

UNIVERSITA' DEGLI STUDI "ROMA TRE"
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA
LAUREA MAGISTRALE IN GIURISPRUDENZA



TESI DI LAUREA

in

Diritto bancario

La responsabilità della banca per abusiva concessione del credito

Relatore: Chiar.mo

Prof. Mario Bussoletti

Laureando:

Rodrigo Carè

Anno Accademico 2011 – 2012

“Now all loans, in the eyes of honest borrowers, must eventually be repaid. All credit is debt. Proposals for an increased volume of credit, therefore, are merely another name for proposals for an increased burden of debt. They would seem considerably less inviting if they were habitually referred to by the second name instead of by the first.”

(H. HAZLITT, *Economics in One Lesson: The Shortest and Surest Way to Understand Basic Economics*, 1946, p. 28)

Indice

Introduzione.....	9
-------------------	---

CAPITOLO I

RELAZIONI CREDITIZIE E FINALITA' DELL'ORDINAMENTO BANCARIO

Sezione I LE PATOLOGIE NEI RAPPORTI TRA BANCA E IMPRESA

1. La cronica sottocapitalizzazione delle imprese italiane: un sistema bancocentrico..... 11
2. La patogenesi dell'erogazione abusiva in una prospettiva comparatistica 20

Sezione II IL CREDITORE BANCA: *PRIMUS INTER PARES*

3. Il *bonus argentarius* ed i terzi 30
4. L'arte del *monitoring* e la centrale rischi: il banchiere come guardiano della solvibilità delle imprese 40
5. I privilegi del credito bancario e i contratti di garanzia finanziaria..... 46

CAPITOLO II

L'ABUSIVITA' DEL FINANZIAMENTO

Una premessa metodologica.....	59
--------------------------------	----

Sezione I IL CREDITO EROGATO IMPRUDENTEMENTE

6. Le cautele del *bonus argentarius* 66
7. La segnalazione dei crediti in sofferenza e le finalità della Centrale dei Rischi..... 76

Sezione II
LA CONDIZIONE DI CRISI
DELL'IMPRESA FINANZIATA

- 8. La crisi d'impresa e manifestazioni dell'insolvenza 81
- 8.1 La conoscibilità dello stato di crisi da parte della banca 90
- 8.2 La decisione sul credito all'impresa prospetticamente insolvente 95
- 9. Il “nuovo” diritto fallimentare e il *favor* per le banche 101
- 10. Il nesso di causalità: lo *status* dell'impresa rilevante 109

Sezione III
L'ELEMENTO PSICOLOGICO

- 11. La gradazione dell'elemento soggettivo..... 112
- 12. Sulla pericolosità dell'erogazione di credito all'impresa insolvente 114

CAPITOLO III

LE RESPONSABILITA' CHE DERIVANO
DAL CREDITO ABUSIVAMENTE EROGATO

Sezione I
Le esternalità negative dell'attività creditizia

- 13. Un chiarimento necessario: rapporti tra revocatoria fallimentare, responsabilità patrimoniale e azione aquiliana..... 119
- 14. Attività abusive e abuso del diritto: suggestioni civilistiche e razionalità economica..... 133
- 15. Tutela demolitoria e *actio pauliana* 140
- 16. La tutela aquiliana e il *tort of detrimental reliance* 143
- 16.1 La legittimazione del curatore fallimentare..... 150
- 17. Appendice: il “finanziamento sleale” 152

Sezione II
L'influsso sulla *governance*
dell'impresa debitrice

- 18. Percorsi paralleli: *deepening insolvency* e *in pari delicto doctrine* 155
- 19. Il concorso nell'illecito degli amministratori 161
- 20. La banca amministratrice di fatto 164
- 21. La direzione e il coordinamento dell'impresa debitrice 169
- 22. Appendice: impresa individuale e concorso dell'imprenditore. 173

Conclusioni	175
Bibliografia	181

INTRODUZIONE

Il tema della concessione abusiva di credito è emerso in Italia, per la prima volta, alla fine degli anni '70² sulla base delle suggestioni della giurisprudenza francese alla cui attenzione si era già da tempo posto il problema; e tale fattispecie di responsabilità è stata rilevata, in tempi recenti, anche dal legislatore d'oltralpe che l'ha implicitamente legittimata cercando di limitarne l'applicabilità³.

Eppure il rimedio aquiliano, nel nostro ordinamento, non è altrettanto duttile richiedendo, tra gli altri, il requisito dell'ingiustizia del danno; ma soprattutto il curatore fallimentare – che, a causa delle modalità della stessa, nel momento in cui la concessione abusiva può essere rilevata è ormai *dominus* del recupero collettivo⁴ – non può ritenersi legittimato ad esperire quest'azione che, in fin dei conti, invoca un interesse del ceto creditorio e non dell'imprenditore fallito. Ed il curatore non può esperirla nemmeno nell'interesse dell'impresa dissestata poiché, si afferma, la concessione di credito non può essere mai un atto dannoso ma, semmai, neutrale⁵.

Bisogna allora rivolgere lo sguardo oltreoceano.

Ed è così lampante come la stessa osservazione fatta dalla nostra Suprema Corte a proposito dell'*eventus damni* e del concorso di colpa nell'illecito che si assume arrecato all'impresa da parte della banca⁶ sia confluita, nell'esperienza statunitense, nella dottrina *in pari delicto*⁷ già dall'inizio del '900. Ed è altrettanto evidente come il fenomeno dell'ingerenza della banca finanziatrice nella gestione dell'impresa – sempre presente, anche in minima parte, nelle fattispecie di concessione abusiva – costituisca un classico problema dell'*agency relationship*⁸.

Altrettanto necessaria è una preliminare ricognizione economico-giuridica dei rapporti tra banche ed imprese, che assumono diverse configurazioni nei sistemi germanici, francesi o anglosassoni; ed è interessante notare come, pur nella diversità dei presupposti e dei rimedi legali, il fenomeno economico che si osserva è il medesimo: l'istituto di credito eroga nuova finanza solo al fine di consolidare i privilegi bancari, in questo modo prolungando l'operatività dell'impresa dissestata

² Con il fondamentale articolo di A.NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. Comm.*, 1978, I, 219.

³ Ci riferiamo all'art. 650-1 del Code de Commerce che limita la responsabilità della banca ai soli casi “de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci”.

⁴ La Cassazione ha negato legittimazione del curatore fallimentare ad esperire l'azione aquiliana contro la banca per conto del ceto creditorio sia a Sezioni Unite (7029, 7030, 7031 del 2006) che nella Sent. 13413 del 1 Giugno 2010 della Ia Sezione, in *Dir. Fall.*, n. 5, 2011, p. 407 e ss.

⁵ Così Tribunale di Monza, 31 Luglio 2007, in *BBTC* 2009, p. 375 e ss.

⁶ Secondo le citate Sezioni Unite, essendo il fallito parte del contratto posto in essere “non può ragionarsi in termini di compensazione delle colpe, giacché l'ipotesi di cui all'art 1227 cod. civ., non può applicarsi ai casi in cui entrambe le parti del rapporto danno vita, consapevolmente, al medesimo illecito.”

⁷ Si veda il fondamentale *Patterson v. Franklin*, 176 Pa. 612 (Pa. 1896).

⁸ I mezzi di doglianza per le distorsioni del controllo sono oggi, nel nostro ordinamento, decisamente più ampi: si pensi alle fattispecie di cui al 2497 c.c. o alle figure ormai acquisite dell'amministrazione di fatto o dell'amministrazione occulta.

(*deepening insolvency*) ed illudendo i creditori concorrenti sulla solvibilità dell'impresa finanziata. Il problema può essere quindi sicuramente inquadrato nel tema dell'*information asymmetry*, ben noto a quella parte dell'analisi economica del diritto che si è occupata dello studio dei mercati finanziari.

Pertanto questo lavoro sarà suddiviso in tre parti.

Nel primo Capitolo verranno analizzate le dinamiche economiche che portano il banchiere italiano ad essere un *primus inter pares* in occasione del concorso fallimentare, anche in virtù dei privilegi accordati da diversi degli strumenti che correntemente impiega nell'erogare credito e che contribuiscono al conformarsi della fattispecie di concessione abusiva. Vedremo anche se è possibile nel nostro ordinamento configurare un modello di *bonus argentarius* che sia inibito dall'utilizzare tali strumenti in danno di terzi, pur protetto dalla clausola della sana e prudente gestione (art. 5 T.U.B.) correntemente utilizzata per deflettere le responsabilità da parte del ceto bancario.

Nel secondo Capitolo cercheremo di individuare la condotta del banchiere che può determinare concessione abusiva di credito e dalla quale, pur attraverso diverse collocazioni, è possibile astrarre un modello generale di comportamento "scorretto" del banchiere, sanzionabile attraverso diversi strumenti dell'ordinamento (civile, bancario o fallimentare). In questo senso, tutte le fattispecie di responsabilità che coinvolgono la banca in quanto tale – rispetto ai terzi, all'impresa finanziata o agli investitori-risparmiatori – hanno all'origine, a prescindere dal diritto leso, un'unica condotta abusiva tenuta in violazione della disciplina bancaria. In questo senso è necessario impiegare il modello di responsabilità dell'*argentarius* per individuare gli adempimenti e le cautele opportune affinché la banca possa deflettere le responsabilità; soprattutto è necessario soffermarsi sul ruolo degli istituti di credito nella risoluzione delle crisi d'impresa e sulla capacità di discernimento della banca in merito alle situazioni in cui è necessario risanare oppure astenersi dal finanziare l'impresa.

Nel terzo Capitolo cercheremo di individuare tutte le posizioni lese e gli appropriati mezzi di azione, cercando di ponderare gli interessi in gioco sulla scorta del modello offerto dalla dottrina della *law & economics*⁹. E proprio osservando il problema da questo punto di vista ci accorgeremo delle ragioni dell'inadeguatezza del *tort remedy* a tale fattispecie. Vedremo inoltre quando la banca concorre nell'illecito degli amministratori – ma sempre in virtù della propria posizione di finanziatrice avendosi quindi un concorso di diversi fatti dannosi ex 2055 c.c. – e quando, magari a causa della propria posizione di *advisor*, concorre direttamente nella *mala gestio* dell'impresa disestata. E distingueremo, infine, tra l'erogazione di credito *abusiva* (cioè in violazione delle norme di vigilanza bancaria) e l'*abuso* nella concessione del credito, di per sé lecito ma certamente non tutelabile dall'ordinamento alla luce della sua natura di atto essenzialmente emulativo.

⁹ Ci riferiamo soprattutto alla fondamentale opera di G.CALABRESI e D. MELAMED, 1972 *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harvard Law Review*.

CAPITOLO PRIMO

RELAZIONI CREDITIZIE E FINALITA' DELL'ORDINAMENTO BANCARIO

SEZIONE I

LE PATOLOGIE NEI RAPPORTI TRA BANCA E IMPRESA

1. La cronica sottocapitalizzazione delle imprese italiane: un sistema bancocentrico.

In un sistema economico in cui le risorse finanziarie cui fanno fondo le imprese sono costituite principalmente da capitale di credito, piuttosto che di rischio, il problema della sottocapitalizzazione¹⁰ non solo è diffuso, ma praticamente istituzionalizzato¹¹.

Correntemente, si ritiene sottocapitalizzata l'impresa in cui sussista un rapporto squilibrato tra patrimonio netto e capitale di credito. Parte della

¹⁰ Per un approfondimento recente vedi R. RIZZARDI (2007), *Il ritorno della Dit non archivia la «thin cap»*, in *Il Sole 24 Ore* del 21 agosto 2011. Ma vedi anche A. D'AMATO *Alcune riflessioni sulla consistenza patrimoniale dell'impresa e la tutela dei creditori. Verso una proposta di riforma delle regole sul capitale sociale* in *Riv. dottori comm.* 2011, 04, 741, a proposito delle regole sul capitale minimo (in Italia, attualmente 120 mila euro per le S.p.A. ex art. 2327 cc). Secondo l'Autore questa regola svolge: una funzione di garanzia rispetto ai conflitti di interesse tra management, proprietà e creditori; una funzione di segnale al mercato sulla garanzia che l'impresa appresta, neutralizzando i rischi derivanti dal *moral hazard* e dalle asimmetrie informative; una funzione di incentivo per i soci che sono costretti a rischiare un certo quantitativo minimo di risorse proprie conferite in capitale. E proprio sotto l'ultimo aspetto emerge il problema della sottocapitalizzazione: "in questa ipotesi sarebbe alterato il binomio potere/rischio, poiché in un'impresa scarsamente capitalizzata, al potere di indirizzo/governo dell'impresa assegnato ai soci fa da contraltare un sostanziale trasferimento del rischio operativo aziendale a carico dei creditori".

¹¹ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, 77, parla addirittura di "un profondo e patologico squilibrio tra capitale di rischio e capitale di credito, determinante la cronica sottocapitalizzazione delle imprese, pertanto costrette a operare avanzando continue richieste di finanziamento e sostegno al sistema bancario, unico vero erogatore di finanza e unica fonte significativa di approvvigionamento di capitale".

dottrina è giunta a riqualificare il concetto, parametrando l'adeguatezza del capitale versato non tanto al patrimonio netto, che è un concetto statico, ma all'oggetto sociale, peculiare e dinamico elemento dell'attività d'impresa: ed ecco perché tutti gli intermediari finanziari – e specialmente le banche – operano normalmente con un livello di indebitamento inimmaginabile per un'impresa industriale.

Peraltro, in un'impresa esposta ad ingente leva finanziaria il confine tra efficienza e sovraindebitamento – o insolvenza – diventa più labile; soprattutto, prendendo a prestito nozioni di analisi economica, traspare come il fatto stesso che le banche continuino a sovvenzionare un'impresa immeritevole e prossima al fallimento costituisca di per sé una palese distorsione del mercato, che si concreta in una vera e propria esternalità negativa.

E qui sta il cuore del problema della concessione abusiva di credito: laddove l'interruzione delle linee di credito dovrebbe essere un segnale di allarme generale tale da mettere in guardia gli operatori circostanti sull'affidabilità del comune debitore, talvolta, perfino quando l'affidabilità dell'impresa è ormai ai minimi storici, la banca continua ad erogare finanza. In questo modo coloro che erano già creditori sono dissuasi dall'autotutelare la propria posizione, perché la loro percezione sulla solvibilità dell'impresa cui sono creditori viene alterata; analogamente nuovi operatori sono indotti ad intrecciare relazioni contrattuali con l'impresa che reputano affidabile proprio in virtù del fatto che essa gode del sostegno bancario.

Tale comportamento abusivo si verifica principalmente in ragione della particolare conformazione dei privilegi di cui le banche sono destinatarie in occasione delle procedure concorsuali, tali da indurre gli istituti di credito ad allontanare il concorso fallimentare il più possibile¹²; ma tale fenomeno è indotto anche dalla convenienza delle moderne tecniche creditizie di natura quantitativa, che consentono di espandere il giro d'affari prescindendo da uno *screening* qualitativo della clientela; talvolta – e ciò accadeva soprattutto in passato – si tratta di un abuso perpetrato per mere ragioni clientelari.

¹² In merito, diffusamente, vedi *infra*, Capitolo 1, par. 5.

In tale contesto estremamente diffusa e pericolosa è la capacità deflagratoria dell'insolvenza di queste imprese sottocapitalizzate, che lascerà insoddisfatti i creditori a causa dell'esigua massa patrimoniale; o meglio, lascerà insoddisfatti molti creditori, ma alcuni se la caveranno probabilmente meglio degli altri: si tratta chiaramente degli istituti di credito.

E tale assunto apparrebbe singolare, tenendo alla mente i più elementari principi fallimentaristici.

Eppure, proprio in occasione dell'insolvenza le banche hanno occasione di consolidare i propri privilegi (in vista della più o meno prossima concorsualizzazione degli *assets* dell'impresa) ed esigere pagamenti "in deroga" alla *par condicio creditorum*. Ad esempio la disciplina del credito fondiario (art. 38 e 39 T.U.B.) prevede il consolidamento della relativa ipoteca in soli 10 giorni, nonché l'inapplicabilità della revocatoria fallimentare ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari; perciò il banchiere è indotto ad erogare un nuovo finanziamento di natura fondiaria solo allo scopo di "sostituire" quello precedente, privo di garanzia: in questo modo può riqualificarsi da semplice creditore chirografario a privilegiato¹³. Quanto al conto corrente bancario¹⁴, le rimesse sono revocabili solo qualora abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca (art. 67, co. 3 lett. b l. fall.).

Ed è proprio in seguito all'osservazione di tali dinamiche che si è sviluppata la dottrina che ha ipotizzato la nozione di concessione abusiva di credito¹⁵.

¹⁵ Tale dottrina si è sviluppata a partire dalle riflessioni di A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. Comm.*, 1978, 219; A. BARGIOLI, *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. Comm.*, 1981, 297; F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contr. Impr.*, 1987, 20; G. FRANCHINA, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Dir. fall.*, 1988, 656; G. TERRANOVA, *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989, 210; B. INZITARI, *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Dir. banc.*, 1993, 399 ss; ID., *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *BBTC.*, 2001, 265; ID., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Soc.*, 2007, 462; R. SGROI SANTAGATI, *Concessione abusiva del credito e brutale interruzione del credito: due ipotesi di responsabilità della banca*, in *Dir. fall.*, 1994, 625; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Il rischio per le banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 1995, 246; ID., *La banca tra concessione abusiva e interruzione brutale*

Ma prima di poter esporre le opinioni correnti sulla disciplina di tale fattispecie, nonché ipotizzarne gli sviluppi ulteriori, è necessario anteporre una ricognizione giuridico-economica delle relazioni tra banche ed imprese, in Italia così come in alcune delle giurisdizioni dei paesi maggiormente industrializzati del mondo.

Come noto¹⁶, il nostro sistema bancario ha “l’assoluta e storica preminenza nei rapporti di finanziamento con le imprese italiane”¹⁷.

Anche dopo la riforma iniziata col D.Lgs 1° settembre 1993, n. 385 gli istituti di credito hanno mantenuto il loro ruolo preponderante nel mercato del credito, affermandosi inoltre come intermediari nell’approvvigionamento finanziario delle imprese attraverso risorse extracreditizie.

Il banchiere italiano lavora in prevalenza utilizzando gli strumenti di finanziamento a breve termine e giova della duttilità di questo tipo di operazioni grazie ad una struttura normativa¹⁸ che agevola il recesso da parte della banca in modo da azzerare i rischi relativi al singolo cliente. Quanto alle forme di credito a lungo termine l’istituto bancario può comunque contare su un efficiente sistema di tutela del credito, in particolare nelle operazioni di credito fondiario.

E’ altresì noto come la staticità della corporate governance¹⁹ delle imprese italiane abbia determinato storicamente la debolezza dei nostri mercati

del credito, in *Dir. fall.*, 1995, 765; V. ROPPO, *Crisi d’impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fall.*, 1996, 874; O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca ed impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Fall.*, 1997, 884; F. ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell’erogazione del credito*, in *Dir. Banc.*, 1998, 137.

¹⁶ Vedi, per tutti, O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Fall.*, 1997, 875.

¹⁷ Cfr. F. VELLA, *Finanza e crescita: banche in competizione in ASTRID – Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese* – a cura di L. TORCHIA e F. BASSANINI, Firenze, 2005, p. 3. Sulla stessa linea F. DI MARZIO, *Abuso*, op.cit., p. 76, secondo il quale le banche sono “depositarie, secondo una opinione diffusa di un ruolo assai peculiare, e intrinsecamente connesso con le caratteristiche strutturali che storicamente innervano il nostro sistema industriale e commerciale complessivamente considerato”.

¹⁸ Tale struttura si ravvisa in particolare nelle fonti di produzione private: sull’apertura di credito nelle N.B.U. vedi M. CASTIGLIONI, *Il recesso della banca dal contratto di apertura di credito*, in *Magistra Banca e Finanza* - www.tidona.com - ISSN: 2039-7410, 2003.

⁸ Ma qualcosa si sta muovendo, anche in seguito all’applicazione della Direttiva 36/2007/CE c.d. *Shr. Directive* e al crescente ruolo dei Fondi d’Investimento: vedi M. EREDE, *Governing Corporations with Concentrated Ownership Structure: Can Hedge Funds Activism Play Any*

finanziari, costringendo l'impresa bisognosa di capitale a rivolgersi costantemente all'interlocutore bancario

Ma lo stretto legame tra approvvigionamento finanziario e credito bancario non ha determinato l'instaurarsi di relazioni fiduciarie tra banche e imprese, almeno non in quel rapporto di protezione-monitoraggio che è caratteristico dei sistemi germanici²⁰; piuttosto, ha indotto il sistema bancario a spartirsi la clientela, se non il singolo cliente, in quote più o meno proporzionali in modo da frazionare il rischio secondo la prassi del multiaffidamento.

Inoltre l'alta tassazione sui redditi d'impresa rendeva – e rende – comunque più economico fare ricorso al capitale di credito piuttosto che a quello di rischio.

Questo assetto era ancora più favorito, fino ai primi anni '90, dal cogente ordinamento bancario di stampo pubblicistico che rendeva le banche pressoché immuni da responsabilità e riservava le operazioni più complesse a quella ristretta cerchia di operatori bancari che erano gli Istituti di Credito²¹.

Per di più mancava lo stimolo competitivo, essendo l'esercizio dell'attività bancaria sottoposto allo scrutinio (*rectius*: talvolta mero arbitrio) della Banca d'Italia che, fino alla Legge sul Risparmio²², addirittura esautorava l'AGCM dalle sue funzioni relativamente al settore creditizio, promuovendo una politica sostanzialmente protezionistica.

Questo insieme di fattori ha creato una classe di banchieri pressoché disinteressata alle tecniche di *monitoring* ed un sistema di imprese sottocapitalizzate e sottoposte ad imponente leva finanziaria, che presentano sempre al loro finanziatore un alto *recovery risk*.

Role in Italy? (April 06, 2009). CLEA 2009 Annual Meeting Paper, consultabile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1397562> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1397562>.

²⁰ Il modello della *Großbank*, infatti, prevede che il banchiere “di fiducia” sia presente nei Consigli di Sorveglianza delle imprese tedesche e, grazie alla universalità della sua attività, possa seguire le vicissitudini finanziarie dell'impresa in tutti gli stadi della sua esistenza. Le banche giapponesi addirittura hanno reso istituzionale l'univocità della loro relazione con una determinata *Keiretsu*, tale da influenzare il mercato nel caso la relazione si interrompa o perda il suo carattere “monogamico”.

²¹ Sull'assetto del mercato sotto la vecchia Legge Bancaria, vedi A. ANTONUCCI, *Diritto delle Banche*, Milano, 2009, pp. 11 e ss.

²² Ci riferiamo alla Legge 28 dicembre 2005, n. 262.

