soggetto finanziatore con la logica conseguenza che il sindacato in ordine al rispetto dell'obbligo di valutare il merito creditizio

⁵ R. Caratozzolo, *La responsabilità delle banche per la violazione degli obblighi contrattuali* in nota n. 12 pag. 12 – Università di Messina, Milano Giuffrè 2007.

di cui all'art. 124-bis del T.U.B. non spetta solo all'Autorità di Vigilanza bensì anche al giudice civile⁶.

Come fu correttamente osservato all'indomani dell'entrata in vigore dell'**art. 1 decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141**, la norma non ha previsto un esplicito divieto per il professionista di stipulare contratti che siano oggettivamente *non sostenibili* in relazione alle capacità finanziarie di restituzione del debitore.

L'assenza di un esplicito divieto o sanzione in capo al professionista pose dal primo momento il dubbio se il finanziatore avesse l'obbligo di rifiutarsi di stipulare contratti di credito di fronte ad una valutazione negativa sul merito creditizio del consumatore.

A tale problema, considerate le direttive MIFID (allora era in vigore la prima), e la normativizzazione del concetto di erogazione del credito in maniera responsabile, la dottrina si orientò da subito nell'attribuire al soggetto professionista la *diligenza del bonus argentarius la quale qualifica il maggior grado di prudenza ed attenzione che la connotazione professionale dell'agente* (cfr. in tal senso NIGRO, op. cit.; si pensi alle ipotesi di adeguatezza che l'impresa di investimento deve effettuare per l'erogazione di alcuni servizi di investimento in base alle cd. direttive MIFID già recepita nell'ordinamento nazionale).

Il secondo problema attiene al rimedio da adottare nel caso in cui il professionista del credito, omettendo la valutazione del merito creditizio ovvero nonostante l'esito della valutazione del merito creditizio sia negativo, eroghi il credito al consumatore.

In casi del genere, avuto presente che la legge impone al finanziatore di valutare il merito creditizio del consumatore al fine di garantire un'erogazione del credito nella misura e alle condizioni adatte alle capacità di restituzione del consumatore, si può immaginare che possa trovare applicazione la sanzione del risarcimento del danno.

In particolare Nigro⁷ osserva che *il problema è analogo a quello che si pone nell'ambito della nota tematica della responsabilità per concessione abusiva di credito, dove si*

⁶ In tal senso GRILLI, Direttore Generale del Ministero dell'economia e delle finanze, audizione presso la VI Commissione della Camera dei Deputati.

⁷ Cfr. in tal senso CASIMIRO, NIGRO, op. cit., p. 15 e NIGRO, op. cit., p. 19

discute se tale responsabilità sia configurabile anche nei confronti appunto della stessa impresa beneficiaria del credito. In quel contesto si tende ad escluderlo, rilevando che la concessione del credito viene normalmente richiesta dallo stesso debitore, il quale pertanto in principio e in generale, non avrebbe certo titolo per dolersi successivamente del pregiudizio che possa essergliene derivato. Non è sicuro che questa risposta possa valere nel nostro caso. Qui la legge impone al finanziatore un preciso obbligo di «aiutare» il consumatore ad effettuare scelte coerenti con la propria situazione finanziaria attuale e prospettica l'inosservanza di questo obbligo, certamente posto a tutela del consumatore, potrebbe ritenersi di per sé fonte di responsabilità risarcitoria.

A sostegno della citata tesi la considerazione che il debitore avrebbe stipulato un contratto sin dall'origine *non sostenibile, e quindi in base ai noti principi in tema di responsabilità precontrattuale e di contrattazione asimmetrica* emergenti nella giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione (Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724.) e della Corte di giustizia (sentenza «Courage», Corte giust. CE, 12 settembre 2001, causa C-453/99, in Racc., 2001, I-6297) avrebbe diritto al risarcimento del danno da parte del finanziatore.

In particolare l'ultima sentenza richiamata ha affermato che quando ad un contratto suscettibile di realizzare una violazione del diritto comunitario si profilino come parti due soggetti di forza contrattuale molto diversa, la parte economicamente più forte deve avere la cura di non concludere il contratto approfittando della debolezza negoziale dell'altra; in caso contrario, sarà soggetta ad un obbligo di risarcimento del danno alla controparte⁸.

Sul punto è intervenuto l'art. 6 del Decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze n. 117 del 3.02.2011 la cui lettura lascia prima facie al quanto perplessi.

Si stabilisce in particolare che *Al fine di evitare comportamenti non prudenti e assicurare pratiche responsabili nella concessione del credito, i finanziatori assolvono all'obbligo di verificare il merito creditizio del*

⁸ Cfr. in argomento CASIMIRO, NIGRO, op. cit., p. 15

consumatore, previsto dall'art. 124-bis del T.U.B., applicando le procedure, le metodologie e le tecniche relative alla valutazione e al monitoraggio del merito creditizio dei clienti previste ai fini della sana e prudente gestione dei soggetti vigilati dagli articoli 53, 67, 108, 109 e 114-quaterdecies del T.U.B. e delle relative disposizioni di attuazione.

La norma, volta a prevenire l'affermarsi di pratiche non prudenti nella concessione del creditorio a dare attuazione al principio del responsabile lending, stabilisce, in buona sostanza che l'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore previsto dall'articolo 124-bis del T.U.B. sia assolto attraverso il rispetto degli adempimenti già previsti dalla normativa prudenziale.

I dubbi sulla legittimità dell'art. 6 del citato DM 117/2011 non mancano; in effetti più che attuare il disposto dell'art. 124-bis del T.U.B. sembra di fatto disapplicarlo (per assolvere l'obbligo di valutazione del merito creditizio di cui al citato art. 124-bis del T.U.B. è sufficiente per gli intermediari continuare a fare quelli che essi già fanno per rispettare le disposizioni sulla sana e prudente gestione previste in altre norme del T.U.B.).

In pratica l'art. 124-bis del T.U.B., viene derubricato a norma di natura meramente prudenziale, oltre che pleonastica dal momento che ribadisce obblighi già ampiamente previsti da altre disposizioni del T.U.B.

È evidente che tale interpretazione dell'art. 6 del d.m., ovvero la derubricazione dell'art. 124-bis del T.U.B. a norma meramente prudenziale, la conclusione di un eventuale giudice adito non potrebbe che essere di illegittimità dello stesso art. 6 per contrasto con la Direttiva (in particolare l'art. 8) e con l'art. 124-bis del T.U.B. in quanto non finalizzato a garantire pratiche responsabili nella concessione del credito nei confronti del consumatore.

Pratiche responsabili che ai sensi delle richiamate norme comunitarie e nazionali si concretizzano in una valutazione del merito creditizio personalizzata e individuale sulla capacità finanziaria del consumatore e nel rispetto di una procedura che comporti una rivalutazione del merito creditizio allorché si aumenti il Credito in maniera significativa.

Il d.lgs. n. 141/2010, ha inoltre previsto che tutti gli intermediari abilitati alla concessione di credito ai consumatori sono assoggettati a forme di vigilanza prudenziale che includono, tra l'altro, l'obbligo di valutare il merito di credito delle controparti prima della concessione del finanziamento, esaminando su base individuale la situazione economica e in particolare la capacità di reddito del richiedente credito, nonché di monitorare nel continuo l'evoluzione della situazione economica del prenditore di credito, anche al fine di un'eventuale revisione, ampliamento o riduzione delle linee di credito concesse.

La Direttiva 2008/48/CE è stata dunque disattesa dal legislatore italiano ma la norma comunitaria è indubbiamente vigente nel nostro ordinamento.

Peraltro, i successivi interventi normativi, sempre sulla spinta comunitaria, stanno mettendo sempre più a fuoco le responsabilità del finanziatore incauto precludendogli determinate azioni.

Sul punto è pienamente condivisibile quanto espresso dal Tribunale di Benevento, 26 Gennaio 2021. Est. Monteleone⁹: *L'art. 124-bis T.U.B., letto in combinato disposto con il novellato art. 12-bis L. n. 3/2012, pone a carico del finanziatore l'onere di vagliare, prima della conclusione del contratto, il c.d. merito creditizio del consumatore, non potendo il predetto creditore, successivamente e, dunque, in caso di inadempimento del debitore, far valere la situazione di difficoltà economica in cui versava quest'ultimo al momento della stipula del contratto di finanziamento. Il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e della Insolvenza, per il tramite delle norme che non consentono all'incauto finanziatore di proporre opposizione all'omologa e, successivamente, reclamo contro l'omologa del piano (cfr. artt. 68, co. 3, e 69, co 2, CCCII) o dell'accordo (artt. 76, co. 3, e 80, co. 4, CCCII) qualora i motivi dell'opposizione o del reclamo riguardino la meritevolezza del debitore finanziato, è espressione della tendenza normativa volta a sanzionare il comportamento del finanziatore che abbia agito senza tenere conto del merito creditizio.*

⁹ <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/24851#gsc.tab=0>

La questione si è intrecciata inevitabilmente con l'istituto della composizione della crisi da sovraindebitamento, anche se la giurisprudenza di merito è divisa tra chi focalizza la meritevolezza del sovraindebitato esclusivamente o prevalentemente sulla condotta di quest'ultimo, non valutando la condotta del soggetto finanziatore (che potrebbe essere addirittura il responsabile del default), e chi invece entra nel merito della valutazione fatta proprio dal finanziatore.