Il banchiere italiano infatti non ha interesse ad investire per essere informato sul suo debitore. Prima di tutto perché il costo marginale nell'apprestare un monitoraggio continuo su di un debitore con una piccola esposizione – ovvero la maggior parte della clientela – verso la banca eccede, a lungo termine, l'eventuale perdita su crediti. *In secundis*, anche qualora si tratti di un debitore importante, le garanzie ottenute dalla banca difficilmente renderebbero nella peggiore ipotesi – quella della dichiarazione di fallimento – l'insinuazione al passivo infruttuosa²³.

In ogni caso rimane comunque più economico razionare il portafogli secondo il metodo assicurativo, compensando i debitori più rischiosi con quelli più sicuri e comunque non esponendosi mai troppo con nessuno di essi.

Quando il nostro sistema finanziario ha visto il consolidarsi di relazioni fiduciarie tra finanziatore e finanziato ha spesso determinato, al minimo, l'opacizzazione della struttura finanziaria dell'impresa e dei relativi flussi di finanziamento²⁴.

Soprattutto il rapporto tra banca locale e imprenditore in difficoltà ha raramente originato soluzioni efficienti: di risanamento con coinvolgimento in prima persona della banca nell'accollarsi il rischio d'investimento, quando possibile; oppure di estromissione dal mercato e sottoposizione immediata a procedura concorsuale quando necessario. Più spesso ha originato masse spaventose di debiti che accumulandosi negli anni e trascinando l'impresa in una voragine sempre più grande hanno, in una sorta di "accanimento terapeutico"²⁵, bruciato capitali a danno dell'intera comunità economica. E tali relazioni creditizie distorte sono state spesso favorite grazie al ruolo svolto dalla politica locale che, come da prassi della

²³ E ciò accade in ragione dei già accennati privilegi fallimentari, su cui vedi *infra*, par. 5.

²⁴ Si pensi ai disastri finanziari Parmalat e Cirio, ma anche alle vicende del Fallimento Casillo, centrali in questo lavoro in quanto occasione di importanti pronunce della Cassazione proprio in materia di concessione abusiva di credito, per tutte vedi le fondamentali Cass, S. U., 28 Marzo 2006, n. 7029 in *Dir. Fall.*, 2006, 323; Cass, S. U., n. 7030 in *Corr. Giur.*, 2006, 643; Cass, S. U., n. 7031 in *Dir. Fall.*, 2007, 195.

²⁵ La medesima espressione è utilizzata da F. D'ALESSANDRO, *La crisi d'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici* in AA. VV., *Crisi d'impresa e riforma della legge fallimentare*, 2002, p. 32.

Prima Repubblica, poteva agire quale *Dominus* anche nel campo economico, intermediando e rivolgendo pressioni sugli Istituti di Credito quando non verso l’Autorità di Vigilanza stessa per ragioni clientelari.

Il laccio della politica infatti, favorito dai sistemi di *governance* delle fondazioni bancarie legate agli enti locali, ha storicamente tenuto insieme il mondo delle imprese e quello delle banche, assoggettando le relazioni creditizie a criteri clientelari piuttosto che di economicità ed efficienza.

Quando un imprenditore non riusciva ad ottenere l’accesso al credito bancario doveva ricorrere al credito commerciale, interfacciandoci con soggetti immensamente meno attrezzati delle banche nella soddisfazione dei propri crediti²⁶.

E proprio qui rileva la maggiore incongruenza del sistema: nel disperato trascinarsi in avanti di queste *zombie companies*²⁷ tenute in vita attraverso spericolate operazioni di finanziamento²⁸ non sono coinvolti solo i loro demiurghi bancari. Piuttosto, tale vortice finanziario coinvolge tutta la comunità economica a partire dai creditori concorrenti, a loro volta – e loro malgrado – *stakeholders* dell’impresa insolvente.

Insomma, se la teoria economica classica ha inquadrato come *free riders* i creditori extrabancari poichè sfrutterebbero il monitoraggio sul debitore

²⁶ Infatti, “laddove l’enforcement giudiziario è più debole, le imprese ricorrono in maniera più intensa alle dilazioni di pagamento presso i fornitori; ne risulta accresciuta l’incidenza del debito commerciale sul totale dei debiti. La relazione tra efficacia delle procedure giudiziarie e ricorso delle imprese al credito commerciale varia in funzione della solidità della struttura economico-finanziaria dei debitori”. Così A. CARMIGNANI, *Funzionamento della giustizia civile e struttura finanziaria delle imprese: il ruolo del credito commerciale, Temi di discussione del servizio studi Banca d’Italia*, Numero 497 - Giugno 2004, p.1.

²⁷ L’espressione, pur appariscente, è ormai stata adottata dalla letteratura finanziaria americana a partire da un enfatico articolo sul *New York Times*, consultabile su: <http://www.nytimes.com/2002/10/29/business/they-re-alive-they-re-alive-not-japan-hesitates-put-end-its-zombie-businesses.html>

²⁸ Tale fenomeno non si verifica solo nel finanziamento delle imprese, ma persino in quello degli Stati Sovrani. Si pensi oggi ai bilanci artefatti della Grecia: il problema della concessione abusiva di credito sta infatti emergendo anche nel sentire sociale e nel diritto internazionale, vedi infatti J. BOHOSLAVSKY, *Responsibility for Abusive Granting of Sovereign Loans*, 2008, *14 Law & Bus. Rev. Am.* 495.

operato dalle banche per orientare i propri investimenti²⁹ senza sopportare costi, nell'ordinamento italiano è più verosimile il contrario.

Così le banche sfruttano i loro privilegi settoriali e le inefficienze del sistema delle procedure concorsuali per tutelarsi a discapito dei creditori concorrenti³⁰, in vista di un dissesto che solo loro possono individuare e talvolta prevedere. Oltretutto il creditore bancario si trova ad insinuarsi al passivo per lo più in qualità di creditore privilegiato: il che gli consente di ridurre al minimo il rischio d'incapienza del debitore, che grava per lo più sui creditori "comuni".

L'ulteriore evoluzione del sistema delle procedure concorsuali³¹ ha complicato il sistema, prevedendo per determinate operazioni una responsabilità ancora più attenuata – addirittura esplicitamente declinata a livello penale *ex art. 217-bis l. fall.* – per l'artefice del *workout*, che è normalmente una banca. Ed in tale direzione si rivolge tutta l'evoluzione del sistema fallimentare³²: pur registrandosi ad oggi uno scarso utilizzo di tali strumenti, è prevedibile in futuro un'intensificazione del ricorso agli stessi, soprattutto alla luce di un giro di vite della giurisprudenza sulla responsabilità degli istituti di credito.

²⁹ Questo ragionamento può essere vero solo nei sistemi dove il legame tra banca e impresa è effettivamente fiduciario - e quindi sicuramente in Germania e in Giappone – ma non in Italia dove il maggior strumento di *monitoring*, la Centrale Rischi, è comunque consultabile solo dalle banche che talvolta neanche provvedono ad utilizzarlo in maniera efficiente segnalando sempre i crediti in sofferenza e facendovi rigoroso ricorso all'atto di valutazione del merito creditizio. Ancora sul tema del *monitoring*: E. CARLETTI, V. CERASI & S. DALTUNG, *Multiple-bank lending: diversification and free-riding in monitoring*, *Working Papers* 20061103, Università degli Studi di Milano-Bicocca, Dipartimento di Statistica, revised Nov 2006; O. YOSHA, *Information disclosure costs and the choice of financing source*, *Journal Of Financial Intermediation*, 2005.

³⁰ Per l'analisi specifica di questi rapporti e delle dinamiche che innescano, si veda *infra*, par. 5.

³¹ Tale evoluzione, secondo pressoché unanime dottrina, rientrerebbe in un disegno generale di avvicinamento ai sistemi anglosassoni di gestione dell'insolvenza, privilegiando le soluzioni di ristrutturazione a quelle di liquidazione, in una transizione dal *favor creditoris* al *favor debitoris*. Vedi, da ultimo, F. DI MARZIO, *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Nota apologetica sul nuovo 'diritto fallimentare'*, su www.ilcaso.it, documento n. 282/2012, 11 Febbraio 2012.

³² Vedi anche il recentissimo Decreto Sviluppo, approvato dal Consiglio dei Ministri del 15 giugno 2012 – pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 26 giugno 2012, n. 147 - Supplemento Ordinario n. 129 che, tra gli altri, introduce il nuovo concordato con continuità aziendale inserito nell'art. 186-*bis l. fall.*

Affermare che la nuova disciplina delle procedure concorsuali abbia disegnato per le banche “un regime di netto favore, se non di vero e proprio privilegio”³³, non costituirebbe certo un’osservazione originale. E se è nozione acquisita che le recenti riforme abbiano fatto virare l’ordinamento fallimentare verso il *favor debitoris* e soprattutto verso la ristrutturazione anziché la liquidazione dell’impresa, tale osservazione appare obbligata alla luce del ruolo preminente delle banche nei processi di ristrutturazione.

Certamente più controverso è stabilire se da questi privilegi debba derivare “il ridimensionamento o addirittura l’esenzione della banca dalla responsabilità per abusiva concessione di credito” o, piuttosto, “la necessità di un maggior rigore e trasparenza nella concessione di credito”³⁴, soprattutto nel delicato contesto del dissesto finanziario dell’impresa debitrice.

Se, salvo qualche clamorosa eccezione, il problema dell’ingerenza della politica nel mondo delle banche si può dire superato con la Legge Ciampi³⁵, è proprio nella nuova area dei processi di ristrutturazione che oggi si potrebbero annidare le falle del sistema.

Alla rigidità dei Giudici Delegati nella valutazione delle domande di ammissione a queste procedure consensuali di risoluzione della crisi è affidata la tenuta di questa area ancora dai confini incerti³⁶ nella delicata valutazione della preminenza dell’interesse alla continuità aziendale sulla tutela delle ragioni creditorie.

Gli accordi ex 182-bis l.fall. costituiscono, in ogni caso, uno strumento da salutare con favore poiché portano il controllo giudiziario sulla legittimità

³³Così A. NIGRO, *La responsabilità della banca nell’erogazione del credito*, *Le Società*, n. 4/2007, p. 439.

³⁴B. INZITARI, *L’abusiva concessione di credito*, op. cit., 2007, p. 452.

³⁵Ci riferiamo alla legge delega n. 461 del 1998 e al successivo Decreto legislativo n. 153 del 1999, che precisa l’operatività delle fondazioni bancarie (diverse delle quali, per statuto, prevedono la presenza di rappresentanze politiche nel Consiglio di Amministrazione) limitandola al settore c.d. *no-profit*. In questo modo l’influenza della fondazione non dovrebbe mai toccare le scelte prettamente commerciali della banca controllata. Questo assetto è stato ulteriormente perfezionato con la legge Tremonti, n. 448 del 2001 e deve a sua volta l’impostazione alla legge-delega Amato-Carli n. 218 del 1990, che ha decretato la nascita delle fondazioni bancarie.

³⁶In argomento, vedi per tutti M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l’impresa*, 2012, pp. 123 e ss.

del credito erogato in un momento che, auspicabilmente, dovrebbe precedere l'insolvenza irreversibile³⁷.

Pertanto, se utilizzato correttamente, dovrebbe evitare l'aggravarsi del dissesto e quindi del danno, evitando di fare ricorso a strumenti residuali quali le azioni di responsabilità verso gli amministratori o verso la banca.

2. La patogenesi dell'erogazione abusiva in una prospettiva comparatistica.

Ogni particolare ordinamento finanziario³⁸ affronta le conseguenze dell'*information asymmetry* imponendo obblighi di trasparenza e di pubblicità ai soggetti emittenti così come ai soggetti che per ragioni professionali dispongono e gestiscono ingenti flussi informativi (e sono detti perciò *monitors*).

Soprattutto, gli assetti del mercato finanziario vengono influenzati dal soggetto sul quale grava il monitoraggio dell'impresa che fa ricorso alla leva finanziaria.

Laddove i sistemi anglosassoni sono caratterizzati da azionariato polverizzato ed ampi poteri del management³⁹, ad un'ampia trasparenza dei mercati finanziari e contendibilità del controllo delle *public companies*

³⁷ Tale prospettiva è stata ribadita da F. DI MARZIO nel recente convegno: *Riflessioni su alcune ultime pronunce della giurisprudenza in materia fallimentare*, svoltosi il 18 Maggio 2012 presso Roma Tre, facoltà di Giurisprudenza.

³⁸ Intendiamo includere in tale nozione tutto l'assetto delle relazioni finanziatore-finanziato, qualificandosi come tale quella particolare contrattazione d'impresa che avviene nel settore creditizio; l'esigenza di guardare non il singolo contratto, ma l'insieme delle relazioni contrattuali, emerge nella recente sensibilizzazione sul tema della *contract governance* su cui vedi l'intervento di A. ZOPPINI nel convegno di studi *From the Financial to the Sovereign Debt Crisis: Changing Patterns of Private Law*, tenutosi presso Oxford, Faculty of Law il 3 novembre 2011, consultabile su <http://www.judicium.it>.

³⁹J. COFFEE, *The Rise of Dispersed Ownership: The Role of Law in the Separation of Ownership and Control (December 2000)*. *Columbia Law and Economics Working Paper* No. 182, p. 2 e ss. Consultabile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=254097> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.254097>. Secondo l'Autore il *Dispersed Ownership System*, caratteristico dei sistemi anglosassoni, sarebbe caratterizzato da un forte mercato degli strumenti finanziari e da rigorosi *standards* di trasparenza imposti agli emittenti, agli intermediari e al mercato in generale. Dalla polverizzazione dell'azionariato deriverebbe appunto la concentrazione dei poteri gestori nelle mani del *top management*, data l'incapacità dei piccoli e numerosi azionisti di coordinarsi ed influire seriamente sulla scelta degli organi di governo societario.

corrisponde la storica debolezza delle banche commerciali⁴⁰. In queste realtà il monitoraggio dell'impresa viene effettuato dagli investitori istituzionali che per conto dei rispettivi clienti vigilano⁴¹ sull'impresa finanziata e quindi sull'uso proficuo del capitale di rischio o di credito procurato all'impresa.

Infatti, fin dall'epopea delle *railroads* i banchieri d'investimento siedono nei consigli di amministrazione delle società statunitensi agendo quale barriera *anti-takeover*⁴². Ma queste *firms* sono di tutt'altra razza rispetto alle banche commerciali: più che esercitare il credito, si occupano del collocamento di titoli e agiscono quali *advisors* in operazioni straordinarie. La loro responsabilità derivante dall'approvvigionamento finanziario dell'impresa, dunque, ha più a che fare con il loro ruolo di consulenti ed intermediarie che con quello di finanziatrici dirette.

La loro costante ingerenza nella gestione dell'impresa⁴³ le fa quindi raramente incorrere in fattispecie "pure" di *lender's liability*⁴⁴, che negli Stati

⁴⁰ Nella ricostruzione di J. COFFEE, *The Rise of Dispersed Ownership*, op. cit., p. 28, l'enorme fabbisogno finanziario delle compagnie ferroviarie avrebbe creato una corsa al reperimento di capitale di rischio dall'Europa, nella quale – anche garantendosi la fiducia degli investitori presenziando direttamente nei consigli di amministrazione delle società industriali – sarebbero risultate vincitrici le banche d'affari, in testa J. P. Morgan. Ancora, lo *Sherman Act* del 1890 come noto disegnato ad hoc per contrastare le politiche monopoliste del gruppo Standard Oil, avrebbe indotto la *merger wave* alla fine del XIX° secolo la quale avrebbe contribuito ad acuire la caratteristica separazione tra proprietà e controllo nella corporation.

⁴¹ Il problema è che gli investitori istituzionali dovrebbero vigilare, ma spesso non fanno altro che duplicare gli *agency costs*: se un fondo d'investimento o una banca d'investimento hanno sicuramente più mezzi di un piccolo azionista od obbligazionista per imporsi con il Consiglio di Amministrazione, spesso si astengono dal farlo: sul tema, vedi ancora M.EREDE, *Governing Corporations*, op. cit., pp. 44 e ss.

⁴² "Board membership became a warning flag to ... [others] to stay away from a captive company" Così R. CHERNOW, *The House of Morgan: an american banking dynasty and the rise of modern finance*, 2001, p. 43.

⁴³ Infatti, proprio a causa della rilevante e consolidata giurisprudenza che riferendosi a fattispecie quali "alter ego theory" o "inside information theory" ha talvolta addebitato rilevanti responsabilità ai banchieri-creditori presenti nei *board*, i banchieri commerciali tendono a stare "an arm's length" dalla società finanziata. In argomento vedi R. S. KROZNER, & P. E. STRAHAN, *Bankers on boards: monitoring, conflicts of interest, and lender liability*, *Journal of Financial Economics*, vol. 62(3), p. 415 e ss. In sostanza, si tratta sempre di applicazione dell'*agency theory* inquadrando la banca come *agent* e l'impresa (o meglio i suoi soci) come *principal*: è anche l'obiezione più forte a quell'opinione che, sulla scia del brocardo *in pari delicto* sostiene che l'impresa non possa richiedere i danni alla banca per il credito che ha (coscientemente) richiesto ed è poi stato erogato.

⁴⁴ Rilevante il tema del *predatory lending*, nonché la giurisprudenza in tema di *lender's liability* che riguarda contratti di credito interrotti facendo leva su vere e proprie clausole vessatorie, frequenti nella prassi del credito commerciale americano, che impongono al

Uniti interessa più che altro le ipotesi di *rottura brutale* del credito o di *predatory lending* nel credito al consumo⁴⁵.

Quanto all'Europa continentale l'analisi deve partire dalla metà dell'800, che vede la breve avventura del Crèdit mobilier dei fratelli Pereire e della Società Generale di Credito Mobiliare italiana, liquidate rispettivamente nel 1867 e nel 1894.

Entrambe nacquero con l'auspicio di finanziare la nascente industria pesante attraverso il credito a medio e lungo termine. Ciononostante questi istituti di credito soffrivano nella loro attività d'investimento – che prevedeva spesso rilevanti immobilizzazioni – i limiti dell'impiego di provviste provenienti esclusivamente da depositi a vista.

Pertanto appare “ovvio che ogni banca non può dare altro credito di quello che riceve [...] orbene, se i depositi si possono richiamare da un giorno all'altro o con preavviso di pochi giorni, e con tenue limitazione di somma, altrettanto facilmente realizzabili devono essere le attività della banca, cioè sicuri e brevi i fidi e prontamente vendibili i titoli”⁴⁶.

Così, almeno fino alla legge bancaria del '36-'38, si cerca di rimediare agli squilibri del mercato bancario attraverso forme di interventismo dello stato-imprenditore. Tali interventi vedono la loro massima espressione nell'IRI, la cui “Sezione smobilizzi” era addirittura preposta ad impedire alle banche di esercitare il credito mobiliare, privandole delle partecipazioni nelle imprese finanziate prese a garanzia dei propri finanziamenti.

Probabilmente è proprio in questo momento che va collocata l'eziologia dei rapporti distorti tra finanziatore e finanziato che hanno caratterizzato tutto il sistema bancario italiano sotto la vigenza della vecchia legge bancaria. Arrivato il sistema bancario sull'orlo del collasso, il legislatore reagì

cliente rilevanti obblighi patrimoniali od operativi disegnati appositamente per rendere agevole per il banchiere la risoluzione del contratto.

⁴⁵ Infatti, proprio a causa della rilevante e consolidata giurisprudenza che riferendosi a fattispecie quali l'*alter ego theory* o l'*insider information theory* ha talvolta addebitato rilevanti responsabilità ai banchieri-creditori presenti nei *boards*, i banchieri commerciali tendono a stare *an arm's length* dalla società finanziata.

⁴⁶ Così M. PANTALEONI, *La caduta della Società generale di credito mobiliare italiano*, UTET, 2003, p. 56.

semplicemente conferendo il ruolo di finanziatore esclusivo dell'industria all'IRI e relegando le banche private all'esercizio del credito commerciale. Si tolse quindi al mercato l'opportunità di evolversi e sviluppare una nuova classe di banchieri d'investimento provvisti delle più moderne tecniche bancarie atte a gestire rischi di diversa natura e competenza temporale.

In questo modo si precluse la “maturazione e la crescita di un certo tipo di rapporti tra banca e impresa in cui la banca ha la capacità di assistere l'impresa nel suo complessivo bisogno di finanziamento”⁴⁷. Ed appare sempre più lontana una fioritura analoga a quella delle banche d'investimento americane, apportatrici di capitale di rischio; o di quelle tedesche e giapponesi che sono vere e proprie *Hausbank* per i propri debitori.

Per un certo periodo, specialmente sotto il governo Crispi, si è anche guardato al modello tedesco della *Grossbank*, che tradizionalmente mitiga il rischio di credito grazie ad un invasivo monitoraggio del debitore.

In risposta alle medesime esigenze che si sarebbero presentate in Italia circa un quarto di secolo dopo, già nella Germania della metà dell'800 il sistema bancario avvertì l'esigenza di rinnovare l'assetto delle tradizionali banche di credito mobiliare. Esse infatti non riuscivano a stare dietro alla fiorente industria pesante non avendo una struttura – non avevano neanche modo di usufruire della limitazione di responsabilità – adatta a sottoscrivere la massa di titoli che i continui aumenti di capitale delle compagnie ferroviarie richiedevano.

Così nel 1856 venne forgiata la struttura delle *Commandite banks* che supplivano alla mancanza di responsabilità limitata semplicemente facendosi finanziare da veri e propri “soci occulti”: comprensibilmente, il governo prussiano mise rapidamente fuori legge queste strutture.

Finalmente nel 1870 il governo concesse le autorizzazioni per la fondazione di una nuova generazione di banche, le *Grossbanken*.

Al contempo banche commerciali e d'investimento, le *Grossbanken* entravano direttamente nel capitale delle società finanziate, continuando ad

⁴⁷ Così A. ANTONUCCI, *Diritto delle Banche*, Milano, 2009, p. 11.

emettere le loro obbligazioni e a concedere mutui a medio e lungo termine. Inoltre Bismark impose una politica monetaria estremamente favorevole alle banche, prevedendo bassissimi tassi di sconto alla *Reichsbank* e garantendo così alle banche private liquidità pressoché illimitata.

Soprattutto, il Cancelliere tedesco attuò una politica tributaria punitiva verso gli operatori finanziari extrabancari, raddoppiando nel 1894 la tassa sui trasferimenti di strumenti finanziari. In questo modo i piccoli broker furono progressivamente estromessi dal mercato o assorbiti dalle banche d'investimento, non essendo più in grado di internalizzare i costi fiscali delle operazioni di cambio⁴⁸.

E' stato detto che in Germania queste banche sono esattamente l'epicentro del governo societario delle società tedesche poiché hanno la posizione, l'informazione e il potere per monitorare efficacemente l'attività del management e, se necessario, redarguirlo⁴⁹.

Tale assunto viene formulato innanzitutto perché la particolare struttura delle *Aktiengesellschaft* – paragonabili alle nostre SPA quotate – è caratterizzata da un assoluto dominio dei *fixed claimants*⁵⁰. Inoltre, è uso delle *Grossbank* detenere partecipazioni dirette nelle società finanziate⁵¹, pur conservando il loro ruolo primario di creditori in società che fanno rilevante ricorso alla leva finanziaria.

⁴⁸ Per un approfondimento, vedi M. ROE, *Some differences in Corporate Structure in Germany, Japan and the United States*, *The Yale Law Journal* Vol. 102, No. 8, *Symposium: Economic Competitiveness and the Law* (Giugno 1993), pp. 1927; J. RIESSER, *Die deutschen Grossbanken und ihre Konzentration im Zusammenhang mit der Entwicklung der Gesamtwirtschaft in Deutschland*, Jena, 1912; J. C. BAKER, *The german stock market: its operations, problems and prospects*, 1970.

⁴⁹ Letteralmente, R. T. GILSON e R. KRAAKMAN, *Investment companies as guardian shareholders - the place of the MSCIN in the corporate governance debate*, *Stanford law review*, 24(4), 1993, p. 985.

⁵⁰ Soprattutto i creditori e dipendenti, che qualora siano più di duemila devono obbligatoriamente costituire la maggioranza del Consiglio di Sorveglianza. Così F. KUBLER, *The Impact of Equity Markets on Business Organization: Some Comparative Observations Regarding Differences in the Evolution of Corporate Structures*, *European Business Organization Law Review*, 2, p. 669 doi:10.1017/S1566752900000677.

⁵¹ Per un approfondimento sul tema, vedi *Those German Banks and their Industrial Treasuries*, *Economist*, Jun. 21, 1995, p. 7: all'epoca l'85 % delle 171 più grandi società industriali tedesche risultavano avere un singolo azionista di maggioranza con più del 25 % del capitale votante. Il 10% della capitalizzazione di mercato totale era detenuta dalle banche, di cui il 6% in azioni ordinarie.

E' stato calcolato che le società industriali tedesche si fanno prestare dalle banche mediamente 4.20 dollari per ogni dollaro procurato sul mercato dei capitali, quando negli Stati Uniti il rapporto è rispettivamente di 0,85 dollari a uno⁵².

Le banche tedesche quindi hanno nelle società industriali una doppia faccia, al contempo di creditore e di azionista.

Questo comporta rilevanti conflitti di interesse: i banchieri saranno naturalmente ostili, nella loro veste di consiglieri di sorveglianza, alle operazioni rischiose che potrebbero comportare loro perdite quali creditori. Inoltre essi rappresenteranno sempre una barriera naturale contro le scalate ostili: il c.d. "mercato del controllo societario", almeno fino al *Wertpapiererwerbs-und Übernahmegesetz* del 2001⁵³, praticamente non esisteva.

Ed è così che le banche tedesche, attraverso la loro posizione di *insiders*, riescono ad essere indifferenti ai classici problemi della relazione finanziatore-finanziato *ex post* come evidenziata dall'analisi economica classica⁵⁴ attraverso un costante monitoraggio del debitore. Tale monitoraggio, unito all'apposizione di clausole che legano la continuazione del rapporto di finanziamento al mantenimento di determinati standard di

⁵² Vedi M. RAAMSEYER, *Explicit Reasons for Implicit Contracts: The Legal Logic to the Japanese Main Bank System 3*, *Chicago Working Papers in Law and Economics*, no 17, 2d ser, Agosto 1993, p. 2.

⁵³ Letteralmente, "legge sull'acquisto delle azioni e sulle scalate ostili", anticipatoria della seconda direttiva societaria europea del 2006.

⁵⁴ Solitamente si distinguono le patologie *ex ante*, cioè emergenti all'atto della concessione del finanziamento e della valutazione del merito di credito del richiedente il finanziamento e costituite essenzialmente dalla c.d. selezione avversa, che si verifica quando il conflitto d'interesse tra il mutuatario, che è incentivato a richiedere alla banca cifre molto più grandi di quelle che può effettivamente sostenere e la banca, che non essendo in grado di effettuare una verifica efficace sul merito creditizio preferisce mitigare il rischio applicando tassi di interesse indiscriminatamente alti (ma non è un problema proprio dell'industria bancaria: lo stesso rapporto si crea tra assicurato e assicuratore, che tiene i premi indiscriminatamente alti); e si distinguono le patologie *ex post*, cioè una volta che il finanziamento è stato concesso, come i problemi di azzardo morale che portano gli *equity stakeholders* a condurre l'azienda in operazioni rischiose, incentivati dalle proprie ed esclusive prospettive di profitto, garantiti dal fatto che le eventuali perdite, fino all'insolvenza, saranno condivise con i creditori. Così J. R. MACEY e G. P. MILLER, *Corporate Governance and Commercial Banking: A comparative examination of Germany, Japan and the United States*, *Stanford Law Review*, Vol. 48, No. 1 (Nov., 1995), p. 73.

bilancio⁵⁵, di fatto fa in modo che le redini del business siano saldamente nelle mani dei finanziatori.

Chiaramente questa complicità tra il *management* e la *hausbank* non ha tardato a catturare l'attenzione della giurisprudenza fallimentare, che ha da tempo consolidato le varie figure di illecito – anche penale – che ruotano attorno alla *sittenwidrige kreditgewürung* (letteralmente: concessione immorale di credito).

In questa figura il problema dell'individuazione di un generale dovere di *alterum non laedere* in capo al banchiere verso i creditori concorrenti⁵⁶ non si è mai posto poiché egli è sempre caricato anche di doveri fiduciari quale membro del consiglio di sorveglianza⁵⁷.

Comunque, la *sittenwidrige kreditgewürung* è nota a questo ordinamento giuridico già da diverso tempo.

Infatti già con l'*Insolvenzordnung* del 1994⁵⁸ il diritto fallimentare tedesco ha subito una totale metamorfosi che, modellata sul *Chapter 11* statunitense, ha importato il modello dei piani di risanamento stragiudiziali proprio allo scopo di circoscrivere la responsabilità del finanziatore di impresa insolvente.

Sempre di stampo germanico, il sistema nipponico prevede una relazione ancora più forte tra impresa industriale e *main bank*: le banche giapponesi non solo giovano di una vera e propria economia di scala unendo le qualità di *lender*, *monitor* e *shareholder* come accade in Germania, ma le loro sorti seguono direttamente quelle dell'impresa finanziata.

Il sistema degli *interlocking directorates* è istituzionalizzato poiché, così come sono presenti rappresentanti delle banche nei consigli di amministrazione delle imprese industriali, sono presenti nei consigli di

⁵⁵ I c.d. *loan covenant*, solitamente classificati in quattro tipologie: quelli che restringono l'uso dei finanziamenti; quelli che specificano che l'azienda deve mantenere un certo patrimonio netto; quelli che restringono l'uso e il mantenimento di garanzie; quelli che richiedono che il cliente riferisca alla banca informazioni periodiche.

⁵⁶ Come noto, questo è il principio fondante della responsabilità extracontrattuale, quale è qualificata la responsabilità per concessione abusiva di credito nel nostro ordinamento.

⁵⁷ Per uno studio completo dell'argomento, vedi A. ENGERT, *Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung*, 2004.

⁵⁸ (InsO), del 5 Ottobre 1994 (BGBl. I S. 2866), entrato in vigore il primo Gennaio 1999.

amministrazione delle banche rappresentanti dell'impresa finanziata. Del resto, la *keiretsu*⁵⁹ è un compatto blocco industriale-finanziario praticamente inespugnabile per qualsiasi scalatore ostile.

Ma l'aspetto più interessante, soprattutto allo scopo di questa ricerca, è che all'assenza di un mercato per il controllo societario⁶⁰ fa da contraltare il ruolo "disciplinatorio" sul management dell'impresa finanziata da parte della banca, che risponde alla *mala gestio*, inviando immediatamente propri rappresentanti a dirigere il *board*⁶¹: ed è scontato osservare come questi interventi abbiano una potente eco in tutto il mercato finanziario.

Queste meccaniche sono talmente consolidate che il mercato azionario è estremamente sensibile a questi segnali e la quotazione della società subirà un tracollo appena sarà noto l'inserimento di un rappresentante della banca nel management della *keiretsu*. Addirittura il fatto (in verità, raro) che l'impresa cambi *main bank* viene percepito come sinonimo di inefficienza o addirittura di insolvenza.

In definitiva, in questo sistema è praticamente sconosciuto il concetto di concessione abusiva di credito come lesiva di creditori concorrenti.

In sostanza, qui assistiamo ad una relazione inversa tra banca e impresa, nella quale tutto il gruppo si regge sulla capacità della *main bank* di procurare liquidità. Altrimenti l'insolvenza travolgerebbe essa stessa e, tutt'al più, renderebbe responsabile il suo management verso i propri soci per l'erosione dei capitali prestati e irrecuperabili.⁶²

⁵⁹ Per un approfondimento del concetto, vedi M. AOKI e H. PATRICK, *The Japanese Main Bank System*, 1994. *Contra*, Y. MIWA e J. M. RAAMSEYER, *The Myth of the Main Bank: Japan and Comparative Corporate Governance* (September 2001). *Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 333*, p.14 per i quali "Japanese firms may not have governed themselves the way law professors would have them governed, but they did not use a main-bank monitoring scheme either". Consultabile su: SSRN:<http://ssrn.com/abstract=285254> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.28525>.

⁶⁰ Questa situazione, lo ricordiamo, secondo la teoria classica della *corporate governance* dovrebbe comportare l'inefficienza del management, sicuro del mantenimento del controllo ed indotto ad una gestione "rilassata" dell'impresa.

⁶¹ Così J. R. MACEY e G. P. MILLER, *Corporate Governance and Commercial Banking*, op. cit., p. 84 e ss.

⁶² Per un caso rilevante nel diritto dell'insolvenza giapponese, vedi M. MISAWA, *The Long Term Credit Bank of Japan Litigation*. *Australian Journal of Asian Law*, Vol. 8, No. 1, p. 104, Agosto 2006, consultabile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=953087>

Per trarre delle sommarie conclusioni, possiamo osservare come i sistemi francesi rappresentino un *unicum* nel panorama bancario internazionale. Essi si sono caratterizzati fino agli anni '90 per la rilevante connotazione pubblicitaria dell'attività bancaria⁶³ e per un'estrema diversificazione sia qualitativa che quantitativa degli operatori bancari.

Soprattutto, sono gli unici dove si è frequentemente posto il problema della responsabilità del banchiere verso terze parti, quale responsabilità aquiliana⁶⁴.

In questi sistemi il monitoraggio del debitore è affidato ad un sistema consortile di *screening* delle situazioni debitorie critiche: rispettivamente, la Centrale dei Rischi per l'Italia e *Le Service Central des Risques* in Francia. Tale sistema, incaricato della missione di salvaguardia della sana e prudente gestione e della stabilità del sistema bancario, si propone di estromettere dal mercato i "cattivi debitori".

Tracciando un quadro, abbiamo quindi dei sistemi di stampo anglosassone dove non è prospettata alcuna responsabilità autonoma del banchiere, in quanto tale, rispetto ai creditori concorrenti: piuttosto si potrà ravvisare complicità con il *management* dell'impresa finanziata, se non addirittura l'assoggettamento dello stesso agli interessi della banca. Inoltre il monitoraggio è affidato agli organismi che agiscono quali *proxies* per gli investitori e che saranno più idonei a ricadere in una responsabilità per *deepening insolvency* o *de facto administration* verso l'impresa stessa.

Vi sono poi i sistemi di stampo tedesco nei quali le qualità di investitore, supervisore e finanziatore vanno ad accumularsi nello stesso soggetto: si tratta di un rapporto banca-impresa "puro". Qui i banchieri sono responsabili verso i terzi principalmente in quanto complici della *mala gestio*.

⁶³ E' stato calcolato che in Francia, nel 1994, l'87 % dei conti correnti bancari e il 76 % dei finanziamenti facevano capo a banche di proprietà pubblica. Così D. PLIHON, *The organization of the French banking system, Extracted from Plihon D. [1998], "Les banques: nouveaux enjeux, nouvelles stratégies", Documentation française*, consultabile su: <http://sceco.univ-poitiers.fr>

⁶⁴ In Francia il problema si è posto già alla fine dell'800: vedi J. HAMEL, *Banques et opérations de banque Paris, 1933-1943*; M. VASSEUR, *La responsabilité du banquier, Paris, 1976*. In Italia il problema è stato avanzato da A. NIGRO, *La responsabilità della banca*, op cit., pp. 219 e ss.

Infine, i sistemi francesi attribuiscono al sistema bancario – anche dopo la sua liberalizzazione – rilevanti attribuzioni di interesse pubblico⁶⁵. Per paradosso, il sistema della Centrale Rischi è pubblico nelle finalità (nonché rivestito di numerosi obblighi giuridici, quali doveri di segnalazioni dei crediti in sofferenza da parte delle banche), ma creato ad esclusivo uso del ceto bancario⁶⁶.

In questo modo il banchiere si configura oltre che come finanziatore anche come *monitor*. Con questo assetto è evidente il rischio di *free riding* delle banche che in questo modo riescono ad influenzare pesantemente la gestione senza essere formalmente responsabili quale parte del *management*.

Insomma: i creditori extrabancari sembra siano sempre destinati a subire, anziché captare, i flussi informativi relativi alle vicende finanziarie della comune impresa debitrice: con l'inevitabile conseguenza di doversi accollare i rischi dell'incapienza patrimoniale dell'impresa, non essendo in grado di tutelarsi tempestivamente all'avvenuta insolvenza della stessa.

De iure condito, l'unica tutela offerta a questa parte debole del ceto creditorio per redistribuire le perdite dell'insolvenza passa per le azioni di responsabilità aquiliana⁶⁷: ma come si vedrà più avanti il sistema fallimentare italiano nega la legittimazione⁶⁸ al soggetto più idoneo ad esercitarle, il curatore fallimentare, rendendo l'azione di risarcimento danni virtualmente possibile, ma praticamente inutile.

⁶⁵ Tali attribuzioni possono essere rilevate, nel nostro ordinamento, già nella tutela costituzionale ex art. 47 Cost. e nel criterio della sana e prudente gestione (art. 5 T.U.B.), che si presta a decisioni arbitrarie dell'Autorità di Vigilanza

⁶⁶ Ma per completezza bisogna dire che, astrattamente, è disponibile anche per altri intermediari finanziari: è comunque palese che i maggiori beneficiari ed interessati siano gli Istituti di Credito.

⁶⁷ Peraltro, tali azioni sono state fortemente limitate in Francia in seguito all'inserimento, nel 2006, nel *Code de Commerce* dell'art. 650-1 che limita la responsabilità della banca ai soli casi "de fraude, d'immixtion caractèrisèe dans la gestion du dèbiteur ou si les granties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnèes à ceux-ci".

⁶⁸ E' consolidata la giurisprudenza che prospetta questa soluzione. Per tutti, vedi Cass., S. U., 28 Marzo 2006, n. 7031, in Fall. 2007, 1, 101. Così anche F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, p. 382; B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, documento n. 58/2007 su www.ilcaso.it, 2007. Contra A. NIGRO., *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Società*, 2007, p. 437.

Come prospettato dalla stessa Cassazione⁶⁹, la nuova strada per i curatori sembra quella delle azioni di responsabilità per concorso nella *mala gestio*, facendo ricorso a figure del diritto societario che esplicitino l'ingerenza della banca nella gestione dell'impresa.

SEZIONE II

IL CREDITORE BANCA: *PRIMUS INTER PARES*.

3. Il *bonus argentarius* ed i terzi.

Dal quadro che emerge dalle considerazioni precedenti sembra che il legislatore italiano abbia preferito risolvere i problemi di *moral hazard* e *adverse selection*, caratteristici dei rapporti creditizi, stabilendo uno speciale regime pubblicistico per il mercato bancario.

Tale regime, formalmente decaduto per quanto riguarda l'attività bancaria in sé con il Testo Unico Bancario⁷⁰, pone ancora rilevanti vincoli sui soggetti vigilati ed in generale giustifica le peculiarità del sistema, che alle volte oscilla verso la disparità di trattamento del creditore bancario sugli altri concorrenti⁷¹.

Il banchiere è un imprenditore *sui generis*.

Egli infatti è sottoposto alla vigilanza delle Autorità Creditizie e in particolare della Banca d'Italia ed opera in riserva di attività, è sottoposto ad un regime di separazione dalle imprese non finanziarie⁷²; deve peraltro

⁶⁹ Vedi Cass. 1 Giugno 2010, n. 13413, in *Giur. it.*, 2011, 109.

⁷⁰ Vedi infatti l'art. 10 T.U.B. che statuisce come l'attività bancaria abbia "carattere d'impresa". Del resto anche il 2195 c. c. annovera "l'attività bancaria o assicurativa" tra quelle attività esercitate dagli imprenditori commerciali e che comportano l'iscrizione nel registro delle imprese.

⁷¹ E basti pensare alla disciplina del credito fondiario ex art. 38 T.U.B., per un approfondimento della quale vedi il Paragrafo 5 di questo Capitolo.

⁷² *Seppure con il D. L. 185/2008 sia stato abolito il divieto assoluto per le imprese non finanziarie di detenere partecipazioni superiori al 15% nelle banche e con il D.lgs 21/2010 è stata aumentata al 10 % la soglia di rilevanza delle partecipazioni bancarie, il principio di separatezza continua comunque a informare rapporto banca-industria: infatti, pur teoricamente possibile, l'ammissibilità delle partecipazioni oltre soglia è sottoposta ad un invasivo controllo della Banca d'Italia. Per un approfondimento del tema: vedi A. BENOCCI, Fenomenologia e regolamentazione del rapporto Banca-Industria dalla separazione dei soggetti alla separazione dei ruoli, 2007.*

presentare determinati requisiti di professionalità ed onorabilità così come i suoi esponenti aziendali che devono inoltre presentare requisiti di indipendenza. E' destinatario di privilegi che derogano a principi cardine del diritto fallimentare, quale la *par condicio creditorum*⁷³, così come di obblighi di “identificazione e di registrazione” della clientela in funzione di contrasto al riciclaggio. Qualora divenga insolvente è sottoposto ad una procedura amministrata anziché giudiziale ed è tenuto ad aderire ad un fondo interbancario per limitare gli effetti dell'insolvenza sui depositanti e, quindi, sul sistema finanziario.

Un sistema di obblighi e privilegi, quindi, che rende l'operatore bancario una figura istituzionale.

Le finalità del sistema sono contenute nell'art. 5 T.U.B. che impone che le autorità creditizie esercitino la vigilanza “avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario”.

Secondo la Banca d'Italia⁷⁴, la sana e prudente gestione andrebbe riferita al grado di avversione al rischio dei soggetti vigilati. Pertanto, la possibilità di scaricare sui depositanti (o sulla collettività) larga parte dei costi di eventuali fallimenti potrebbe indurre gli intermediari finanziari ad assumere rischi eccessivi. In definitiva, il concetto di gestione sana rinvierebbe, innanzitutto, alla necessità che gli intermediari operino ispirandosi a criteri di piena efficienza funzionale rispetto agli obiettivi prefissati: di norma il profitto e di correttezza nello svolgimento degli affari.

Il profilo della correttezza è ricordato anche dalla dottrina, che definisce la gestione un “concetto dinamico”, attraverso il quale l'intermediario può esprimersi nella sua libera iniziativa economica, “compatibilmente con un'assunzione di rischi consapevole ed una condotta operativa improntata a

⁷³ E si pensi ancora al credito fondiario, che consente di aprire procedure separate per l'esecuzione sui beni soggetti ad ipoteca fondiaria, la quale si “consolida” in soli 10 giorni.

⁷⁴ Banca d'Italia, *relazione annuale sul 1993*.

criteri di correttezza”⁷⁵. Ovviamente si parla di correttezza tra *competitors*: rimaniamo, quindi, sempre nell’ambito degli operatori finanziari.

L’impresa bancaria, che opera normalmente con un alto livello di leva finanziaria che renderebbe devastante la sua insolvenza, opera in un regime privilegiato giustificato dalla salvaguardia della liquidità e della stabilità del sistema finanziario, ma soprattutto del risparmio. Proprio in tema di risparmio si è affermato che le nuove misure di vigilanza non intenderebbero tanto eliminare il rischio, quanto renderlo ragionevole (sul piano sistemico), controllabile (per quanto riguarda gli intermediari) e conoscibile (per quanto riguarda gli investitori)⁷⁶.

E’ il caso di ricordare che secondo la Costituzione è proprio il risparmio che la Repubblica “incoraggia e tutela [...] in tutte le sue forme”, tanto più se diretto all’acquisto della “proprietà dell’abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese”⁷⁷.

Un altro profilo rilevante della vigilanza bancaria è il “contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni” contenuto nell’ art. 53, lettera *b*, T.U.B.

Il problema è verificare se questa disciplina sia eterodiretta alla tutela di interessi pubblici generali oppure di interessi corporativi relativi solo alla “sana e prudente gestione” nell’industria bancaria. Più concretamente, si tratta di stabilire se le finalità esposte nell’articolo 5 del Testo Unico Bancario, pietra angolare di tutto l’ordinamento settoriale del credito, possano essere un fondamento od un limite alla responsabilità delle banche verso i terzi.

Secondo la dottrina più ortodossa, il sistema sarebbe circolare: la finalità della legge bancaria non sarebbe altro che funzionale alla conservazione ed

⁷⁵ Così G. L. GRECO, *Commento sull’art. 5 T.U.B.*, in *Commentario al testo unico bancario*, 2011, a cura di M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, p. 50.

⁷⁶ L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, p. 368.

⁷⁷ Così l’art. 47 Cost. Sulla transizione dai concetti di “tutela del risparmio” da tutela della stabilità della moneta a tutela dell’investitore, vedi F. ZATTI, *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio: dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno ?* in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010.

al potenziamento del sistema bancario in se e per sé, vale a dire alla tutela della stabilità e dell'efficienza del sistema indipendentemente dai suoi effetti al di fuori di esso⁷⁸. Tutt'al più, la finalità di pianificazione del settore creditizio potrebbe essere associata anche alla tutela di tutti i creditori delle aziende di credito, garantendo la solidità patrimoniale delle singole aziende onde permettere l'afflusso del risparmio sul mercato del credito.⁷⁹ Fin qui, non appare nessuno spiraglio per responsabilizzare le banche rispetto ai terzi esterni al sistema finanziario: e sarebbe inutile ogni riferimento alla disciplina creditizia dato che di solito i soggetti danneggiati dalla concessione abusiva di credito sono imprese fornitrici di natura industriale o lavoratori.