Nella sentenza del **Tribunale di Napoli, 27 Ottobre 2020. Est. Graziano¹⁰** si legge: *L'art. 124 bis T.U.B. impone al finanziatore l'obbligo, da un lato, di acquisire informazioni relative alla situazione finanziaria del richiedente e, dall'altro, di negare il prestito laddove non sostenibile, tenuto conto del reddito disponibile e dell'importo necessario a mantenere un tenore di vita dignitoso. Ne consegue che il sovraindebitamento, derivante dalla stipula di un contratto di finanziamento in violazione dell'art. 124-bis T.U.B., è riconducibile eziologicamente proprio e solo all'intermediario finanziario.*

Dunque, la valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore è elemento idoneo a fondare l'esistenza della meritevolezza del debitore ai fini dell'omologa.

Inoltre, per il **Tribunale di Bari, 8 Luglio 2020. Est. Nicola Graziano¹¹**: *L'assenza di colpa del consumatore nella determinazione del proprio sovraindebitamento può essere desunta dalla positiva valutazione, a monte, del c.d. merito creditizio da parte del soggetto finanziatore*

Il giudizio di meritevolezza del soggetto sovraindebitato a mente dell'art. 12-bis comma 3 della L. 3/2012 non può prescindere dalla valutazione della diligenza del creditore e dal rispetto da parte dello stesso del precetto di cui all'art. 124 bis TUB, norma posta a presidio sia di interessi privatistici, a tutela del consumatore, che di interessi pubblicistici, connessi al mercato creditizio.

4. La concessione arbitraria del credito.

¹⁰ <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/24692#gsc.tab=0>

¹¹ <http://mobile.ilcaso.it/sentenze/ultime/24485#gsc.tab=0>

Proprio alla luce della possibilità che la concessione arbitraria del credito possa comportare o contribuire a sovra indebitare il debitore, è necessario conciliare, il criterio della meritevolezza, con l'art. 124 bis e l'istituto, che in esso trova una delle sue fonti, della concessione abusiva del credito.

Come osservato da attenta dottrina¹², l'abusiva concessione di credito comporta un pregiudizio di carattere plurioffensivo sia al patrimonio dell'impresa ingiustificatamente finanziata, sia alla garanzia patrimoniale offerta ai creditori concorrenti: tali profili sono gli stessi soggetti al vaglio del giudice nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento.

*L'erogazione del credito oltre che per la consolidata disciplina in materia, oggi anche per quella ancora più severa e sistematica, denominata nel jargon del settore come principi di Basilea 2, non costituisce per definizione un atto istantaneo ed immediato, che la banca può porre in essere in modo non meditato. Pertanto, è difficile ipotizzare che una concessione di credito che presenta i caratteri dell'abusività non rechi con sé come elemento costante anche la consapevolezza e l'intenzionalità del comportamento da parte della banca che tale credito governa e ne è responsabile.*¹³

Suprema Corte e da ultimo delle stesse Sezioni unite riconoscono la responsabilità della banca per concessione abusiva di credito, qualificandola come responsabilità da fatto illecito¹⁴.

A subire il pregiudizio non sono solo i creditori ed i terzi che sul patrimonio dell'impresa non possono più realizzare le proprie pretese (o comunque possono realizzarle in misura ridotta), ma è lo stesso debitore (sovraindebitato) che, con l'allargamento dell'esposizione verso la banca e gli altri creditori risulta, in taluni casi, definitivamente ed in modo

¹² BERSANI, *La legittimazione del curatore fallimentare nell'azione di responsabilità nei confronti delle banche per la concessione abusiva di credito. La pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Il fisco*, 2006, 4662.

¹³ INZITARI, in *Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale*, in *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006.