Eppure, atteso che questa attività intermediaia composta dalla "raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito" è appunto riservata alle banche, è legittimo che ci si attenda da queste un'adeguata professionalità⁸⁰.

Tanto più oggi che l'attività del banchiere, importato in Italia il concetto di banca mista con il Testo Unico Bancario, invade tutta la vita dell'impresa. Tale attività coinvolge non solo l'erogazione di finanziamenti e la raccolta dei depositi, ma anche l'intermediazione finanziaria con attività connesse e strumentali⁸¹, i sistemi di pagamento, i servizi bancari remoti, la consulenza finanziaria e l'intermediazione negli affari.

E' stato detto che "dell'intera attività dell'impresa postindustriale il coordinatore e il demiurgo è la banca⁸²", che proprio in virtù dei rapporti contrattuali che pone in essere avrebbe uno status particolare⁸³. Infatti per il

⁷⁸ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 2007, p. 175.

⁷⁹ M. PORZIO, *Il governo del credito*, p. 813.

⁸⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur.it.*, 1995, IV, p.356 e *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 655 profila un particolare status della banca, quello di *bonus argentarius*, solo sulla base dei suoi obblighi di protezione fondati sulla clausola di buona fede, che condurrebbe ad obblighi di protezione verso i terzi che legittimamente si affidino ad una corretta esplicazione dell'attività bancaria.

⁸¹ Art. 10, n. 3 T.U.B.

⁸² Così B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *BBTC*, 2001, p. 265.

⁸³ Cfr. Cass. 14 marzo 1999, n. 2284, in *Foro.it.*, 1999, p. 1165 "a maggior ragione nei rapporti contrattuali, lo status di imprenditore bancario, per l'affidamento che crea nella

fatto stesso che un'impresa conduca delle relazioni contrattuali con una o più banche – ed in particolare rapporti di credito – essa appare al mercato come solvente.

E ciò “non solo perché fruisce attualmente della sua erogazione, ma anche e soprattutto per la particolare affidabilità suscitata dalla specifica professionalità del soggetto erogatore, che decide la concessione all’esito di una positiva valutazione del merito del credito, condotta secondo procedure di elevata sofisticazione”⁸⁴.

Il banchiere, secondo risalente dottrina, sarebbe infatti soggetto ad una particolare responsabilità, quella del *bonus argentarius*⁸⁵. Come tale deve intendersi “la figura ideale del banchiere che, nella concessione del credito, si attiene, da un lato, alle regole tecniche, alle regole di esperienza proprio della sua professione e, dall’altro, alle norme specifiche che disciplinano la sua attività”⁸⁶. Le banche si ritroverebbero a ricoprire un ruolo di garante del corretto funzionamento delle dinamiche del mercato, così da essere un importante punto di riferimento per quanti intendono instaurare rapporti con l’impresa. Ed “a maggior ragione nei rapporti contrattuali, lo status di imprenditore bancario, per l’affidamento che crea nella controparte impone al primo di comportarsi secondo le regole della trasparenza, della corretta gestione del credito e degli elementari canoni di diligenza, schiettezza e solidarietà”⁸⁷.

Del resto, il banchiere è un professionista del credito, status cui dovrebbe conseguire uno specifico modello di comportamento⁸⁸ con dei precisi canoni

controparte, impone al primo di comportarsi secondo le regole della trasparenza, della corretta gestione del credito e degli elementari canoni di diligenza, schiettezza e solidarietà”.

⁸⁴ Così F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, p. 81; ma anche B. INZITARI, *La responsabilità della banca*, op. cit., 2001, p. 267.

⁸⁵ Tale nozione, ormai acquisita dalla dottrina commercialistica, intende trasporre il parametro civilistico di diligenza del *bonus pater familias* ai precipi obblighi dell’operatore bancario, anche in considerazione della sua specifica professionalità. Vedi, tra gli altri, A. SCARPA, *La diligenza del bonus argentarius e la rilevanza della consulenza tecnica grafologica nelle ipotesi di falsificazione degli assegni*, *Dir. Giur.*, 1993.

⁸⁶ Così A. NIGRO, *La responsabilità della banca nell’erogazione del credito*, *Società*, 2007, p. 439.

⁸⁷ Cfr. Cass. 14 Marzo 1999, n. 2284, in *Foro it.*, 1999, p. 1165.

⁸⁸ *Contra* G. TERRANOVA, *Profili dell’attività bancaria*, Milano, 1989, p. 199, per il quale non ha senso” individuare un unico criterio di responsabilità – più rigoroso o attenuato del normale – che valga indistintamente per il conto corrente di corrispondenza e per il servizio

professionali. Proprio “la violazione di quei canoni, e la violazione dei doveri di buona fede nei contratti, determinano l’insorgere di patologie: ricorso abusivo al credito, abusiva interruzione del credito e abusiva concessione dello stesso”⁸⁹.

Oltre che scandagliare i possibili obblighi giuridici che ne vengono originati, un’attenta analisi dello status del banchiere nel sistema finanziario non può essere scevra di considerazioni economiche e di giustizia sociale. Attenta dottrina ha sottolineato come sia “facile constatare come la preoccupazione di trasferire il peso delle perdite, dovute all’insolvenza, sui soggetti economicamente più forti informi molti comportamenti delle curatele e molte decisioni dei giudici fallimentari”⁹⁰.

Secondo questa visione, le procedure concorsuali avrebbero una funzione redistributiva ed il banchiere sarebbe certamente nella posizione migliore per caricarsi delle perdite conseguenti all’insolvenza del proprio cliente. Insolvenza che le banche potrebbero ben prevenire, selezionando diligentemente la propria clientela⁹¹. Comunque non è giusto scaricare gli effetti nefasti di tale evento su “coloro che non hanno ricevuto nulla dal debitore” (come i creditori extrabancari) piuttosto che su “coloro che, a conti fatti, rischiano di perdere soltanto una parte del proprio profitto, in quanto sono stati soddisfatti, durante la vita del rapporto, dal pagamento delle usure”⁹².

Del resto, proprio la clausola aperta del principio cardine di ogni attività economica nel nostro ordinamento, l’articolo 41 della Costituzione, fa

delle casseforti di sicurezza, per il mandato a riscuotere e per il deposito dei titoli in amministrazione o, più in generale, per la responsabilità contrattuale ed extracontrattuale” ; sostiene inoltre che “se d’altro canto, in un sistema di libera economia deve essere il mercato a selezionare gli interessi da perseguire, non vi è dubbio che debba essere lo stesso mercato, con tutte le sue articolazioni, ad individuare gli obblighi di correttezza professionale, specificando quali servizi debbano essere resi alla clientela, a quale prezzo, con quali modalità e con quale corredo di prestazioni accessorie”.

⁸⁹ Così F. DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all’impresa insolvente*, in *Rivista di diritto privato*, 2004, p. 6.

⁹⁰ G. TERRANOVA, *Profili dell’attività bancaria*, op.cit., p. 195, a proposito di un “Richesse oblige”.

⁹¹ G. TERRANOVA, *Profili dell’attività bancaria*, op.cit., p. 201, nel valutare la relazione tra rischio d’impresa e responsabilità del banchiere, cita il brocardo latino *cuius commoda, eius et incommoda*.

⁹² Ivi.

riferimento ad elementi la cui esatta individuazione deve essere necessariamente eterogiuridica. Il riferimento all'utilità sociale o ai fini sociali rende necessario dirigere ogni modello di attività imprenditoriale attraverso un'attenta analisi delle dinamiche economiche.

Ed è probabilmente anche l'unico mezzo per rompere l'anacronistica chiusura corporativa dell'art. 5 TUB⁹³.

Innanzitutto l'iniziativa economica privata è "libera".

In principio, il banchiere è libero di selezionare la propria clientela e, nei limiti della sana e prudente gestione e delle disposizioni di vigilanza sul merito creditizio, decidere se allocare i propri impieghi in funzione del profitto attraverso un approccio "assicurativo", secondo la prassi del multiaffidamento oppure secondo una discriminazione qualitativa della clientela.

La malsana prassi bancaria di fare credito non in base alla solvibilità del debitore ma semplicemente tutelandosi attraverso garanzie reali o personali⁹⁴ è stata per lungo tempo la linea guida nei rapporti delle banche con la clientela ed è probabilmente una delle principali cause dei fenomeni patologici nell'erogazione del credito⁹⁵.

Infatti il regime di privilegio dell'attività bancaria, che consente ampie deroghe alla *par condicio creditorum*, nonché di utilizzare rimedi "aziendalistici" di compensazione dei rischi di credito, consente alla banca di mitigare le perdite derivanti dall'insolvenza del proprio debitore. In questo senso la banca – anche grazie alla sua posizione di creditore privilegiato –

⁹³ *Contra* G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di BUONOCORE, Torino, 2005, p. 247 e ss. per il quale non c'è modo di evadere dai limiti dell'art. 5 T.U.B.: "vi è, però, che nessuna norma positiva configura un obbligo di assoluta astensione di far credito, e che la risposta al quesito non può ricavarsi per implicito né dall'interpretazione dell'art. 218 legge fall. – il cui precetto si ritiene poter estendere fino a comprendere un dovere da parte dei terzi di astenersi dal compiere atti che consentano al debitore di dissimulare il proprio stato di dissesto e di continuare ad assumere debiti – né dalla regola della *par condicio*, come ricavabile dall'art. 2740 c.c., che attiene la fase esecutiva e non già il momento genetico dell'obbligazione".

⁹⁴ E ciò avviene tanto più frequente nelle forme di credito speciale che garantiscono un fulmineo consolidamento delle garanzie o nei contratti di garanzia finanziaria che addirittura sono immuni da revocatoria fino a tutto il giorno della dichiarazione di fallimento.

⁹⁵ Ma la recente normazione primaria, nonché le disposizioni di vigilanza stanno progressivamente allontanando questa prassi bancaria. Vedi il D.lgs 141/2010 in tema di merito creditizio nel credito al consumo ed in particolare nel contratto di mutuo.

sopporta certamente meglio del resto del ceto creditorio le lungaggini delle procedure concorsuali.

Le banche talvolta sembrano confondere le garanzie con una soluzione integrativa del merito creditizio, il quale dovrebbe basarsi, piuttosto, solo sulla *solvibilità* del debitore e non sulla capienza del suo patrimonio in caso di azioni esecutive. E' comprensibile come un tale atteggiamento egoista delle banche – tanto più quando consapevolmente prolungano la vita di una *distressed company* proprio allo scopo del consolidamento delle garanzie in frode ai concorrenti – sia in contrasto con l'utilità sociale.

E' questo il primo limite esterno alla sana e prudente gestione del sistema bancario.

Se l'ordinamento sezionale del credito è organizzato in funzione della stabilità e della liquidità del mercato finanziario, non possono essere ignorate le disposizioni di vigilanza dirette a disciplinare l'operato del banchiere e ad evitare il rischio d'insolvenza del debitore⁹⁶.

Del resto “la valutazione del rischio del credito si fonda sulla determinazione della capacità di rimborso del debitore nel corso del rapporto o al termine di esso”⁹⁷. In tale ottica “la presenza o meno di garanzie collaterali non sposta i termini dello scenario sopra descritto, ma semplicemente può modificare le conseguenze del manifestarsi del rischio”⁹⁸.

Come suggerito dalla giurisprudenza⁹⁹ un altro canone che viene violato dai comportamenti arbitrari delle banche è quello della solidarietà sociale imposto dall'art. 2 della Costituzione.

⁹⁶ Tale finalità è contenuta anche nell'art 47. Cost, per cui la Repubblica “ordina e controlla l'esercizio del credito”.

⁹⁷ Così E. BERTACCHINI, *Concessione del credito, comportamenti abusive e responsabilità della banca: osservazioni alla luce delle recenti disposizioni legislative in materia bancaria in Liuc Papers n.8, Serie Impresa e Istituzioni n. 3, 1994, p. 14.*

⁹⁸ Ivi, p. 15.

⁹⁹ Cass. 13 Gennaio 1993, n.343, in *Foro it.*, 1993, 2695, 89, 3.5, secondo la quale “la normativa di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni, prevista da molteplici norme del nostro ordinamento (artt. 1175, 1374, 1375 ed altre), e confortata dal precetto costituzionale (art. 2 Cost) che impone il rispetto dell'inderogabile dovere di solidarietà sociale, esige attuazione piena, nei limiti di compatibilità con altri valori di pari grado e dignità. Ciò comporta che diritti ed obblighi, seppure specificamente regolati dalle norme che li prevedono, non possono mai prescindere dall'osservanza del principio di buona fede,

Tanto più in un soggetto dallo status particolare quale è il banchiere, tale principio “determina il sorgere di un obbligo di protezione dell’integrità patrimoniale della sfera giuridica implicata nella situazione di contatto sociale, offrendo così finalmente una persuasiva concretizzazione all’apertura del sistema delle fonti delle obbligazioni evidenziata nella parte finale dell’art. 1173 c.c.”¹⁰⁰ Questo principio viene richiamato anche a fondamento della dottrina dell’abuso del diritto, centrale nella fattispecie di concessione abusiva di credito così come profilata dalla dottrina¹⁰¹.

Sempre da un punto di vista economico non bisogna dimenticare che un altro elemento che storicamente giustificava l’immunità delle banche era la necessità di garantire la loro liquidità in vista del loro ruolo centrale nei sistemi di pagamento. Venuto meno il loro monopolio con il D.Lgs. n° 11 del 27 Gennaio 2010 – in recepimento della direttiva europea 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, c.d. *Payment service directive* – anche questo argomento è destinato a cadere.

Fin dalla sua introduzione nel dibattito dottrinale¹⁰² l’obiezione più frequente alla configurazione di responsabilità derivanti dalla concessione del credito verteva sull’esigenza di non gravare l’operatività delle banche accollando loro eccessivi rischi. Si diceva perciò che alla lunga tali rischi avrebbero potuto dissuadere le banche dall’ esercitare il credito; le avrebbe inoltre indotte ad alzare indiscriminatamente i tassi di interesse¹⁰³.

Tutto ciò, si è affermato, anche in visione di una innegabile transizione del nostro ordinamento fallimentare dal *favor creditoris* al *favor debitoris*, che

operante all’interno delle posizioni soggettive, non potendo l’autore di un comportamento scorretto trarre da esso utilità con altrui danno”; vedi anche Trib. Foggia 7 Maggio 2002. in *dir. fallim.*, 2002, 510, 3.5 - 3.5.1

¹⁰⁰ Così C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *BBTC*, 1997, 657, p. 5.

¹⁰¹ Vedi F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, pp. 91 e ss.

¹⁰² Vedi gli interventi di M. VASSEUR in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, a cura di A. NIGRO e S. MACCARONE, 1982. L’ordinamento francese pare avere seguito questa linea, introducendo nel *code civil* l’art. 650-1 che limita la responsabilità della banca solo qualora ponga in essere un comportamento fraudolento, interferisca nella gestione dell’impresa o ottenga garanzie sproporzionate rispetto al credito.

¹⁰³ In termini giuseconomici questo è un classico caso di *adverse selection*.

richiederebbe un'agevolazione del sostegno finanziario alle imprese in difficoltà, ma sanabili¹⁰⁴.

Ad oggi tale argomento non è più sostenibile.

Proprio il “nuovo” ordinamento fallimentare, nel prevedere diverse procedure di soluzione negoziata della crisi che presuppongono un massiccio intervento delle banche, ha anche depotenziato notevolmente la revocatoria fallimentare. Nell'assetto odierno tale strumento non può più essere esercitato contro gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa¹⁰⁵.

Secondo pressoché unanime dottrina¹⁰⁶, queste operazioni così come sono esentate da revocatoria, lo sono anche dalle azioni di responsabilità, quando conformi alle prescrizioni degli art. 67 e 182-*bis* l. fall.¹⁰⁷

E il cerchio si chiude.

Così costruito, il *bonus argentarius* non è scoraggiato ad esercitare la sua attività essenziale al risanamento dell'impresa dissestata: anzi, il nuovo ordinamento fallimentare, esonerandolo da azioni revocatorie e di responsabilità, gli fornisce rilevanti incentivi ad intervenire laddove la continuità dell'impresa¹⁰⁸ meriti di essere sostenuta con l'apporto di nuova finanza, in ottica di risanamento.

In altre parole la banca è incoraggiata ad intervenire quando il finanziamento corrisponda ad un interesse *meritevole di tutela*¹⁰⁹.

¹⁰⁴ A. NIGRO, *La responsabilità della banca*, op. cit., p. 439.

¹⁰⁵ Art. 67 l. fall, let. d.

¹⁰⁶ Da ultimo, vedi M. VITIELLO., *Responsabilità delle banche per concessione abusiva di credito e risanamento*, su www.ilfallimentarista.it, 2012, 6.

¹⁰⁷ Ma anche prima dell'intervento del legislatore fallimentare, a determinate condizioni di ragionevolezza, la banca non poteva essere responsabile per finanziamenti diretti al risanamento di imprese in difficoltà. Vedi A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Il rischio delle banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà: la concessione abusiva di credito*, in *Dir. fall.*, 1995, 247, per cui basta che il piano sia “oggettivamente serio, vale a dire dotato di comprovate ed obiettive possibilità di realizzazione”; conforme F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie concessione abusiva di credito*, op.cit., p. 491.

¹⁰⁸ Con tutto ciò che la continuità aziendale comporta: continuazione dell'attività economica a beneficio dell'imprenditore così come dei suoi clienti e dei suoi fornitori, nonché salvaguardia dell'occupazione.

¹⁰⁹ Per un approccio economico al chiarimento della meritevolezza della prosecuzione dell'impresa, così D. GALLETI, *La ripartizione del rischio di insolvenza: il diritto*

Ma qualora la sua attività sia rivolta ad un'impresa che versa in grave dissesto, la professionalità della banca esige che ponga in essere precise cautele, quantomeno *screening* del debitore e di valutazione dell'opportunità di attuare il finanziamento.

Queste esigenze sono ben individuate, rispettivamente, nell' idoneità e "ragionevolezza" richieste dall'art. 67 l. fall, comma 2, lett. d) e nelle disposizioni di vigilanza sul merito creditizio, che possono determinare, come si vedrà più avanti, una responsabilità per attività pericolosa in caso di loro violazione.

Ma questo regime di privilegio, come evidenziato dall'oggetto di questo lavoro, si scontra talvolta con altre parti sociali, *in primis* con coloro che formalmente hanno la stessa posizione giuridica verso l'impresa finanziata dalla banca: i creditori concorrenti.

4. L'arte del *monitoring* e la centrale rischi: il banchiere come guardiano della solvibilità delle imprese.

Come accennato, il banchiere che voglia limitare il rischio di credito ha essenzialmente due strade:

a) assicurarsi l'affidabilità del cliente, sia *ex ante* attraverso un accurato *screening* che tenga conto delle disposizioni di vigilanza sul merito creditizio, sia *ex post* monitorando il debitore e, se necessario, provvedendo a segnalare alla Centrale dei Rischi il credito in sofferenza in modo che possano essere messi in atto i necessari meccanismi concorsuali, che sono poi rimedi deterrenti del rischio d'insolvenza.

fallimentare tra diritto ed economia, Bologna, 2006, nota 1 p. 300 secondo il quale "Non si deve pensare che l'insolvenza debba essere evitata a tutti i costi, come la peste: se l'agglomerato aziendale manifesta già le stigmate dell'inefficienza, e non vi sono possibilità ragionevoli di utilizzarlo per perseguire progetti a VAN positivo, ossia se il costo complessivo degli strumenti di prevenzione dell'insolvenza è superiore alla perdita prevedibile derivante dalla liquidazione dell'azienda [...] non vi è motivo di accanirsi al fine di evitare la manifestazione dell'insolvenza".

b) fare uso di strumenti aziendalistici di diversificazione del rischio¹¹⁰, quali la gestione “assicurativa” del portafogli di crediti di modo che quelli più rischiosi si compensino con quelli di più sicuro recupero oppure, come da prassi invalsa nella finanza contemporanea, trasferire il rischio a operatori terzi¹¹¹; infine, da prassi “tradizionale”¹¹², garantirsi il recupero del credito attraverso garanzie reali sui beni del debitore, tipico rimedio deterrente del *recovery risk*.

E’ evidente che se entrambe le strade salvaguardano gli interessi della banca – ed anzi, i rimedi “aziendalistici” sono di solito preferiti poiché meno costosi rispetto al monitoraggio continuo del debitore – non allo stesso modo soddisfano gli interessi di sistema.

Se, come noto, i mercati finanziari si basano sull’informazione¹¹³, è solo attraverso una selezione della clientela affidabile – ed espulsione di quella inaffidabile – da parte della banca che tutti gli operatori del mercato potranno beneficiare di un’informazione corretta¹¹⁴.

¹¹⁰ Intendendosi come tali gli strumenti che consentano alla banca di essere indifferente all’eventuale insolvenza del debitore, poiché già calcolati nel *business plan*.

¹¹¹ Si fa qui riferimento ad operazioni complesse come la cartolarizzazione o i cosiddetti titoli derivati, su cui vedi L. SPAVENTA, *Il rischio di credito: uscito dalla porta, rientrato per la finestra*, dell’agosto 2007, su www.lavoce.info, per il quale “si parla del trasferimento del rischio di credito e del nuovo business model delle maggiori banche, definito come *originare e distribuire* [...] questo modello, alla base del grande castello dei derivati di credito, consente alle banche di spogliarsi di parte del rischio” e “la diffusione del rischio di credito fra soggetti non bancari dovrebbe frazionare le conseguenze delle insolvenze, ridurne gli effetti sistemici e aumentare la liquidità degli strumenti di credito.[...] Ma allora, come mai in questo mondo nuovo qualche decina di miliardi di insolvenze riesce a provocare un contagio così diffuso? La risposta è: perché quel rischio di credito, trasferito dalle banche in varie guise [...] è a esse tornato in altri modi”.

¹¹² Tale prassi è incoraggiata, ricordiamo, dal disegno favorevole di operazioni bancarie che fanno massiccio ricorso alle garanzie, come il credito fondiario.

¹¹³ AA. VV. *Centrale dei Rischi, Esperienze e prospettive*, Banca d’Italia, Tematiche Istituzionali, 2002, p. 12, secondo cui “il ruolo centrale dell’informazione emerge in modo particolarmente evidente nei mercati finanziari, caratterizzati dalla eterogeneità dei beni in essi scambiati, da relazioni fiduciarie che si svolgono nel tempo e da promesse di adempimenti futuri che rendono essenziale la conoscenza delle caratteristiche soggettive della controparte”.

¹¹⁴ La fattispecie di concessione abusiva di credito nella sua più recente evoluzione dottrinale, è proprio costruita come *danno informativo*: infatti proprio in virtù del suo ruolo cardine nel mercato finanziario, una banca che concede un fido ad un’impresa insolvente genererà una *falsa apparenza* di solvenza, a danno sia dei creditori precedenti, che lesineranno nella tutela del proprio credito, persuasi della solvibilità del debitore, sia dei creditori successivi, indotti a contrattare con un’impresa che credono sana. Così F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie ‘concessione abusiva di credito’*, op.cit., 491.