¹⁴ Cass. SS. UU. Civili, 16 febbraio -28 marzo 2006, n. 7029, in *Dir fall.* 2006, II, 630, con nota di NARDECCHIA, *L'abusiva concessione di credito all'esame delle Sezioni Unite*.

irreversibile soverchiato dai debiti e senza più vie di uscita, gravato da un volume di debito che impedisce qualsiasi ulteriore permanenza sul mercato, se non a costo di un ulteriore allargamento della esposizione debitoria con aumento del pregiudizio per i terzi e per lo stesso debitore ormai del tutto decotto.

Il pregiudizio si manifesta, pertanto, in primo luogo nella sfera del soggetto finanziato, vale a dire nella sfera del patrimonio di questo, verso il quale si è svolta la condotta della banca che ha erogato il credito al di fuori dei presupposti che tale erogazione consentivano¹⁵.

Il pregiudizio si manifesta quindi nella sfera degli altri soggetti creditori del soggetto sovvenuto¹⁶.

La dottrina e la giurisprudenza che hanno affrontato il tema degli effetti pregiudizievoli della ingiustificata erogazione di credito hanno dedicato prevalente attenzione alle conseguenze di tali operazioni sui terzi e sui creditori del soggetto finanziato¹⁷.

¹⁵INZITARI, in Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale, in *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006.

¹⁶ BERSANI, La legittimazione del curatore fallimentare nell'azione di responsabilità nei confronti delle banche per la concessione abusiva di credito. La pronuncia delle Sezioni Unite, in *Il fisco*, 2006, 4662. Nello stesso senso NARDECCHIA, op. cit., il quale peraltro sottolinea che la questione della legittimazione del curatore, in realtà è tutt'altro che chiusa, particolarmente in relazione alla legittimazione del curatore a far valere il danno subito dal patrimonio del finanziato poi fallito.

¹⁷ VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004, che non solo fornisce una ricostruzione completa ed esaustiva del tema, ma fornisce anche articolate risposte ai maggiori problemi interpretativi; del medesimo autore v. anche *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, II, 2004, 648; DI MARZIO, *Abuso nella concessione di credito*, Napoli, 2004 e dello stesso autore, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento dell'impresa insolvente*, in *Riv., dir. civ.*, 2004, I, 145. L'argomento costituisce ormai un capitolo obbligato nei trattati e nei commentari sulla responsabilità civile come pure sulla banca e i contratti bancari, v. FRANZONI, *Dei fatti illeciti artt. 2043-2096-2059*, in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 2004, 157; MONTANARI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 1998, 789; FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Trattato di Diritto Commerciale*, diretto da Buonocore, Torino, 2005, 246. INZITARI, *Concessione abusiva di credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione della*

Quest'ultimo profilo delle conseguenze sul patrimonio del finanziato del fatto del terzo non è stato preso in adeguata considerazione o è stato addirittura negato da alcune voci della dottrina e della giurisprudenza che hanno preferito dare rilievo principale, assorbente o addirittura esclusivo a quella dei creditori le cui ragioni di credito risultano compromesse dal deterioramento del patrimonio del debitore.

Tale orientamento si muove sul falso presupposto che individua nel finanziamento sempre un arricchimento per chi lo riceve¹⁸: senonché un tale approccio è semplicistico e del tutto generico.

La materiale acquisizione di una liquidità non può assumere i caratteri dell'arricchimento in quanto la somma ricevuta in prestito, che solo apparentemente rappresenta un incremento delle disponibilità del debitore, dovrà essere restituita aumentata per di più di interessi, oneri e spese.

Il finanziamento acquisisce i connotati di un investimento solo laddove indirizzato (per l'impresa) a fini produttivi e quindi in un piano industriale o comunque finanziario ben definito, i cui utili sono in grado, secondo una valutazione ex ante, a coprire non solo la restituzione del capitale ma anche degli interessi.

A tal fine basta ricordare la definizione del contratto che costituisce il paradigma della categoria economica e giuridica del finanziamento, vale a dire il contratto di mutuo, che all'art. 1813 c.c., definisce appunto il mutuo il contratto in cui una parte consegna... e l'altra si obbliga a restituire

Pertanto il finanziamento, facendo sorgere nello stesso momento della consegna del denaro, l'obbligo della restituzione, come pure l'obbligo della corresponsione di interessi corrispettivi e, in caso di ritardo, degli interessi moratori convenzionali ex art. 1815 c.c., non potrà mai essere considerato

autonomia contrattuale, in *Dir. banc. merc. fin.* 1993, 412 ss; ID, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, I, 280.