Ciò è tanto più vero nell'ordinamento bancario, dove vige il principio di trasparenza.

Recente dottrina ha addirittura inquadrato il fenomeno come “inquinamento delle condizioni normali di trasparenza in cui si svolgono (o dovrebbero svolgersi) le relazioni di mercato”¹¹⁵.

Tutto ciò è evidente poiché – posto che il titolo VI del T.U.B. è dedicato alla trasparenza – se “si sostenesse che la banca, tenuta a specifici obblighi di trasparenza nella formazione e nella esecuzione del contratto, e dunque per questo verso tenuta a implementare le sussistenti condizioni di trasparenza, potesse per altro verso – e al di fuori di quella relazione – lecitamente assumere atteggiamenti e condotte irrispettose delle condizioni di trasparenza obiettivamente rinvenibili sul mercato nel quale essa opera, si consumerebbe una contraddizione, e la razionalità ordinamentale accuserebbe un duro colpo”¹¹⁶.

Questo quadro è direttamente consequenziale alla figura del banchiere quale elemento cardine del mercato finanziario: egli deve essere incentivato il suo ruolo di *monitor* a vantaggio di tutta la comunità economica. Ed è proprio quanto accade negli ordinamenti di modello tedesco, laddove le banche riescono ad abbattere i costi di monitoraggio acquistando partecipazioni rilevanti nel capitale delle imprese che finanziano.

Per la verità, proprio con la riforma dell'ordinamento bancario conseguente al D.lgs. 385 /1993, che ha implementato il modello di *banca mista* e la possibilità di acquistare partecipazioni nelle imprese industriali¹¹⁷, il nostro sistema si è avvicinato a quello tedesco: questo avvicinamento non può non giustificarsi in un incentivo in termini di monitoraggio del debitore¹¹⁸.

¹¹⁵ Così F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, op.cit., p. 179.

¹¹⁶ Così F. DI MARZIO, *ibidem*, p. 180.

¹¹⁷ Divenendo addirittura possibile, in seguito al D. L. 185/2008 acquisirne il controllo e viceversa.

¹¹⁸ Già a pochi anni dall'introduzione del T.U.B. O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Il Fall.*, 1997 a p. 889 osservava come “la sottoscrizione di quote di minoranza nel capitale delle imprese finanziate può consentire alla banca di conoscerne e monitorarne l'attività in modo più efficace di quanto sia possibile nell'ambito di un mero rapporto di concessione di credito”.

Ma anche senza ricorrere all'acquisto di partecipazioni, la condivisione delle informazioni sulla solvibilità delle imprese finanziate rende più economico il monitoraggio più o meno continuato, tanto più se centralizzato attraverso un sistema di banca-dati pubblica. Ci si riferisce chiaramente alla Centrale dei Rischi.

Essa consente di “evitare l’assunzione inconsapevole dei rischi, di allocare le risorse in modo ottimale”¹¹⁹, poiché “la disponibilità di informazioni tempestive è condizione essenziale e indispensabile per operare in un mercato in rapida evoluzione”¹²⁰ e soprattutto attenua il problema dell’*adverse selection* così come disincentiva i comportamenti scaturenti da *moral hazard*.

La Centrale dei rischi è richiamata anche dalla normativa di vigilanza quando stabilisce che gli intermediari “sono tenuti a segnalare tali informazioni entro i tre giorni lavorativi successivi a quello in cui i competenti organi aziendali abbiano accertato lo stato di sofferenza del cliente o approvato la ristrutturazione del credito”¹²¹.

E’ quindi intrinsecamente illecita la condotta del banchiere che non segnala il credito in sofferenza alla Centrale dei Rischi, magari per continuare a rendere occulta l’insolvenza del debitore allo scopo di procurarsi vantaggi in vista della procedura concorsuale, solo a lui nota nella sua imminenza. Così come è illecita la condotta della banca che eroghi credito ignorando i segnali di allarme.

Ma le disposizioni di vigilanza impongono anche che le banche apprestino adeguati sistemi di controllo interno “nell’ottica di coniugare la profittabilità dell’impresa con un’assunzione di rischi consapevole e compatibile con le condizioni economico-patrimoniali, nonché con una condotta dell’intermediario improntata a criteri di correttezza”¹²². Ma la banca può avvalersi anche di appositi *covenants* che impongano al debitore di

¹¹⁹ Così *Centrale dei Rischi, Esperienze e prospettive*, Banca d’Italia, *Tematiche Istituzionali*, 2002, p. 10.

¹²⁰ Così *Centrale dei Rischi, Esperienze e prospettive*, op.cit., p. 12.

¹²¹ Circolare della Banca d’Italia n. 139 del 29 Aprile 2011, secondo la quale, peraltro, “l’obiettivo perseguito è di contribuire a migliorare la qualità degli impieghi degli intermediari partecipanti e, in ultima analisi, ad accrescere la stabilità del sistema creditizio”. Vedi anche la Delibera Cicr 29 Marzo 1994.

¹²² Così E. GRANATA., *Il fenomeno della concessione di credito*, in *Società*, 2007, p. 449.

mantenere determinate condizioni patrimoniali e fornire periodicamente informazioni.

Anche laddove non specificamente disposto dalla normativa di vigilanza, le linee guida del Comitato di Basilea, quanto a gestione del rischio di credito raccomandano l'adozione di sistemi di rating interno (Internal Rating Based Approach, c.d. I.R.B., nonché l'attento monitoraggio del debitore¹²³.

Un efficiente *monitoring* del debitore deve essere incoraggiato dall'ordinamento, sia perché porta benefici a tutto il sistema in termini di efficienza¹²⁴ sia perché per la sua posizione il banchiere è il soggetto più idoneo¹²⁵ a gettar luce sui presupposti per l'esperimento degli strumenti legali di reazione all'insolvenza utilizzabili dal ceto creditorio nel suo complesso.

Così come il banchiere, quando eroga credito, viene "imitato" dagli operatori circostanti – che deducono dal suo comportamento l'affidabilità dell'impresa finanziata – altrettanto sarà imitato quando interrompe le linee di credito e prende le debite misure a tutela della propria situazione creditoria: in questo ci sarebbe effettiva corrispondenza tra la solvibilità dell'impresa e l'atteggiamento della banca, di modo che verrebbero originate esternalità positive a beneficio di tutti i creditori e più in generale del sistema economico.

Potranno così essere messi in atto da parte di tutti i creditori gli strumenti di tutela del credito di natura civilistica, quali l'espropriazione e l'azione surrogatoria o revocatoria ordinaria, nonché la decadenza dal termine di cui

¹²³ Per un approfondimento sulla rilevanza dell'Accordo di Basilea 2 sulla valutazione del merito creditizio, vedi F. DEZZANI, *Basilea 2 e il merito creditizio alle imprese*, in *Le Società*, 2007, 405.

¹²⁴ Secondo D. GALLETI, *La ripartizione del rischio di insolvenza: il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 260, in questo modo il costo del monitoraggio sarebbe addebitato al finanziato e la pressione concorrenziale consentirebbe di raggiungere un mercato efficiente: così i debitori di cattiva qualità sarebbero estromessi dal mercato del credito, mentre quelli più virtuosi potrebbero ottenere tassi d'interesse inferiori rispetto a quanto accade se la ponderazione del tasso è basata sulla *selezione avversa*.

¹²⁵ Ivi, p. 258 per il quale "anche quando il rischio relativo all'evento è tale da incidere in una gamma di sfere giuridiche più ampia, l'assegnazione del potere di intervento ai soggetti che appaiono meglio in grado di internalizzare la perdita può costituire la *best solution*, perché l'agire privato possa comportare benefici anche per le sfere giuridiche correlate, e non egualmente incentivate ad agire".

al 1186 c.c.¹²⁶ Chiaramente, la problematicità di una relazione del genere tra *monitor* “delegato” e creditori “distratti” consiste nell’assenza di un rapporto contrattuale: è una mera relazione di fatto.

Proprio in virtù dell’assenza di vincoli il rischio è che il banchiere faccia dell’informazione di cui è venuto in possesso un uso lesivo degli interessi degli altri creditori. Cosicché la banca potrebbe essere interessata a ritardare la manifestazione dell’insolvenza e a procurarsi, anche attraverso l’erogazione di ulteriore credito, vantaggi – garanzie o pagamenti spesso irrevocabili – in prospettiva della ripartizione dell’attivo concorsuale.

Ed è proprio quello che accade nella fattispecie di concessione abusiva di credito.

Iure condendo, il passo successivo sarebbe “valutare se sia più efficiente una soluzione normativa che imponga al creditore, il quale sappia dell’insolvenza del debitore, di condividere i benefici dell’informazione privata con altri; oppure un’altra che consenta al primo di internalizzare tutto – o quasi – il vantaggio relativo”, redistribuendolo poi agli altri *stakeholders* attraverso le azioni di responsabilità¹²⁷.

Ma in visione dell’obiettivo di questo lavoro, ci si limita qui solo a prospettare le dinamiche economiche che giustifichino l’attuabilità, *iure condito*, di soluzioni redistributive dei vantaggi che il *monitor* ha tratto a discapito dei creditori concorrenti.

¹²⁶ Ivi, p. 261, “il collegamento funzionale fra incentivazione del monitoring e strumenti di tutela dell’obbligazione è ben colta dal diritto applicato, il quale restringe ad es. la praticabilità del sequestro conservativo (art. 671 c.p.c.) a quei casi in cui la situazione del debitore non fosse già al momento della contrattazione tale da rendere impossibile la soddisfazione del credito”.

¹²⁷ Ivi, p. 276. La seconda ipotesi corrisponderebbe al criterio di efficienza di Kaldor-Hicks, per cui preso atto che ogni scelta di politica economica sposta *i benefits* su una categoria di soggetti piuttosto che un’altra – e quindi contrariamente all’efficienza paretiana, che reputa possibile l’allocazione di risorse verso un soggetto senza svantaggiarne altri - la soluzione più efficiente è quella che trasferisca le risorse in modo che il benessere complessivamente ottenuto da alcuni soggetti superi le perdite subite da altri: ovviamente i soggetti svantaggiati dovranno essere compensati da quelli avvantaggiati. Per una teoria sistematica sui mezzi di compensazione delle asimmetrie nell’allocazione delle risorse, vedi il fondamentale G. CALABRESI e D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harvard Law Review*, Vol.85, p.1089, 1972. In questa prospettiva, l’azione di responsabilità aquiliana per concessione abusiva di credito rientrerebbe tra le *liability rules*.

5. I privilegi del credito bancario e i contratti di garanzia finanziaria.

Il banchiere-monitor, come si è accennato, riesce ad avvantaggiarsi sui creditori concorrenti innanzitutto grazie al vantaggio informativo accreditatogli dalla sua attività, che gli permette di utilizzare gli strumenti legali a tutela del suo credito prima – e talvolta in danno – degli altri. Ma, soprattutto, perché in vista delle procedure concorsuali gode di rilevanti privilegi, sia sostanziali sia procedurali, garantiti dalla disciplina di particolari operazioni creditizie, che vedremo una per una.

La forte misura derogatoria alla *par condicio creditorum* di queste norme, in virtù dei rilevanti limiti che pongono all'esercizio della revocatoria fallimentare, è talvolta passata sotto il vaglio della Corte Costituzionale¹²⁸.

Il primo di questi strumenti derogatori alla *par condicio* è senz'altro quello relativo alla disciplina in materia di credito fondiario: vediamo perché.

Figura centrale del Titolo II, Capo VI del Testo Unico Bancario (relativo a “particolari operazioni di credito”¹²⁹), il credito fondiario “ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili” (art. 38 TUB).

Lo sganciamento di questa particolare operazione di credito dall'esclusività del suo esercizio solo da parte di determinati tipi di banche come accadeva nella vecchia legge bancaria ha consentito di svincolare sia la sua destinazione dal finanziamento di opere fondiarie o edilizie¹³⁰, sia la sua forma tecnica dalle forme tassative del mutuo o dell'anticipazione. In sostanza se, sotto il regio decreto-legge n. 375 del 1936, si ponevano rilevanti limiti, sia soggettivi che oggettivi, all'utilizzo di questa forma di finanziamento particolarmente onerosa per il debitore, si è assistito con il T.U.B. ad una poderosa liberalizzazione dell'istituto.

¹²⁸ Vedi in particolare la Corte Costituzionale 22 giugno 2004, n. 175, in *Il Fallimento*, 2004, 864 e ss. su cui più avanti.

¹²⁹ Su come l'ordinamento abbia cercato di preservare le peculiarità di determinate operazioni, trasferendo la nozione di specialità dal diritto dei soggetti alle attività, vedi A. ANTONUCCI, op.cit., p. 144. Infatti nel vecchio ordinamento quelle di credito fondiario erano delle tipiche operazioni a medio-lungo termine, riservate agli Istituti di Credito.

¹³⁰ In questo senso, adesiva la Cass. 11 Gennaio 2001, n. 317, in *Giur. It.*, 2002, 783, con nota di GUCCIONE.

La dottrina ha ravvisato la funzione economica del credito fondiario nella sua idoneità a consentire finanziamenti di natura ingente a quei soggetti che altrimenti non sarebbero in grado di ottenere credito in tale misura. Tale finalità verrebbe soddisfatta sia che questi soggetti destinino il finanziamento all'acquisto di un bene di alto valore (idealmente, lo stesso immobile che viene ipotecato) sia che, pur avendo risorse patrimoniali – che vengono infatti ipotecate – versino in situazione di illiquidità necessitando di nuova finanza¹³¹.

Ci sarebbe quindi un fondamento di solidarietà sociale ed economica. Dal punto di vista del finanziatore, attraverso l'iscrizione dell'ipoteca fondiaria la banca riesce a non soffrire delle condizioni patrimoniali del proprio debitore e, in generale, non gravando i propri bilanci di crediti inesigibili contribuisce alla stabilità del sistema bancario che, come noto, teme il “rischio sistemico”¹³². Il credito fondiario è, a differenza dell'erogazione del credito in genere che è esercitabile anche da altri “soggetti operanti nel settore finanziario” (di cui al Titolo V T.U.B.), un'attività riservata alle banche¹³³. Attualmente ha due soli requisiti: la durata, che dev'essere “a medio e lungo termine” nonché la previsione di una garanzia ipotecaria di primo grado su immobili.

Questa disciplina garantisce una serie di privilegi che possono essere classificati in quattro importanti deroghe alla par condicio creditorum: 1) il rapidissimo consolidamento dell'ipoteca di cui all'art. 39, quarto comma, T.U.B. – solo 10 giorni – che la rende, salvo poche ipotesi di difficile realizzazione, praticamente irrevocabile. 2) Allo stesso modo sono irrevocabili i pagamenti effettuati in esecuzione del contratto di finanziamento *ex art. 67, co. 3, lett. b l. fall.* 3) E' prevista la possibilità per

¹³¹ Così V. SANGIOVANNI, *Le particolarità fallimentari del credito fondiario*, in *Il Fall.*, 2011, p. 1147.

¹³² In questo senso A. PETRAGLIA, *La nuova disciplina del credito fondiario: profili giuridici, modalità operative e di recupero dei crediti e prospettive dopo il testo unico*, 1997, p.4 secondo il quale “Propugnare la difesa dei privilegi di credito fondiario, in definitiva, significa favorire un circolo virtuoso capace di, come detto, generare flussi di danaro e liquidità partendo dalle proprietà immobiliari e quindi favorire l'accesso al credito”.

¹³³ Vedi l'art. 38 del Testo Unico Bancario, che richiede che sia concesso da parte di banche.

le banche di iniziare un' autonoma esecuzione sui beni del debitore, *ex art.* 41 T.U.B. perfino dopo la dichiarazione di fallimento del debitore. 4) Le rendite degli immobili soggetti a ipoteca possono essere escusse dalla banca.

E' evidente come in questo modo la banca, e solo la banca, riesca a violare la *par condicio*, talvolta in esecuzione di interessi ingiustificabili alla luce delle finalità dell'istituto.

Proprio in virtù di questa palese disparità di trattamento, che presenta nel raffronto con l'art. 3 della Carta Fondamentale problemi di legittimità, è stata sollevata la questione di costituzionalità davanti al giudice delle leggi che ha definitivamente legittimato l'utilizzo di questo istituto anche al di fuori delle opere fondiari¹³⁴.

In questo senso – e qui vengono in luce le rilevanti somiglianze con il problema al centro di questo lavoro – si è parlato addirittura di “concessione abusiva dell'ipoteca”¹³⁵, consistente nella strutturazione di un'operazione di credito fondiario con il solo scopo di ottenere una garanzia ipotecaria immune alle azioni revocatorie, trasformando un credito in origine chirografario in credito privilegiato.

Queste operazioni fraudolente sono state ripetutamente sanzionate dalla giurisprudenza¹³⁶. Essa ha sancito come la concessione di un mutuo fondiario privo della causa di finanziamento – ma finalizzato solo a fornire una provvista al mutuatario per ripianare l'antecedente situazione debitoria – costituisca una fattispecie di “negozio-procedimento indirettamente solutorio” secondo il modello dell'art. 67, primo comma, n. 2 l.fall¹³⁷. In sostanza, in questo caso né il finanziamento né le garanzie accessorie

¹³⁴ Corte Costituzionale 22 giugno 2004, n. 175, su www.giurcost.org

¹³⁵ Così V. SANGIOVANNI, *Le particolarità fallimentari del credito fondiario* op. cit., p. 1150.

¹³⁶ Cass. 1 Ottobre 2007, n. 20622, in *Dir. Fall.*, 2009, 181 ss., con nota di M. CORDOPATRI. Ma vedi anche Trib. Genova, 16 Gennaio 2002, in *Giur. It.*, 2002, 20108 ss., con nota di F. MURINO, secondo il quale la costituzione *ex novo* di un contratto di mutuo fondiario allo scopo di estinguere un credito preesistente chirografario costituisca un procedimento negoziale indiretto in frode ai creditori che origina una novazione oggettiva classificabile come mezzo anomalo di pagamento *ex art.* 61, primo comma, n. 2 l. fall. La garanzia va revocata e la banca quindi retrocede allo status di creditore chirografario.

¹³⁷ Cass. 1 Ottobre 2007, n. 20622, cit., p. 181.

sarebbero degne di tutela, mancando il presupposto causale: pertanto è ammissibile l'esperimento dell'azione revocatoria.

In sostanza, abbiamo qui dinamiche analoghe a quelle che configurano la concessione abusiva di credito: un finanziamento mancante del presupposto causale e finalizzato a frodare i creditori; un prolungamento della procedura e quindi una procrastinazione dell'esternazione del fallimento; un istituto di credito che si assicura indebitamente lo status di creditore privilegiato, lasciando i creditori concorrenti "con il cerino in mano". Non a caso le due problematiche sono state spesso assimilate e talvolta confuse: ma determinano fattispecie di responsabilità ontologicamente diverse¹³⁸.

Nelle decisioni accennate è stato richiesto e concesso un rimedio demolitorio¹³⁹ al comportamento abusivo della banca che ha riportato i vantaggi indebitamente ottenuti nell'attivo fallimentare – in modo da poterli poi dividere tra i creditori in concorso – mentre l'azione aquiliana costituisce piuttosto un rimedio compensatorio.

Un ulteriore rilevante vantaggio relativo alle operazioni di credito fondiario è la irrevocabilità dei pagamenti ex art. 39, quarto comma, T.U.B.

Qui la giurisprudenza è intervenuta addirittura estendendo l'immunità dei pagamenti anche alla declaratoria di inefficacia prevista dall'art. 65 l.fall. per cui la disposizione non si applica "quando il diritto di conseguire l'estinzione anticipata del debito e la correlativa cancellazione dell'ipoteca sia accordato [...] da specifiche disposizioni di legge"¹⁴⁰.

Altro strumento fondamentale delle operazioni bancarie è l'apertura di credito in conto corrente.

Trattasi di un'operazione che, come accennato¹⁴¹, per la sua duttilità si presta facilmente ad abusi finalizzati ad aggirare la disciplina revocatoria e, più in generale, a ritardare l'esternazione dell'insolvenza dell'imprenditore e quindi l'avvio delle procedure concorsuali. Pur senza voler scendere nei

¹³⁸ Sul punto, diffusamente, vedi *infra*, Capitolo III, Paragrafo 1.

¹³⁹ Secondo la classificazione di Guido Calabresi saremmo probabilmente di fronte a un *property remedy*, laddove l'azione aquiliana per concessione abusiva di credito va annoverata tra i *tort remedies*.

¹⁴⁰ Così Cass. 18 Luglio 2008, n. 19978, in *Fall.*, 2008, 1385.

¹⁴¹ Vedi pag. 1-2.

dettagli dell'operazione – che richiedono approfondite indagini anche di tecnica bancaria – è necessario fare una premessa sulla strutturazione di questo contratto nella prassi bancaria e nei suoi riflessi sulla disciplina fallimentare.

Il contratto di apertura di credito consiste nell'erogazione di crediti che prescindono totalmente dallo scopo, disincentivando la banca dal monitorare il debitore.

In sostanza, la diffusione e l'apprezzamento nella prassi bancaria del prestito in conto corrente risiede proprio nella facilità con cui la banca può recedere dal contratto. Cosicché la banca può prescindere da minuziose analisi sulla solvibilità dell'affidato e confidare che, nell'ipotesi di crisi del cliente, il fido possa essere tempestivamente revocato richiedendo contestualmente la restituzione delle somme in un breve termine¹⁴².

E' chiaro come questa disciplina determini un'attenuazione dell'interesse della banca al monitoraggio e più in generale una sua deresponsabilizzazione rispetto alle sorti dell'impresa finanziata.¹⁴³ Ma l'aspetto che più rileva in concomitanza dell'insolvenza del debitore è la revocabilità delle rimesse sulla quale è intervenuta la riforma fallimentare del 2005 che ha modificato l'art. 67 l.fall.

Ma prima di analizzare le modifiche alla disciplina apportate dalla riforma, è necessario richiamare gli aspetti principali delle relazioni tra i due istituti nell'esame della giurisprudenza.

Innanzitutto, le rimesse in conto corrente annotate sul conto del debitore insolvente fino ad un anno prima dalla sua dichiarazione di fallimento sono state sanzionate dalla giurisprudenza solo in concomitanza della *scientia*

¹⁴² Si sottolinea in particolare la vessatorietà dell'art. 6 delle Norme Bancarie Uniformi, laddove prevede che il contratto di apertura di credito può derogare al termine minimo di 15 giorni previsto per la restituzione delle somme in caso di recesso della banca dal 1845 cc fino ad un solo giorno. Su questo punto, vedi M. CASTIGLIONI, *Il recesso della banca dal contratto di apertura di credito*, in *Magistra Banca e Finanza* - www.tidona.com - ISSN: 2039-7410, 2003. Più in generale, sulla relazione tra N.B.U. e disciplina codicistica vedi P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario. Dettate dal Prof. Paolo Ferro-Luzzi. Vol.I: Parte generale edizione ampliata e corretta*, 2004, pp. 162 e ss.

¹⁴³ Così O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Il Fall.*, 1997, n. 9, p. 875.

decoctionis in capo alla banca, in quanto si riteneva avessero natura di pagamento di un debito liquido ed esigibile¹⁴⁴.

Questa equiparazione indiscriminata tra la rimessa ed il debito liquido ed esigibile è stata criticata¹⁴⁵ ed è stata così proposta la distinzione tra conto passivo, cioè un conto corrente che prevede un affidamento e conto scoperto, che non prevede affidamento.

Si è così stabilito che fossero qualificabili come pagamenti solutori solo le operazioni destinate a coprire le passività eccedenti il fido e si sono qualificati come inerenti al normale svolgimento del rapporto, e quindi irrevocabili, i pagamenti ripristinatori all'interno del fido¹⁴⁶.

Ma al di là dei tecnicismi¹⁴⁷ l'area più incerta rimaneva, soprattutto in visione della frequenza delle doglianze dei curatori fallimentari relativamente alle rimesse in conto corrente, proprio quella inerente l'elemento soggettivo.

Infatti, come è comprensibile ammettendo i particolari caratteri dello status dell'*argentarius* – quantomeno rispetto alla sua posizione di monitor e alla sua professionalità – la capacità della banca di venire a conoscenza dell'insolvenza del cliente è naturalmente superiore rispetto a quella di qualsiasi altro creditore rispetto ai suoi debitori.

Così si è ricorso a presunzioni semplici che potessero alleggerire l'onere probatorio in capo al curatore, in una serie di elementi intrinsecamente legati all'insolvenza del debitore e facilmente consultabili dal *bonus argentarius*.

¹⁴⁴ Cass. 18 Marzo 1975, n. 1043 in *Giust. civ.*, 1975, 923 e Cass. 20 Ottobre 1975, n. 3415 in *Dir. Fall.*, 1976, 33; ma vedi anche LO CASCIO, *Rimesse in conto corrente bancario e revocatoria fallimentare: analisi dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Giur. Comm.*, 1981, 581 e F. BONELLI, *La revocatoria fallimentare delle rimesse. Nuovi spunti giurisprudenziali e dottrinali emersi nel periodo 1977-1981*, in *Giur. Comm.*, 1982, 13.

¹⁴⁵ A. BONSIGNORI, voce "Fallimento", in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione commerciale*, V, Torino, 1993 ; vedi anche B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2001, 327 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2001, 411 ss. e G. TARZIA, *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2002, 259 ss. vedi inoltre cfr. SALANITRO, *Motivi ispiratori e valutazioni interpretative della riforma concorsuale* in *BBTC*, 2006, 511 ss.

¹⁴⁶ vedi la fondamentale Cass. 18 Ottobre 1982, n. 5413, in *Giust. Civ.*, 1982, 2545, ripresa da tutta la giurisprudenza successiva.

¹⁴⁷ Tali tecnicismi si sono estesi fino a portare nella questione anche elementi di tecnica bancaria, distinguendo la situazione a seconda che la rimessa fosse calcolata sul saldo contabile, esigibile o disponibile.

Ci si riferisce ai bilanci societari, talvolta anche di gruppo, al conto corrente bancario costantemente scoperto così come alla Segnalazione in Centrale dei Rischi; e, ancora, alla sospensione/riduzione del fido o al recesso della banca con contestuale intimazione a saldare le somme dovute, alla diffusione stampa di una crisi aziendale, alla confessione giudiziale o stragiudiziale da parte dell'imprenditore insolvente. Ulteriore indice è l'elevato numero di protesti per cambiali o assegno non pagati o addirittura emessi allo scoperto in un ristretto arco temporale, così come la sottoposizione a procedure esecutive; altro segnale di allarme è costituito dalla presentazione di piani di rientro o di proposte di concordato stragiudiziale da parte del debitore¹⁴⁸.

E' evidente che con siffatta impostazione il giudizio di ammissibilità della revocatoria è estremamente suscettibile alla discrezionalità dell'organo giudicante, soprattutto nell'accertamento dell'elemento soggettivo qualificante. La ratio della riforma del 2005 allora andrebbe proprio a fondarsi "nella volontà del legislatore di soddisfare le esigenze di chiarezza sui limiti applicativi dell'istituto ed eliminare le incertezze interpretative emerse sul punto; di qui l'intervento teso ad esplicitare e tipizzare le fattispecie di esenzione dalla falcidia revocatorie ex art. 67, comma 2, l. fall"¹⁴⁹.

Il nuovo art. 67, terzo comma, lettera b) l. fall infatti dispone che le rimesse sono revocabili solo qualora "abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca": sarebbe così qualificato il contenuto della natura solutoria delle rimesse.

¹⁴⁸ Cass. 13 Ottobre 2005, n. 19894 in *Foro It.*, 2005, 3296; Trib. di Rovigo, 22 Dicembre 1998, in *Foro It.*, 1999, 2683 e Trib. di Milano, 13 Gennaio 2004, in *Il fall.*, 2004, 707. Vedi anche Cass. 21 Agosto 1996, n. 7722 in *Il fall.*, 1997, 171; Trib. Milano, 17 Marzo 1988, in *Il dir. Fall.*, 1988, 732; Trib. di Roma, 19 Gennaio 2000, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 105; App. di Catania, 20 Ottobre 2000, in *Il dir. fall.*, 2001, 1259; App. di Santa Maria Capua Vetere, 15 Aprile 2004, in *BBTC*, 2005, 647 e Trib. di Milano, 05 Febbraio 2005, in *Il fall.*, 2005, 1321. Cass. 30 Agosto 1993, n. 9197, in *Il fall.*, 1994, 149 ed in *Giust. Civ.*, 1994, 722; Cass. 6 Novembre 1993, n. 11013, in *Il fall.*, 1994, 361 e Trib. di Torino, 16 Novembre 1999, in *Giur It.*, 2000, 548. Cass. 7 Agosto n. 1997, n. 7298 in *Il fall.*, 1997, 1205 e Cass. 7 Febbraio 2000, n. 1317 in *Giust. Civ.*, 2001, 501.

¹⁴⁹ Così V. SANASID'ARPE, *Considerazioni sulla nuova revocatoria fallimentare delle rimesse su conto corrente*, consultabile su:
http://judicium.it/news/ins_10_09_08/Sanasi,%20procedure%20concorsuali.html

Bisogna allora chiedersi cosa ne è delle rimesse su conto passivo piuttosto che di quelle su conto scoperto.

Le prime valutazioni si sono orientate per un'implicita esclusione del distinguo, mettendo sullo stesso piano tutte le rimesse qualsiasi fosse la situazione debitoria purché avessero ovviamente natura solutoria¹⁵⁰.

Commentatori più recenti hanno però ribadito la reviviscenza della distinzione, la cui estinzione sarebbe incompatibile “con i propositi di salvaguardia delle situazioni meritevoli espressi nella relazione di accompagnamento alla riforma”; analogamente “sarebbe difficilmente comprensibile il mancato esonero dalla revocatoria di un atto causalmente preordinato al mero ripristino di disponibilità sul conto corrente”¹⁵¹. Del resto il concetto di massimo scoperto – che presuppone appunto la distinzione nelle due categorie della situazione debitoria – è richiamato anche da una norma riformata, l'art. 70 l.fall.

In definitiva – nonostante le non perfettamente intelleggibili nozioni di “durevolezza” e “consistenza” ereditino dalla vecchia disciplina l'alone di incertezza – il nuovo ordinamento fallimentare¹⁵² si orienterebbe verso la certezza delle posizioni giuridiche dei creditori in funzione degli strumenti concorsuali, invece che per uno smaccato favor verso una categoria di soggetti coinvolta nell'insolvenza dell'impresa¹⁵³.

¹⁵⁰ S. BONFATTI, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria fallimentare. Riflessi sull'attività bancaria*, cit., 17-18; G. CAVALLI, *Considerazioni sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario dopo la riforma dell'art. 67, legge fallimentare*, cit., par. 2; A. DOLMETTA, *Sulla revocatoria fallimentare riformata: problemi applicativi su termini ed esenzione*, su www.ilcaso.it; ma anche G. GUGLIELMUCCI, *La nuova normativa sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente*”, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 807; B. MEOLI, *Vecchie e nuove esenzioni dalla revocatoria fallimentare*, cit., par. 9; A. NIGRO, *Riforma della legge fallimentare e revocatoria delle rimesse in conto corrente*”, cit., 347 e F. SANTANGELI, *Osservazioni a prima lettura sui nuovi articoli 67 e 70 del R. D. 16 Marzo 1942, n. 267 e sull'art. 10 D.P.R. 20 Giugno 2005, n. 22*, su www.judicium.it

¹⁵¹ Così V. SANASI D'ARPE, op. cit.

¹⁵² Pur comportando delle iniquità: impossibili da evitare del tutto, dovendo il legislatore, nel formulare le sue soluzioni, sempre fare una scelta per il “male minore”, che pur sempre male è.

¹⁵³ Come propugna A. NIGRO in *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Società*, 2007, 437 o, pur ostile, ammette anche B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, documento n. 58/2007 su www.ilcaso.it, 2007.

Questa constatazione offre lo spunto per considerazioni generali sulla “nuova” disciplina concorsuale, anche al fine precipuo di collocare la posizione delle banche nell’insolvenza dei loro debitori e poter quindi meglio definire la loro responsabilità in occasione delle doglianze degli altri *stakeholder*. Ovviamente tutto ciò riflette l’orientamento del sistema rispetto alla complessa categoria delle procedure negoziate di risoluzione della crisi d’impresa.

Ma prima è necessario esaminare un’altra ipotesi di privilegio all’interno delle procedure concorsuali, che questa volta non è fornita dalla legge solo alle banche, ma in generale a diverse categorie di operatori o istituzioni finanziarie¹⁵⁴: i contratti di garanzia finanziaria.

Rievocando una sommaria ricostruzione di questo istituto di recente introduzione¹⁵⁵, ai sensi l’art. 1, lettera d) del decreto omonimo il contratto di garanzia finanziaria deve innanzitutto essere “volto a garantire l’adempimento di obbligazioni finanziarie”. La norma poi elenca come tipi di garanzie che possono costituire il contratto “il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine”. Ma questa non è un’elencazione tipica, né tassativa: infatti è in generale ammesso “qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Per quanto, per ovvie ragioni economiche, le banche ne sono le principali beneficiarie. Come del resto la legge non attribuisce in esclusiva il ruolo di *leader* nelle operazioni di *workout* alle banche, pur essendo questa la situazione più frequente.

¹⁵⁵ L’istituto è entrato nel nostro ordinamento in seguito al d.lgs. 170/ 2004, in "Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di contratti di garanzia finanziaria".

¹⁵⁶ E’ a tutti gli effetti una clausola aperta che si presta a rompere il principio del *numerus clausus* dei diritti reali; secondo E. GABRIELLI in *Le garanzie finanziarie e i contratti d’impresa*, consultabile su: http://judicium.it/news/ins_06_02_06/Gabrielli,%20dir.%20civ.html#_ftnref4 “La ragione di questa scelta sta probabilmente sia nella difficoltà di individuare l’esistente giuridico, sia nella volontà di aprire la disciplina a quelle nuove figure che la prassi elaborerà. È un procedere per operazioni economiche (operazioni di garanzia, di fornitura; ecc.) più che per tipi contrattuali (pegno, vendita, etc.), seguendo una tendenza – altrove già segnalata – a far prevalere la sostanza del fenomeno da sottoporre ad apposita disciplina piuttosto che la sua veste formale”. Sulle conseguenze nel nostro ordinamento, vedi F. MURINI, *L’ autotutela nell’escussione della garanzia finanziaria pignorizia* (*Giurisprudenza commerciale. Quaderni*), 2010; ma anche A. GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, 2007. Più in generale, sulla frequenza delle norme classificatorie di funzioni, piuttosto che di definizioni, nel “nuovo” diritto

Ma la parte più significativa della disciplina sta nell'art. 6 del decreto, laddove prevede che “ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile”. La norma al contempo legittima quella dottrina che già da tempo aveva ammesso le alienazioni a scopo di garanzia e dichiara inefficace il divieto di patto commissorio¹⁵⁷ a questa fattispecie.

Ma in salvezza della *ratio* del divieto¹⁵⁸ intervengono due norme.

La prima è l'art. 4 quando stabilisce che “al verificarsi di un evento determinante l'escussione della garanzia” il creditore (*collateral taker*) ha facoltà di vendere o appropriarsi delle attività finanziarie date in pegno – o se in pegno è stato dato del contante, di utilizzarlo – ma solo “fino a concorrenza del valore dell'obbligazione finanziaria garantita”.

La seconda è l'art. 8 che richiede che le condizioni di realizzo così come la valutazione delle attività rispondano al criterio di *ragionevolezza commerciale*. Il debitore escusso (*collateral provider*) può far valere giudizialmente la violazione del criterio, ai fini della rideterminazione del corrispettivo, entro tre mesi da quando gli è stata comunicata l'avvenuta operazione.

Veniamo quindi agli effetti di questo istituto sulla disciplina concorsuale, che sono rilevanti e di notevole riflesso sistematico.

Queste garanzie sono totalmente immuni alla revocatoria fallimentare addirittura fino a tutto il giorno della dichiarazione di fallimento (in contrasto alla c.d. *zero hour*), divenendo astrattamente revocabili dopo, ma solo qualora il *collateral taker* non sia stato in grado di dimostrare “di non essere stato, ne' di aver potuto essere, a conoscenza dell'apertura della procedura”.

dell'economia vedi E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 93 ss.

¹⁵⁷ Secondo E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie* op.cit., si deve propendere per l'inapplicabilità sia diretta che indiretta.

¹⁵⁸ La *ratio* consiste nell'evitare che il creditore pignoratizio, sapendo che il ricavato della vendita in eccesso sul credito garantito dovrà ritornare alla massa fallimentare a beneficio della *par condicio* si faccia venditore poco diligente vendendo il bene garantito ad un prezzo sensibilmente al di sotto del valore di mercato.

Queste garanzie così coriacee sarebbero state introdotte dalla necessità di creare nel nostro ordinamento “un sottosistema di garanzie commerciali o d’impresa” che rispondano ad una *ratio* diversa da quella sottostante alle “garanzie comuni [...] dirette a realizzare una situazione di stabilità del mercato a fronte del cd. rischio sistemico”¹⁵⁹.

Lo stesso diciassettesimo considerando della direttiva 2002/44/CE proclama di istituire “procedure di esecuzione rapide e non formalistiche per salvaguardare la stabilità finanziaria”, pur preoccupandosi “della protezione del datore di garanzia e dei terzi”. Perciò invita gli stati membri a creare una forma di “controllo [giudiziario] a posteriori” che indaghi se “la realizzazione o la valutazione sia stata effettuata in condizioni commerciali ragionevoli”.

Inoltre, l’art. 8, n. 3 consente agli “organi della procedura di liquidazione” di esercitare la stessa azione che al n.2 spettava al *collateral provider* in una forma più estesa, poiché l’operazione del *collateral taker* deve essere ragionevole non solo nel suo realizzo, ma anche nei suoi criteri di valutazione. L’azione è del tutto simile ad una revocatoria, con capacità di neutralizzare le alienazioni avvenute sino a tutto l’anno precedente dall’apertura della procedura.

Questa somiglianza offre degli spunti di riflessione sistematica, in relazione alla *vexata quaestio* sulla natura costitutiva o dichiarativa della dichiarazione di fallimento.

Abbiamo qui la stessa soglia temporale di “sospetto” che l’art. 67 l.fall prevede per gli “atti anormali”. Come noto, questa categoria di atti è caratterizzata dalla presunzione di *scientia decoctionis*, riversando l’onere probatorio di provare la non conoscenza dello stato d’insolvenza sul creditore.

Una situazione identica si ravvisa ai sensi dell’art. 9, lettera b) del dlgs 170/ 2004, solo che qui nonostante la dichiarazione di fallimento sia addirittura già avvenuta il creditore ha ancora modo di provare la sua *inscientia decoctionis*.

¹⁵⁹ Così E. GABRIELLI, *Le garanzie finanziarie* op.cit.

E proprio in questa prospettiva la dichiarazione è una semplice presunzione della *scientia*.

Se si vuole tributare a questo istituto un'importanza sistematica almeno proporzionale alla sua incidenza nella realtà economica – quantomeno in un contesto economico che richiede certezza dei diritti e quindi anche delle garanzie pur nei limiti della buona fede degli operatori economici – si deve ritenere in via analogica che la disposizione di cui all'art 9 lettera b) sia un'ulteriore indizio della natura dichiarativa della sentenza di fallimento.

Sempre in tema di pubblicità degli atti e di protezione dei terzi è opportuno ricordare una delle prime riflessioni che hanno accompagnato l'introduzione della disciplina di cui al d.lgs. 170/2004.

Tale riflessione ha focalizzato l'attenzione sulla necessità di un "rafforzamento del sistema di pubblicità dei vincoli reali" il quale "tutelerebbe da eventuali abusi e metterebbe tutte le categorie di creditori in condizione di avere informazioni adeguate sulle reali condizioni patrimoniali del debitore".

Del resto, proprio in una nuova disciplina come quella inerente alle garanzie finanziarie sarebbero auspicabili "presidi che consentano di monitorare l'effettiva capienza patrimoniale del debitore". Tutto ciò al fine, evidente, di non disincentivare i creditori esclusi dai vantaggi della disciplina ad accordare crediti e incentivandoli quindi a richiedere pagamenti in contanti, il tutto aggravando la carenza di liquidità dell'impresa debitrice¹⁶⁰.

Anche in questo campo quindi viene avvertito il problema del monitoraggio e dell'asimmetria informativa, anche qui alla base di abusi e addirittura, si assume, disincentivo al credito commerciale sulla cui relazione inversa con l'efficienza della giustizia civile la dottrina ha già avuto modo di soffermarsi¹⁶¹.

¹⁶⁰ Così G. TROVATORE, *I nuovi confini delle garanzie reali mobiliari*, in *I mobili confini dell'autonomia privata, Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara. Catania 12-14 settembre 2002*, a cura di M. PARADISO, Milano, 2005, p. 300.

¹⁶¹ A. CARMIGNANI, *Funzionamento della giustizia civile e struttura finanziaria delle imprese: il ruolo del credito commerciale*, Banca d'Italia - Servizio Studi e Università degli Studi di Tor Vergata, p. 1

Anche qui una carenza di giustizia in capo ai creditori concorrenti che verso le garanzie finanziarie prestate prima della dichiarazione di fallimento non hanno a disposizione nessun genere di revocatoria fallimentare, che seppure con il celere consolidamento di 10 giorni, è utilizzabile perfino per neutralizzare la temibile ipoteca fondiaria. Piuttosto hanno a disposizione la revocatoria ordinaria ex 2901 cc, eventualmente e solo qualora siano sufficientemente informati da utilizzarla efficacemente.

L'analogia con la concessione abusiva di credito o di garanzia fondiaria è palese.

L'unica differenza è che qui l'abusante non è necessariamente un *argentarius*, ma – ai sensi dell'art. 1, lettera d) dlgs 170/2004 – può essere anche un qualsiasi ente finanziario “sottoposto a vigilanza prudenziale” o autorità pubbliche, comprese le banche di diritto comunitario o internazionale. Comunque, a conferma che i “privilegi fallimentari” vadano sistematicamente a vantaggio del ceto bancario si può richiamare anche un recentissimo intervento della giurisprudenza fallimentare di merito che ha coinvolto un primario istituto di credito internazionale¹⁶².

Ulteriore segnale di come nel nostro ordinamento il banchiere sia creditore privilegiato quasi per lignaggio piuttosto che per contestualità giuridica.

Appartenente ad un ceto il cui esponente si presenta sempre alla massa fallimentare come *primus*, pur *inter pares condicionis*. E talvolta, *noblesse oblige*, è chiamato a risponderne.

¹⁶² Ci si riferisce alla recentissima Sentenza del Tribunale di Roma del 7 Marzo 2012 che ha visto l'Amministrazione Straordinaria di Alitalia s.p.a. convenire in giudizio la filiale inglese del gruppo *Credit Suisse* proprio per revocare un contratto di garanzia finanziaria. La questione non ha ancora avuto riflessi interessanti per il diritto fallimentare poiché il tribunale non si è ritenuto munito di giurisdizione sul contratto, stipulato secondo le leggi inglesi.

CAPITOLO SECONDO

L'ABUSIVITA' DEL FINANZIAMENTO

Una premessa metodologica.

Come noto, il fenomeno della concessione abusiva di credito si verofoca a verificare nell'ipotesi "in cui una banca eroghi credito in modo imprudente, nel senso, specificamente, che ha erogato (o mantenuto) il credito pur conoscendo o dovendo conoscere le condizioni di grave difficoltà economica del finanziato".¹⁶³ L'intervento della banca in tal caso, grazie alla sua influenza nei mercati finanziari, altera la percezione dei terzi rispetto alle condizioni patrimoniali dell'impresa finanziata; ed altera anche le condizioni della stessa impresa, prolungandone lo stato d'insolvenza di modo che la massa patrimoniale verrà ulteriormente erosa dal dissesto finanziario.

Si tratta di un intervento che, quanto ai terzi, va a violare il principio del *neminem laedere*: pertanto, per consolidato indirizzo dottrinario, la responsabilità che ne viene originata è stata qualificata come responsabilità aquiliana¹⁶⁴. E non potrebbe essere altrimenti, poiché "al momento dell'illecito lesivo non preesiste un rapporto giuridico [tra banca e] terzi danneggiati"¹⁶⁵.

Il filone della responsabilità aquiliana, del resto, è già di per sé complesso alla luce della costante evoluzione di tale figura civilistica, il cui sempre più

¹⁶³ A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, *Giur. comm.*, 2011, 305.

¹⁶⁴ Tale modello, originariamente concepito dalla dottrina francese, è stato poi adottato in Italia dalla fine degli anni '70. Per tutti si veda 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 e A. NIGRO, 1981, 66 nonché F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004; A. NIGRO, *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Società*, 2007, 437; B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, documento n. 58/2007 su www.ilcaso.it, 2007; solo recentemente – e preso atto dell'impotenza del curatore fallimentare di fronte a questo genere di responsabilità – si è fatta strada l'ipotesi del concorso della banca nella *mala gestio* dell'impresa, avvalorata anche da Cass., 1 giugno 2010, n. 13413, in *Giur. it.*, 2011, 109.