¹⁸ App. Bari 17 giugno 2002, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, 582-583, App. Bari 2 luglio 2002, in *Fallimento*, 2002, 1164; App. Bari 18 febbraio 2003, in *Fallimento*, 2004, 427, in dottrina, CASTIELLO D'ANTONIO, *Il rischio per le banche nel finanziamento di imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 250-251; LO CASCIO, *Iniziative giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche*, in *Fallimento*, 2002, 1182 ss.

neanche sulla base della più estrema semplificazione, quale evento che incrementa e arricchisce il patrimonio del soggetto finanziato.

In definitiva, ciò che rende utile o meno l'ingresso di una somma di danaro nel patrimonio dipende dalle modalità di utilizzazione delle stesse, e ciò vale sia per le somme incassate dal creditore che, se non utilmente impiegate vengono disperse e non si consolidano nel patrimonio, sia per somme che sono ricevute a titolo di prestito, che a maggior ragione non vengono consolidate nel patrimonio ma inevitabilmente disperse entrando nel patrimonio dell'accipiens come debito, per di più aumentato degli interessi¹⁹.

Come sostenuto dalla richiamata dottrina²⁰, *se la somma ricevuta col finanziamento non viene utilmente impiegata essa non solo non arreca in ogni caso alcun vantaggio ma, al contrario, allarga ed aggrava l'esposizione diretta e indiretta del debitore, il quale viene ad assumere altre obbligazioni, schiacciando così con crescenti debiti il suo patrimonio.*

Non appaiono, pertanto, convincenti alcune opinioni manifestate dalla dottrina e dalla giurisprudenza secondo cui, il finanziamento ricevuto dal debitore insolvente costituirebbe un incremento del patrimonio e che il finanziamento di per sé non potrebbe che arrecare un vantaggio al finanziato che ha percepito il finanziamento: al contrario deve essere ravvisato il danno al patrimonio dell'insolvente finanziato che per effetto del finanziamento ottenuto dalla banca ha prolungato la sua presenza incontrollata sul mercato.

Il debito bancario, è sempre più oneroso di qualsiasi debito verso terzi per effetto dell'alto volume degli interessi, della capitalizzazione periodica degli stessi come pure delle spese e commissioni di massimo scoperto ecc., oneri questi propri dei contratti bancari: il finanziamento di conseguenza graverà

¹⁹ DI MAJO, Dell'adempimento in generale, in Commentario Scialoja e Branca, sub art. 1190, 1994, 286; BIANCA, Diritto civile, L'obbligazione, IV, Milano 1990; CANNATA, L'adempimento delle obbligazioni, Trattato Rescigno, IX, Torino 1999, 69.

²⁰ Inzitari, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*. Il Caso, pag. 6, Pubblicato il 19/03/07 [Articolo 738]

pesantemente e rigidamente sul patrimonio, facendo aumentare il passivo e quindi impoverendo il patrimonio stesso.

Inoltre tanto più il soggetto finanziato sarà squilibrato dal punto di vista economico-finanziario, tanto più vi sarà difficoltà da parte sua restituire in tempi brevi i finanziamenti ottenuti; da ciò ne conseguirà l'aumento progressivo del debito relativo ad oneri finanziari maturati sul finanziamento da restituire.

5. Conclusione.

Il danno che può derivare dalla condotta della banca che abbia finanziato in modo irregolare l'impresa o il consumatore investe dunque il relativo patrimonio, il quale, per effetto degli ingiustificati finanziamenti concessi dalle banche, verrà ad essere progressivamente eroso fino a diventare deficitario.

In definitiva, il deficit del soggetto già decotto o prossimo alla decozione, si amplia per effetto dei nuovi gravosi debiti bancari derivanti da ingiustificati finanziamenti: allo stesso modo gli abusivi e ingiustificati finanziamenti provocano una ulteriore espansione dell'indebitamento, ritardando il *default* del debitore che viene ad assumere nuovi debiti che, *per lo stato di decozione già verificatosi ed abusivamente e scorrettamente tenuto occultato dal comportamento delle banche, aumentano ulteriormente il passivo della società.*

Ne consegue, il diritto al risarcimento dei creditori che deve, tuttavia, essere ben distinto in due profili che risultano autonomi: quello a far valere una tutela individuale per un pregiudizio singolarmente patito, per il quale ciascun creditore può mantenere *singulatim* la legittimazione, e quello al risarcimento per il danno subito dalla garanzia patrimoniale, ulteriormente indebolita per il protrarsi dell'attività nell'insolvenza, per la quale la legittimazione ad agire potrebbe spettare al debitore stesso (come è legittimato il curatore in sede fallimentare), quale soggetto che funzionalmente è in grado di tutelare la lesione alla garanzia patrimoniale in favore dei creditori.