¹⁶⁵ Così S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, *Il Fall*, 2009, 3.

ampio influsso sulla vita civile ha espanso esponenzialmente l'area dei diritti risarcibili e delle situazioni tutelabili. Ma se nella concisione dell'art. 2043 c.c. si può apprezzare una tra le norme più duttili del nostro ordinamento, è inevitabile che, tanto più qualora la si applichi agli *iper-regolati* fenomeni finanziari, la norma vada arricchita con una chiara esposizione concettuale del modello aquiliano.

Nella celebre sentenza n. 500 del 1999¹⁶⁶, spesso richiamata dalla dottrina che si è occupata della concessione abusiva di credito in maniera più sistematica¹⁶⁷, le Sezioni Unite hanno ricostruito gli elementi della responsabilità *ex art. 2043 c.c.* in un modello di esemplare chiarezza.

Come noto, nella suindicata decisione la Suprema Corte si è occupata della differente tematica della risarcibilità degli interessi legittimi: ma per limpidezza dell'esposizione e ponderazione delle soluzioni, tale pronuncia può essere presa a modello anche per l'applicazione del modello aquiliano ad altre tematiche, altrettanto delicate, che possono configurare al lesione di diritti soggettivi. Nel caso della concessione abusiva l'azione aquiliana è invocata proprio a tutela di un diritto soggettivo: il percorso atto ad individuarlo, comunque, è irto di difficoltà.

Secondo la Suprema Corte, innanzitutto bisogna accertare se vi sia o meno un evento dannoso. E l'evento è costituito proprio dall'incauta contrattazione con l'impresa insolvente o dall'incauta acquiescenza di coloro che sono già creditori, illusi sulla solvibilità del proprio debitore fino all'esternazione del dissesto. Tale evento è appunto determinato dalla condotta della banca, che finanziando l'impresa dissestata¹⁶⁸ modifica le condotte degli altri *stakeholders*.

Del resto, che l'instaurazione o la prosecuzione di un rapporto creditizio procuri all'impresa finanziata la fiducia generalizzata degli operatori

¹⁶⁶ Cass, Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, cit., analizzata da G. CORSO e G. FARES in *La responsabilità della pubblica amministrazione. Casi di giurisprudenza*, 2009, 168.

¹⁶⁷ Si veda esplicitamente F. DI MARZIO, *L'abuso*, op. cit., 204.

¹⁶⁸ Lo *status* giuridico-finanziario dell'impresa finanziata rilevante ai fini della determinazione della concessione abusiva in realtà ha diverse sfaccettature, che verranno meglio chiarite nei Paragrafi successivi, attraverso un'indagine tra i concetti di crisi e di insolvenza.

economici (*observers*) che la circondano è fatto noto alla scienza economica¹⁶⁹.

Bisognerà poi accertare la sussistenza della lesione di un diritto tutelato dall'ordinamento, tale da determinare un danno (*contra ius*). Nel nostro caso si potrà certamente configurare un diritto all'autodeterminazione contrattuale dei terzi coinvolti nel dissesto¹⁷⁰.

Ulteriore presupposto dell'azione aquiliana è che il danno lamentato sia ingiusto, ovvero compiuto in violazione di norme vigenti, tali da rendere non tutelabile la posizione del soggetto che l'ha causato (*non iure*). Ed in questo il modello di responsabilità del *bonus argentarius* è utile per valutare la meritevolezza di tutela della posizione del banchiere¹⁷¹.

¹⁶⁹ Nello specifico, i creditori che non sono operatori finanziari nella letteratura classica della *law & economics* sono chiamati *non-sophisticated creditors*, includendosi nella categoria essenzialmente fornitori, clienti e dipendenti.

Essi hanno di solito un rapporto tra (piccola) esposizione e (alti) costi del *monitoraggio* tale da essere naturalmente soggetti al *moral hazard* dell'impresa debitrice; infatti il tasso d'interesse stipulato sul credito commerciale concesso è *standard* e non si adatta alle vicende finanziarie del debitore, proprio perché questi *fixed claimants* non dispongono dei necessari mezzi per valutarlo. Il tasso d'interesse richiesto potrebbe però essere adeguato all'inizio del rapporto, grazie all'utilizzo di banche dati creditizie o comunque forme di screening – anche superficiale – dell'impresa debitrice che consentano di stipulare un tasso adeguato: in questo caso abbiamo a che fare con *sophisticated creditors*, specialmente se parliamo di operatori finanziari; in ogni caso, difficilmente investiranno il necessario per adeguarsi in ogni momento alla situazione debitoria dell'impresa cui hanno concesso credito: perciò si parla quasi sempre di *non-adjusting creditors*. E anche quelle informazioni che sono di pubblico dominio (informazioni, ad esempio, reperibili attraverso il registro delle imprese o attraverso i rating delle agenzie private) talvolta sono troppo tecniche per poter essere adeguatamente valutate da operatori non finanziari. L'incapacità di monitorare personalmente il proprio debitore spinge questi operatori ad affidarsi a manifestazioni esterne che ne dovrebbero essere indici di solvibilità: è così che, dandosi per presupposta la loro diligenza, i comportamenti delle banche nei confronti dell'impresa debitrice sono capaci di influenzare il mercato: ed indubbiamente tale fenomeno si verifica anche a causa del noto rigore delle norme di vigilanza bancaria cui le banche sono sottoposte. Quindi il fatto stesso che vengano estese delle linee di credito crea negli operatori esterni la convinzione che l'impresa finanziata sia solvibile: il che nella maggior parte dei casi è vero, altre volte non lo è perché il credito viene erogato nonostante l'impresa non soddisfi i requisiti del merito creditizio e sia già insolvente. Per un approfondimento sulle relazioni tra flusso d'informazioni, intermediari finanziari e creditori "distratti", vedi D. W. DIAMOND, *Financial Intermediation and Delegated Monitoring*, *Review of Economic Studies* (1984) LI, 393.

¹⁷⁰ E tale affermazione, se è pacifica quanto ai creditori divenuti tali successivamente all'atto di erogazione abusiva, vale anche per coloro che erano già creditori, dissuasi dall'attivarsi nelle potestà riconosciute dall'ordinamento per l'autotutela del proprio interesse in caso di pericolo d'insolvenza (1186 c.c.; 1274 cc; 1461 cc; 1481 c.c.). Così F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, in *BBTC*, 2009, 392.

¹⁷¹ In merito, vedi *infra*, par. 7.

Quanto al danno: nell'ipotesi di credito anteriore, esso sarà dato dalla differenza tra quanto il creditore avrebbe realizzato in seguito ad una tempestiva apertura della procedura concorsuale e quanto ha effettivamente riscosso nel corso della stessa; nel caso di credito successivo sarà necessario fare riferimento alla differenza tra l'ammontare del credito e quanto realizzato in sede di ripartizione dell'attivo¹⁷².

Le dinamiche che portano alla configurazione di tale fattispecie di responsabilità, comunque, fanno sì che questa doglianza possa essere espressa dai soggetti danneggiati solo quando la procedura fallimentare ha ormai preso il suo corso¹⁷³, non disponendo i creditori "comuni" dei mezzi e della capacità tecnica idonei ad individuare preventivamente l'insolvenza. E qui risiede il paradosso: a questo punto il *dominus* del recupero collettivo, il curatore fallimentare, non può ritenersi legittimato ad esercitare questa particolare azione extracontrattuale nell'interesse dei creditori concorrenti, rispetto ai quali non è titolare di alcun potere di rappresentanza¹⁷⁴; tantomeno può esercitarla nell'interesse dell'impresa finanziata, rispetto alla quale è difficile ipotizzare un danno derivante dalla concessione abusiva prescindendo da eventuali ingerenze della banca nella gestione¹⁷⁵. Ed è difficile credere che tutti i componenti del ceto creditorio dispongano delle risorse e dell'informazione necessaria per utilizzare individualmente il rimedio.

Tuttavia, a partire dagli anni '80, un po' per la sentita vicinanza culturale al sistema giuridico francese¹⁷⁶, cui faceva da contraltare la diffidenza ancora

¹⁷² Così P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, 25 su www.associazionepreite.it, anche sui rilievi di R. TETI, *Dell'apertura di credito*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2005, 93.

¹⁷³ Chiaramente l'avvenuto esperimento del rimedio concorsuale in un momento antecedente alla rilevazione della concessione abusiva è una mera constatazione di fatto: non è certo un presupposto legale dell'azione aquiliana. Questo punto verrà analizzato più avanti: vedi *infra*, Capitolo II, par. 10.

¹⁷⁴ Questo indirizzo può ritenersi ormai consolidato con Cass., Sez. Un., 28 Marzo 2006, n. 7030 in *Corr. giur.*, 2006, 643. Tale assunto verrà esplicitato più avanti: vedi *infra*, Cap. III, par. 4.1.

¹⁷⁵ Sull'argomento, vedi *infra*, Cap. III, par. 6 - 9.

¹⁷⁶ Pur nella convinzione che a causa dei rilevanti limiti di diritto procedurale – negata legittimazione del curatore fallimentare all'azione di responsabilità per il danno lamentato dai creditori, ribadita in tutte le sentenze di legittimità in materia – nonché sostanziale – evanescenza dei principi su cui fondare l'ingiustizia del danno o la quantificazione dello

stesso – l'azione *ex* 2043 sia, nell'ordinamento vigente, lo strumento meno efficace per accollare responsabilità al finanziatore nelle crisi d'impresa, verrà qui trattato innanzitutto questo tipo di responsabilità. Principalmente per ragioni storiche: come ampiamente esposto, concessione abusiva di credito – fattispecie teorizzata, per primo, da A. NIGRO nel fondamentale saggio del 1978 *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, che ne ha battezzato anche la terminologia che ricalca il titolo del 218 l. fall: ovvero il “ricorso abusivo al credito”, pur avendo da subito l'Autore chiarito come la concessione abusiva non abbia nessuna relazione con questo istituto che è diretto a tutelare gli interessi del solo sistema bancario – ma ricalca soprattutto, e letteralmente, la *soutien abusif de credit*. Così, anche in virtù della “parentela” del nostro sistema civilistico con quello francese, anche nel nostro ordinamento l'erogazione abusiva di credito è stata modellata – e pur essendo il 1382 del *code civil* uno strumento estremamente più duttile del nostro 2043, non richiedendo il requisito dell'ingiustizia del danno – pedissequamente sulla *soutien abusif*.

Sempre in merito al rapporto tra la fattispecie francese e quella italiana, è interessante porre una riflessione sul piano lessicale. La formulazione originaria in Francia riguarda *le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*: l'accento, quindi, verte più che sull'illiceità della condotta alla stregua delle norme di erogazione – quindi sull'erogatore, *donneur de credit* – sulla sostanziale dannosità del sostenere (*soutien*) un'impresa in perdita che dovrebbe essere estromessa dal mercato. In una sentenza fondamentale (Ch. Comm. Cass., 7 Gennaio 1976 in *D*, 1976, 277; *Rev. soc.*, 1976, 126 e in *JC*, 18327) la Cassazione commerciale francese ha deciso che i creditori sono responsabili qualora con comportamenti colposi abbiano contribuito alla diminuzione dell'attivo o all'aggravamento del passivo. Sembrerebbe quindi che la dannosità dell'operazione risieda, più che nell'abusività in sé del credito concesso ai danni dei creditori concorrenti, nell'aggravamento dell'insolvenza. E non si può allora evitare di richiamare la responsabilità per *deepening insolvency* sviluppata nell'ordinamento statunitense: lo stesso M. VASSEUR – vedi il suo intervento in *Funzione bancaria*, op. cit., 68 – parla di responsabilità del banchiere *pour la prolongation artificielle de la vie de l'entreprise*. È stato comunque più volte ribadito come, almeno nell'ordinamento italiano, il solo prolungamento dell'insolvenza – ad esclusione ovviamente della finalità fraudatoria dello stesso, in primis ai fini del consolidamento delle garanzie – non costituisca illecito.

Ma l'elaborazione francese sulla responsabilità extracontrattuale del banchiere non ha prodotto solo il modello della *soutien abusif*. Infatti già la dottrina classica – vedi ancora M. VASSEUR in *Funzione bancaria*, op.cit., 68 – aveva rilevato *la responsabilité du banquier au cas où il viendrait à être considéré comme dirigeant de l'entreprise*: anche qui è interessante il parallelo con la giurisprudenza inglese che già ha riconosciuto la possibilità che il banchiere sia uno *shadow director* o un *de facto director*, ma anche con quella tedesca che ha rilevato l'immorale controllo occulto della gestione dell'attività d'impresa (*sittenwidrige stillen Inhaberschaft*). Questa ipotesi è stata sancita dal recente art. 650-1 *code de commerce* sancendo che l'ipotesi *d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur* può dare luogo a responsabilità. All'epoca delle prime indagini, in Italia, sulla rilevanza giuridica dell'erogazione abusiva – approssimativamente, fine anni '70 – la dottrina dominante – proprio quella dottrina che tra l'altro aveva teorizzato l'imprenditore occulto e il socio occulto – aveva sancito che non era possibile importare questo modello nel nostro ordinamento, poiché si sarebbe trattato di un'ipotesi “che da noi non può sicuramente essere applicata, perché si basa su una speciale disposizione dell'ordinamento francese” e che “certamente non può trovare applicazione tra noi dove i principi sono essenzialmente diversi” (vedi *Funzione bancaria*, op.cit., intervento di G. FERRI, 249). Questa preclusione non sussiste più nel nostro ordinamento, il cui diritto societario ha integrato prima nell'interpretazione giurisprudenziale e dottrinarie – amministratore *de facto* – e poi attraverso diversi strumenti inseriti nel codice civile con la Riforma di settore del 2003, quali il 2497 e il 2497-*quinquies*, diversi mezzi per coinvolgere nella *mala gestio* soggetti che intessono vari tipi di relazioni con l'impresa tali da essere trattati come se ne fossero amministratori. La stessa Corte di Cassazione nelle ultime pronunce – vedi in particolare la già citata Cass. n. 13413 del 2010 – mentre respingeva la responsabilità aquiliana (per

diffusa verso l'esperienza anglosassone¹⁷⁷, ma soprattutto per la scarsità di alternative alla luce dell'ordinamento cogente che ancora non conosceva il “nuovo” e duttile diritto societario – che oggi include strumenti più specifici¹⁷⁸ – la qualificazione della concessione abusiva di credito unicamente come responsabilità aquiliana è stata accolta con sostanziale acquiescenza.

Piuttosto, l'atto di concessione abusiva non determina solo responsabilità extracontrattuale verso i terzi: il medesimo intervento della banca lede

carezza di legittimazione del curatore) ammetteva, astrattamente, che la banca potesse essere coinvolta nella responsabilità d'impresa quale amministratore di fatto.

Alla luce delle evoluzioni normative e giurisprudenziali, oggi, nel trattare la responsabilità extracontrattuale della banca si deve dare la priorità più alle forme di ingerenza nella gestione dell'impresa finanziata che alla lesione di diritti (di credito o di garanzia, a seconda delle formulazioni) dei creditori concorrenti. Per il livello scientifico raggiunto nell'elaborazione giurisprudenziale – in particolare nell'esemplare Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500 su cui vedi R. IANNOTTA, *Osservazione a S.U. 500/99*, in *For. amm.*, 1999, 2004 – e dottrina nonché per coerenza storica, il modello *ex* 2043 deve comunque ugualmente essere esaminato, anche per i suoi riflessi nel diritto civile generale e in particolare per indagare gli aspetti controversi quali la soggezione patrimoniale dei beni del debitore ai creditori (*ex* art. 2740) e la collocazione del diritto di garanzia nel sistema dei diritti soggettivi.

¹⁷⁷ Le Corti americane ed inglesi hanno raggiunto in materia interessanti risultati già dalla fine dell'800, peraltro nutrendo il dibattito giurisprudenziale di temi analoghi a quelli contemporanei: ad esempio il problema del consenso dell'imprenditore finanziato era stato qualificato nella *in pari delicto doctrine*, che appunto nega ristoro al danneggiato che abbia contribuito all'avverarsi dell'evento. Sul tema torneremo ancora.

¹⁷⁸ Ci riferiamo a tutte quelle fattispecie di responsabilità relative al rapporto con l'impresa finanziata, nelle quali includiamo la responsabilità per l'aggravamento della situazione finanziaria dell'impresa (nel mondo anglosassone conosciuta come *deepening insolvency*). Il danno all'impresa finanziata è stato – soprattutto nelle argomentazioni delle parti attrici nei processi per concessione abusiva – sempre configurato come responsabilità aquiliana, ma in realtà non deriva dal principio (civilistico) del *neminem laedere*: la responsabilità verso l'impresa deriva, nel nostro come in altri ordinamenti, da quelle fattispecie relative agli abusi nell'ambito del rapporto *principale – agente* e quindi responsabilità degli amministratori (e della banca per il concorso o per la sua qualifica di amministratore *de facto*) e della società che esercita attività di direzione e coordinamento *ex* art. 2497 c.c., ipotesi introdotta con il D.lgs 17 Gennaio 2003. E' chiaro che, almeno nel merito, proprio il dimostrare questo rapporto tra la banca e l'impresa finanziata costituisce l'ostacolo maggiore: ma è necessario per poter abbattere l'obiezione che l'impresa sarebbe sempre e comunque cosciente e responsabile dell'abusività del credito erogato e quindi della sua dannosità. Lo spunto emerge chiaramente nella giurisprudenza americana, che nell'occuparsi della responsabilità per *deepening insolvency* (il cui primo caso si registra nel 1896) ha sorprendentemente incontrato, pur nella diversità del sistema, le stesse obiezioni: in particolare il problema della corresponsabilità del danneggiato nell'illecito del danneggiante è racchiusa nella formula, molto popolare nel linguaggio giuridico nordamericano, *in pari delicto*. Solo facendo emergere la distorsione nel controllo dell'impresa finanziata, dovuta proprio alla relazione di agenzia (in senso economico, non giuridico ovviamente) tra la banca e l'impresa finanziata è possibile superare quest'obiezione.

diverse posizioni soggettive qualificate in forza di diversi criteri di responsabilità¹⁷⁹.

Così, avvalendosi di diversi mezzi di azione, si potrà configurare una responsabilità per concessione di credito abusiva perché in violazione delle norme sul merito creditizio ed avverso la quale sarà esperibile l'azione aquiliana; una responsabilità per abuso nella concessione del credito in quanto atto emulativo (finalizzato a frodare la *par condicio*), che determinerà l'annullamento del rapporto negoziale e delle relative garanzie; un concorso nell'illecito degli amministratori e del soggetto che esercita l'abuso di direzione e coordinamento anche solo in qualità di banca "fiancheggiatrice" dei responsabili; una responsabilità per concorrenza sleale per aver mantenuto in attività un'impresa che sarebbe dovuta uscire dal mercato¹⁸⁰.

Tutte queste responsabilità, pur di differente configurazione, hanno all'origine la medesima condotta originatrice.

Pertanto verrà analizzata in questo capitolo la condotta del banchiere che determina l'abusività del credito erogato: occorrerà pertanto scandagliare tutte le fasi dell'intervento della banca, dallo *screening* dell'impresa alla decisione sul credito, allo scopo di individuare un modello di condotta astrattamente idoneo ad esonerare il banchiere da strascichi di responsabilità.

¹⁷⁹ E' qui implicito il disaccordo con la prospettazione della concessione abusiva quale unico illecito plurioffensivo, prospettazione argomentata, per tutti, da B. INZITARI, anche nel recente *L'abusiva concessione di credito*, 2007, op.cit., 463. Si aderisce qui piuttosto alla linea indicata da F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, in *BBTC*, 2009, 382, per il quale "appare evidente che la concessione abusiva di credito non integra un fatto illecito plurioffensivo (degli interessi dei terzi e degli interessi del finanziato). Infatti, poiché il finanziamento, ancorché abusivo, non può costituire danno per il finanziato, evidentemente il pregiudizio può coinvolgere esclusivamente i terzi". Ma non escludiamo che possano essere coinvolti anche altri soggetti, quale l'imprenditore finanziato o imprenditori concorrenti: ma si dovrà dire che siamo di fronte ad altri illeciti, come l'illecito concorrenziale *ex art. 2598* o l'abuso di direzione e coordinamento. Oltre che in via autonoma per le citate fattispecie, la banca sarà corresponsabile – sempre in qualità di finanziatore – per l'abuso di direzione e coordinamento perpetrato da altri soggetti (perché ne ha tratto vantaggio) o per la *mala gestio* degli amministratori (avendo reso possibile l'illecito gestorio grazie all'estensione delle linee di credito e dunque dell'operatività dell'impresa).

¹⁸⁰ Così i vari *stakeholders* danneggiati agiranno *ex art. 2043 c.c.*, *ex art. 2394 c.c.*, *ex art. 2497 c.c.* o *ex art. 2598 c.c.*: per un'analisi nel merito delle tutele esperibili vedi, rispettivamente, *infra*, Capitolo III, par. 4, par. 9 e par. 5.

Del resto, quella particolare patologia nella relazione finanziatore-finanziato che può arrecare danni a terzi – qualificati o meno – quando non al debitore stesso, necessita di un’operazione ermeneutica che si pone su due livelli.

Innanzitutto, bisogna accertare la sussistenza dell’erogazione abusiva in sé, occorre cioè che l’atto di erogazione del credito violi la disciplina bancaria mentre l’impresa versa in stato di dissesto: cosicché il rapporto posto in essere possa definirsi intrinsecamente illecito. *In secundis*, occorre individuare le singole posizioni soggettive violate anche in forza di diversi criteri di responsabilità.

All’avverarsi di queste due condizioni, il banchiere non potrà più essere protetto invocando la clausola di *sana e prudente gestione* proprio perché avrà violato le disposizioni in materia creditizia.

SEZIONE I

IL CREDITO EROGATO IMPRUDENTEMENTE

6. Le cautele del *bonus argentarius*.

Come si è accennato nel capitolo precedente, l’ordinamento creditizio, nel conferire il monopolio dell’attività bancaria solo ai soggetti autorizzati dalla Banca d’Italia, impone che essi agiscano sotto le direttive di una “sana e prudente gestione”.

Peraltro richiede anche che le banche osservino le forme di pubblicità e di correttezza verso la clientela imposte dal titolo VI (denominato appunto: trasparenza delle condizioni contrattuali) del Testo Unico Bancario.

Stabilire se, indipendentemente da quali soggetti ne siano stati lesi, la condotta del banchiere non sia conforme alle disposizioni normative primarie o secondarie o anche semplicemente agli standard che il sistema bancario

stesso si autoimpone¹⁸¹ è fondamentale per determinare l'illiceità della condotta e quindi l'ingiustizia del danno.

Bisogna prima di tutto ricordare come il sistema bancario sia stato negli ultimi anni artefice di un'evoluzione che ha portato dalla pura e semplice valutazione del rischio di credito al c.d. *credit risk management*. Così oggi il banchiere riesce a tutelarsi oltre che con i tradizionali strumenti creditizi (in particolare le ipoteche fondiari) o aziendalistici (essenzialmente, lo *screening* qualitativo del debitore che chiede il finanziamento)¹⁸², anche attraverso la ponderazione dei rischi di credito in un modello assicurativo.