Questione, quest'ultima, che si è posta in sede fallimentare con la legittimazione del curatore²¹, soggetto, tuttavia molto

²¹ Cfr. altresì, dopo la riforma del diritto societario, artt. 2394 bis e 2497 c.c. Nel senso indicato nel testo, CASTIELLO D'ANTONIO, La responsabilità della

diverso dal gestore della crisi al quale la legge non sembra aver riservato una tale legittimazione.

banca per «concessione abusiva di credito», in AA. VV., *La «riforma urgente» del diritto fallimentare e le banche. Problemi risolti e irrisolti*, Atti del Convegno di Lanciano, 31 maggio – 1° giugno 2002, a cura di Bonfatti e Falcone, Milano, 2003, 218 ss.; LIACE, *La responsabilità della banca*, Milano, 2003, 215 ss.; LO CASCIO, op. cit., 1182 ss.; NIGRO, Note minime in tema di responsabilità per concessione abusiva del credito e di legittimazione del curatore fallimentare, in *Dir. banc. E merc. Fin.*, 2002, I, 298 ss.; ROBLES, Erogazione “abusiva” di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto, in *Banca, Borsa e Tit. cred.*, 2002, II, 281 ss. e 297 ss.; ID., Nota ad App. Bari 2 febbraio 2002 e App. Bari 16 giugno 2002, in *Banca, Borsa e Tit. cred.*, 2003, II, 582 ss.; TARANTINO, Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore all'azione risarcitoria, in *Riv. dir. comm.*, 2003, II, 194 ss.; App. Bari, 17 giugno 2002, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, II, 582-583; App. Bari, 2 luglio 2002, in *Fallimento*, 2002, 1164; Trib. Milano, 21 maggio 2001, in *Banca, Borsa e tit. cred.*, 2002, II, 264; App. Bari, 18 febbraio 2003, in *Fallimento*, 2004, 427; App. Milano, 11 maggio 2004, in *Banca, Borsa e tit. di cred.*, 2004, II, 643; valorizzano invece il ruolo assunto dalle citate norme ai fini della soluzione della questione in oggetto, INZITARI, *Le responsabilità*, cit., 294 ss.; PATINI, *Abusiva concessione di credito e poteri del curatore*, in *Fallimento*, 2004, 431 ss.; ROLFI, *Curatore e abusiva concessione di credito*, in *Corr. Giur.*, 2201, 12, 1646 (in nota a Trib. Milano 9 maggio 2001); RAGUSA MAGGIORE, *La concessione abusiva del credito e la dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.* 2002, II, 510 ss.; VISCUSI, *Profili*, cit., 142 ss. e 160 ss.; ID., *Concessione*, cit., 677 ss. e 683 ss.; Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in *Dir. fall.* 2002, II, 510; Trib. Foggia, 12 dicembre 2000, in *Dir. banc. Merc. fin.*, 2002, I, 294. ANELLI, *La responsabilità risarcitoria della banca per illeciti connessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. banc. merc. fin.* 1998, 154-155; BIBOLINI, *Responsabilità della banca per finanziamento ad imprenditore insolvente*, in AA. Vv., *Responsabilità contrattuale*, cit., 29 ss. (il quale non prende tuttavia espressamente posizione sul tema della legittimazione del curatore); CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità*, cit., 215 ss.; LO CASCIO, op. cit., 1182 ss.; NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Portale* (a cura di) *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, 250-251; ROBLES, *Erogazione*, cit., 278 ss.; TARANTINO, op. cit., 190 ss.; Cass., 9 ottobre 2002, n. 12368 (ord) in *Fallimento* 2002, 1157; App. Milano, 11 maggio 2004, cit.; App. Bari, 3 febbraio 2003, cit.; App. Bari, 2 luglio 2002, cit.; App. Bari, 17 giugno 2002, cit.; contra, DI MARZIO, *Abuso e lesione*, cit., 171 ss.; INZITARI, *Le responsabilità*, cit., 293 ss.; VISCUSI, *Profili*, cit., 145; ID., *Concessione*, 657 ss., ad avviso della quale l'impostazione descritta è frutto dell'erronea tendenza a porre l'accento esclusivamente sul profilo della interferenza della banca sulla formazione della volontà negoziale del singolo (pur in astratto ipotizzabile), a discapito dell'aspetto di pertinenza «collettiva», rappresentato dalla lesione della garanzia patrimoniale della massa dei creditori.