Va inteso come tale un "sistema integrato di modelli e di strumenti di misurazione che consente, unitamente all'esistenza di idonee strutture organizzative, una gestione finalizzata e ottimale del rischio di credito"¹⁸³. Questo sistema inoltre opera una mediazione tra i vari rischi di insolvenza o di "migrazione" (ovvero deterioramento del merito creditizio) del finanziato, di recupero del prestito in sofferenza, di concentrazione del portafogli di crediti.

La prassi operativa delle banche ha visto quindi un passaggio dai classici metodi aziendalistici di analisi dei singoli richiedenti del credito – integrati dall'utilizzo di forme di garanzia reale o personale – ai metodi attuariali di valutazione complessiva del portafogli.

In questo modo si è registrato un incremento esponenziale dell'esposizione delle banche che ha portato, come noto, all'attuale congiuntura economico-finanziaria e alla carenza di liquidità delle stesse a causa degli errori di valutazione del portafogli¹⁸⁴.

¹⁸¹ Ci riferiamo chiaramente agli enti associativi nazionali come l'ABI o agli standard mondiali come quelli imposti dal Concilio di Basilea.

¹⁸² In merito vedi *supra*, Capitolo 1, p. 26.

¹⁸³ Cfr. P. POGGIAGHI, A. GAETANO, W. VANDALI, *Rischio di credito e rischi operativi in banca - Un'applicazione nel Credito Cooperativo*, 2001, 44.

¹⁸⁴ Si pensi alla ormai ben nota vicenda dei mutui *subprime* negli Stati Uniti: sul presupposto – poi rivelatosi errato – che l'immobile gravato da ipoteca sarebbe sempre aumentato di valore rispetto al finanziamento erogato, nel decennio scorso è invalsa la prassi di concedere mutui anche a debitori di bassa qualità; su questi contratti di mutuo è stato poi costruito un castello finanziario che prevedeva la cartolarizzazione di questi titoli insieme ad altri di maggiore affidabilità che sono stati poi distribuiti e negoziati nei mercati finanziari nella forma di complessi titoli derivati. Cosicché le banche sono state indotte ad erogare

Peraltro, il sistema attuale accantona i metodi di monitoraggio del debitore – considerati troppo costosi – ed è interessato solo al monitoraggio del portafogli creditizio nel suo complesso – il c.d. rischio di concentrazione – ed al rischio di correlazione relativo alle connessioni economiche tra la clientela.

Se omettiamo le conseguenze – economicamente rilevanti nel caso degli enormi portafogli dei maggiori istituti di credito – degli errori di valutazione, questo sistema è effettivamente efficiente nella prospettiva della banca perché abbatta i costi di monitoraggio e di analisi qualitativa. Ma allo stesso modo è assolutamente indifferente alle sorti degli operatori con i quali la banca direttamente – in quanto imprenditori finanziati – o indirettamente – in quanto creditori concorrenti - si interfaccia. Nel momento in cui viene erogato credito anche a debitori di cattiva qualità – perché attraverso un calcolo prospettico si presume che le eventuali perdite saranno compensate dai guadagni relativi ai creditori più affidabili – se il bilancio della banca rimane comunque positivo – contemporaneamente all’incremento del volume d’affari – vengono comunque prodotte delle esternalità negative consistenti nella diffusione nel mercato della falsa apparenza di solvenza del soggetto finanziato.

Occorre indagare se questa prassi sia sanzionata o meno dalle fonti normative che riguardano il merito creditizio.

Bisogna chiarire, innanzitutto, che ai fini della normativa sul merito creditizio nessuna rilevanza deve essere data alle garanzie; o meglio, l’accertamento della presenza di garanzie tali da assicurare il recupero coattivo non rende l’istruttoria del finanziamento necessariamente conforme

mutui fondiari in numero sempre maggiore, fino allo scoppio della bolla del mercato immobiliare.

Per rilievi simili a proposito del legame tra la corrente crisi economica e le nuove tecniche finanziarie, vedi E. IANNUZZI, A. RENZI, G. SANCETTA, *Un’interpretazione delle Crisi del Sistema Finanziario*, in *Sinergie*, n. 80, Settembre-Dicembre 2009., 87, (anche su www.sinergiejournal.it). Peraltro gli Autori si riferiscono proprio al padre della moderna finanza strutturata, il Nobel Robert C. Merton, del quale riportano la seguente affermazione: “tutti siamo d’accordo che la trazione integrale o i sistemi di antibloccaggio delle ruote hanno reso la guida dell’auto più sicura. [...] La trazione integrale ci ha reso più sicuri, ma il problema è di tipo comportamentale: tutti noi non usiamo questo beneficio tecnologico per aumentare la sicurezza ma per aumentare la velocità a cui viaggiamo o per viaggiare in situazioni atmosferiche avverse”.

alle norme di vigilanza. Pur costituendo le garanzie una tutela dal *secondary risk*, il giudizio della banca sulla possibilità di erogare o meno un finanziamento deve riguardare il solo cliente prescindendo dalle garanzie accessorie, che sono elementi “estranei al merito del credito”¹⁸⁵.

Pur costituendo un legittimo mezzo di autotutela¹⁸⁶ l'utilizzo di garanzie a deterrenza del rischio di recupero (secondario) non può essere preso in considerazione nel valutare la condotta diligente del banchiere. Infatti tutti i mezzi di natura pubblicistica a sua disposizione – imposti dalla normativa nazionale primaria e secondaria, quale la Centrale dei Rischi – sono preordinati allo *screening* del debitore per escludere il rischio d'insolvenza (primario).

In altre parole, interesse dell'ordinamento non è tanto che la banca rientri ad ogni costo e a discapito di altri operatori dei suoi affidamenti: piuttosto, interesse ordinamentale è che i debitori poco affidabili – ovvero poco solvibili, incapaci di adempiere le proprie obbligazioni a scadenza in maniera autonoma – siano estromessi dal mercato.

Relativamente al *corporate banking*, interesse dell'ordinamento è che le imprese insolventi siano risanate, quando possibile, o estromesse dal mercato quando necessario.

L'attenzione dell'ordinamento per le situazioni di crisi aziendale deve essere spostata ad un momento precedente all'insolvenza conclamata. In questo modo, anche quando il fallimento è ormai l'unica strada i danni sono già stati limitati il più possibile mettendo “in quarantena” l'impresa insolvente ed evitando che attragga altra finanza destinata alla rovina.

Riguardo il merito creditizio il terzo pilastro di Basilea II (Disciplina di mercato¹⁸⁷) raccomanda che il *rating* dell'impresa¹⁸⁸ tenga conto di diversi elementi.

¹⁸⁵ Così M. ARATO, *La responsabilità della banca nelle crisi di impresa*, in *Il Fallimento*, 2007, 253.

¹⁸⁶ Del resto il banchiere, come tutti gli imprenditori, opera nel regime di economicità sancito nell'art. 2082 c.c.

¹⁸⁷ Per un approfondimento del tema vedi F. DEZZANI, *Basilea 2 e il merito creditizio alle imprese*, in *Le Società*, 2007, 405.

Innanzitutto, bisogna osservare l'andamento del rapporto dell'impresa con la banca e con il sistema bancario, nonché le risultanze del bilancio. Bisogna inoltre tener conto delle informazioni sul settore economico dell'impresa, quali quelle inerenti i tassi di decadimento settoriale della Banca d'Italia o le analisi settoriali di Prometeia. Vanno infine rilevate le informazioni qualitative sull'impresa.

In particolare, riguardo al bilancio, l'analisi riguarda principalmente: lo stato patrimoniale dell'impresa e, quindi, la sua capacità finanziaria di far fronte agli impegni; il conto economico e, conseguentemente, la capacità dell'impresa di generare risorse – c.d. *cash flow* – tali da garantire le condizioni di *equilibrio economico* dell'impresa; le politiche di gestione dell'impresa.

Pertanto il Comitato di Basilea impone analisi non solo quantitative sul portafoglio crediti, ma anche qualitative sulle singole imprese finanziate.

E' evidente che questo flusso informativo deve essere rispettato dall'impresa sia "in entrata", al momento della valutazione del merito di credito, sia "in uscita" segnalando in Centrale Rischi o all'organo di Vigilanza le situazioni debitorie critiche.

L'attenzione dell'Associazione Bancaria Italiana invece – proprio mentre iniziava a maturare nel nostro ordinamento il concetto di concessione abusiva di credito, essendo già approdata in Tribunale¹⁸⁹ la vicenda che avrebbe poi portato alle citate sentenze delle Sezioni Unite del 2006 – ha posto la sua attenzione sui finanziamenti alle imprese in dissesto.

L'ABI nell'Aprile del 2000 ha emanato un *Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi d'impresa*. Va premessa la finalità corporativa del codice di comportamento, poiché interessa, come espressamente indicato nell'art. 2, "solo le situazioni di crisi d'impresa in cui l'esposizione di quest'ultima, ovvero del gruppo, verso il sistema bancario e finanziario sia pari o superiore a 30 miliardi di

¹⁸⁸ Il *rating* è Basato sullo *standardized approach* se costruito sulle valutazioni delle agenzie specializzate e sull'*internal rating based approach* se effettuato dalla stessa banca o da consorzi di banche.

¹⁸⁹ Ci riferiamo alle vicende della Casillo Grani s.n.c., su cui, in prima istanza, Trib. di Foggia, 7 Maggio 2002 (su www.ilcaso.it).

lire¹⁹⁰”: questo documento, quindi, intende regolare non tanto i rapporti con i terzi esterni al sistema creditizio, quanto quelli interni tra gli operatori bancari coinvolti nel *workout*.

Eppure vi sono disposizioni che interessano il ceto creditorio in generale, stabilendo all’art.1 che gli aderenti al Codice si impegnano: “alla trasparenza e alla correttezza nei rapporti reciproci e nei confronti delle imprese clienti, favorendo in particolare una contrattazione unitaria degli accordi interbancari e di adesione al piano”¹⁹¹. Gli aderenti si impegnano inoltre a “porre in essere comportamenti che, nel rispetto della *par condicio* valorizzino le imprese anche nelle loro prospettive reddituali. Infine, essi devono “porre in essere comportamenti informati a principi di cooperazione e di equità sostanziale nei rapporti tra il ceto creditorio” e “ favorire la circolazione tra tutti i soggetti interessati delle informazioni di rilevanza ai fini della valutazione ed adesione al piano di risanamento”¹⁹².

Si tratta quindi di un codice che non ignora gli interessi del “ceto creditorio” e dei “soggetti interessati”, in ossequio al principio della *par condicio*.

Tutte le volte che ricorra il requisito oggettivo dell’indebitamento in misura equivalente a 30 miliardi verso il sistema bancario e finanziario, le banche devono, invero, adeguatamente informare anche i creditori non bancari. Devono, inoltre, favorire la loro partecipazione al piano di risanamento, ma soprattutto devono rispettare la *par condicio creditorum*, evitando di porre in

¹⁹⁰ Il *Codice di comportamento* sarebbe quindi inapplicabile a situazioni di elevata esposizione verso i fornitori, ma non verso le banche. Seppure in questi casi le banche abbiano un peso quantitativamente minore, il danno ai creditori concorrenti del banchiere si può porre lo stesso nel caso di un’elevata sproporzione tra l’indebitamento dell’impresa e i suoi mezzi patrimoniali, magari già tutti soggetti a garanzie iscritte e consolidate a beneficio della banca. Soprattutto si pone nelle procedure di risoluzione negoziata della crisi, che prevedono necessariamente un apporto massiccio delle banche e il rischio della concessione abusiva durante le stesse.

¹⁹¹ Secondo certa dottrina, la rilevanza dei comportamenti della banca verso gli altri operatori economici è insita già nella stessa finalità delle norme bancarie, arrivando a dire che “tutti tali vincoli sono giustificati non solo dall’esigenza di stabilità del sistema creditizio, ma anche dalla visibilità esterna delle decisioni assunte dalla banca che possono condizionare gli altri creditori e comunque tutti coloro che vengono contatto con l’impresa in difficoltà. In altre parole, se un’impresa gode del credito bancario, anche i fornitori sono indotti a concederle credito, a fidarsi del proprio debitore”. Così M. ARATO, *La responsabilità della banca nelle crisi di impresa*, in *Il Fallimento*, 2007, 252.

¹⁹² Così l’art. 1 del *Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa*, ABI, 2000.

essere comportamenti che ledano l'interesse del ceto creditorio nel suo complesso al realizzo dei propri crediti.

Perciò, in qualche modo, da queste clausole sembrerebbe emergere il ruolo di *monitor* del banchiere, imponendo al *bonus argentarius* determinati obblighi di *disclosure* verso i terzi.

Un'altra proposta viene dalle *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*¹⁹³, che prendono atto delle “incertezze normative “ e quindi dei “rischi legali” che sussistono all'atto del finanziamento dell'impresa in dissesto.

Il documento suggerisce che “considerata la molteplicità di profili di rischio (risarcitorio, revocatorio e penale) [...] la strada più agevole per operare in condizioni di relativa sicurezza [...] appare quella degli strumenti di cui all'art. 67, comma 3°, lett. d) e 182-*bis* l. fall.¹⁹⁴” Infatti “un atto che sia esplicitamente autorizzato da una norma è da considerare integralmente lecito per l'ordinamento e non può quindi generare responsabilità sotto altri profili”¹⁹⁵.

Le *Linee guida* comunque vogliono evitare i “piani inadeguati o usati in modo distorto, che spesso portano all'insolvenza irreversibile” e comunque, anche nel caso peggiore, porre al riparo i partecipanti al risanamento da “responsabilità non prevedibili”¹⁹⁶.

¹⁹³ Frutto dello sforzo congiunto della Assonime, dell'Università degli Studi di Firenze e del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili. Consultabile su www.unifi.it/nuovodirittofallimentare/

¹⁹⁴ A questo strumento oggi si aggiunge, in seguito al d.l. 22 Giugno 2012, n. 83, il nuovo Concordato con continuità aziendale, di cui all'art. 186-*bis* l. fall., su cui più avanti.

¹⁹⁵ Così le *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, 2010, 4, consultabile su <http://www.cndcec.it>. L'utilità degli strumenti di risanamento delle imprese in crisi inseriti nel nostro ordinamento con la l.80/2005 ai fini dell'esonero da responsabilità delle banche era stata già avvertita dalla dottrina: si veda in particolare M. ARATO in *Fallimento, le nuove norme introdotte con la l.80/2005, Dir. fall.*, 2006, 189, per il quale l'intervento dell'esperto attestatore “costituisce una garanzia circa la serietà e sufficienza dell'accordo a ripristinare la normale vita dell'impresa e, quindi, impedisce che la nuova finanza erogata dalle banche possa essere ricondotta alla fattispecie dell'abusiva concessione di credito”. Secondo l'Autore, l'introduzione di questi strumenti costituisce il necessario raccordo tra i rischi (legali) in caso di insuccesso del piano che potrebbero dissuadere le banche dal finanziare e la necessità dell'intervento della banca per eliminare l'insolvenza attraverso il riequilibrio della situazione finanziaria e patrimoniale: così M. ARATO, *La responsabilità della banca nelle crisi di impresa*, in *Il Fall.*, 2007, 254; nonché Cass., 20 Maggio 1993, n. 5736, in *Il Fall.*, 1993, 1135; Cass., 9 Maggio 1992, n. 5525, in *Il Fall.*, 1992, 811.

¹⁹⁶ *Linee guida*, cit., p. 4.

Efficace l'esposizione metodologica contenuta nella premessa del documento, che si preoccupa di chiarire come lo scopo di queste cautele non sia indurre le banche ad astenersi dal finanziare e quindi all'inazione. Piuttosto, esse suggeriscono che solo riducendo al minimo le "incertezze normative" sia possibile incoraggiare l'imprenditore in difficoltà al risanamento e quindi le banche ad aiutarlo nella ristrutturazione dell'impresa¹⁹⁷.

Il documento è stato accolto dal legislatore nel punto in cui lamenta la rischiosità del *finanziamento-ponte*. Infatti il nuovo 182-*quater* (introdotto dall'art. 48 del d.l. 31 maggio 2010, n. 78) stabilisce la prevedibilità dei finanziamenti effettuati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Così protetto, difficilmente il finanziamento-ponte potrà comportare responsabilità per concessione abusiva di credito¹⁹⁸.

Le *Linee guida* proseguono evidenziando il ruolo del professionista attestatore del piano, la cui attestazione è strumento di tutela principalmente per i creditori che non siano parte di accordi con l'imprenditore.

Pertanto, ai fini dell'attestazione, interessa che "vi sia alterità tra consulente [dell'imprenditore nella costruzione del piano] e attestatore" e che sussistano comunque i requisiti di indipendenza e terzietà dello stesso. Anche su questo punto è stato sensibilizzato il legislatore che col recentissimo d.l. 22 Giugno 2012, n. 83, modificante la legge fallimentare,

¹⁹⁷ L'assonanza con le "misure idonee a evitare il danno" di cui all'art 2050 c.c. è evidente: normativizzando i comportamenti e le cautele del banchiere che si relaziona con l'impresa in dissesto è possibile formulare un modello di condotta compatibile con il modello della responsabilità per attività pericolosa. In altre parole, stabilendo come *best practice* - meglio ancora come *safe harbour* - l'utilizzo degli strumenti di cui all'art. 67 e 182-*bis* l. fall. si può oggettivizzare il comportamento del banchiere diligente e quindi immune a qualsiasi genere di responsabilità, indipendentemente dal successo dell'operazione di risanamento. Su questo punto, più avanti a proposito dell'elemento psicologico.

¹⁹⁸ Così M. GALARDO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa*, 2012, 159, per il quale "anche alla luce del nuovo art. 182-*quater*, che disciplina espressamente i finanziamenti erogati in esecuzione o in funzione dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione, sotto il profilo della prevedibilità degli stessi, deve ritenersi che le operazioni di finanziamento di imprese in difficoltà per le quali sia prospetticamente praticabile un tentativo di superamento della crisi, attraverso la procedura di cui all'art. 182-*bis*, concretizzano un esercizio lecito della libertà negoziale della banca.

ha stabilito che il professionista “è indipendente quando non è legato all’impresa e a coloro che hanno interesse all’operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l’indipendenza di giudizio”. Peraltro “il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall’art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo” (art. 67, comma III, lettera *d*).

Chiudendo questa breve esposizione delle *Linee guida*, non si può fare a meno di ricordare come non abbiano alcun valore normativo, non essendo state sottoscritte da nessun ente o istituto bancario. Ma possono certamente essere un modello per l’interprete e per la dottrina che voglia costruire un modello che limiti le incertezze e consenta di dare una definizione concreta della condotta del *bonus argentarius* che voglia entrare nelle operazioni di risanamento.

In conclusione, come anticipato nel capitolo precedente, non si ritrovano nel T.U.B. disposizioni che si preoccupino degli operatori economici esterni al sistema bancario¹⁹⁹. Una fonte di responsabilità può comunque essere

¹⁹⁹ In merito, perentorio D. GALLETTI, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, 431, secondo il quale “obiettivo della disciplina pubblicistica bancaria, tanto primaria quanto secondaria, non è l’incentivazione di un’accurata selezione della domanda di credito (c.d. screening) al fine di tutelare i creditori del finanziato rispetto alla correttezza della politica finanziaria intrapresa da quest’ultimo, bensì la stabilità della banca e del sistema bancario nel suo complesso”. Ancora (ibidem, 434), Danilo Galletti equipara le norme tecniche bancarie a *norme cautelari*, per definizione predeterminate ad uno scopo, che è in questo caso la *sana e prudente gestione* del sistema creditizio. E’ il caso però di aggiungere che la disciplina creditizia va integrata dalle norme costituzionali, e quantomeno con l’art. 47 della costituzione, il cui primo comma prevede che il risparmio deve essere tutelato “in tutte le sue forme”; sempre lo stesso comma prevede che il sistema creditizio deve essere disciplinato e controllato. Non si può negare quindi che anche i risparmiatori siano destinatari della tutela contenuta nelle norme bancarie: anzi, ne sono probabilmente i destinatari finali, dovendosi giustificare la tutela della stabilità delle banche proprio nell’assicurare l’espletamento delle loro funzioni nel mercato monetario. In ogni caso non si può negare ormai che il “nuovo” ordinamento fallimentare - che punta innegabilmente a consolidare o a ristabilire l’efficienza delle imprese che vi sono soggette e solo come *extrema ratio* alla loro liquidazione - disincentivi il prolungamento del dissesto delle imprese in crisi in quanto dannoso di per sé al sistema economico in generale, indipendente dal suo peso specifico all’interno del solo sistema bancario: l’erogazione del credito, per essere *lecita* deve essere innanzitutto *prudente* e quindi seguire le cautele necessarie per lo *screening* e per il *monitoring* del debitore nonché gli strumenti tecnici più

individuata nella costituzione economica²⁰⁰ e specialmente nei principi di cui agli art. 2, 3, 41 e 47 della Carta Fondamentale.

In particolare, una concretizzazione di questi principi si può ritrovare nei canoni di diligenza definiti dai vari enti e associazioni rappresentativi del sistema bancario – ABI, Comitato di Basilea – che pur nel loro scopo corporativo si preoccupano anche degli interessi dei terzi in concomitanza di operazioni di risanamento.

Unitamente al modello offerto dalle *Linee guida* andranno – pur avendo tutte scarso rilievo normativo – tutti a comporre un modello per valutare la diligenza del *bonus argentarius* in quel particolare accertamento tecnico che è proprio della sua attività – lo *screening* o la valutazione del merito creditizio – e poterne quindi determinare l'illiceità²⁰¹ della condotta.

Non sono invece sufficienti – alla luce dei limiti della sana e prudente gestione – a determinare l'ingiustizia del danno arrecato²⁰² ai soggetti esterni al sistema finanziario, che dovrà essere valutata secondo altri criteri, quale l'abuso del diritto.

“sicuri” quali il Concordato o il Piano di risanamento nelle situazioni critiche alla luce di detti criteri di diligenza.

²⁰⁰ La nozione è ormai acquisita sia in dottrina che in giurisprudenza: per un approfondimento recente, vedi S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, 2011.

²⁰¹ La rilevanza della diligenza del banchiere ai fini dell'elemento della *liceità* della condotta è avvertita da M. ARATO, *La responsabilità della banca nelle crisi di impresa*, in *Il Fallimento*, 2007, 254, per il quale sempre in tema di accordi di ristrutturazione o concordato stragiudiziale, qualora si utilizzino questi strumenti e siano in particolare attestati da un esperto – l'accordo di ristrutturazione prevede inoltre l'omologa del tribunale - bisogna “escludere qualunque comportamento doloso o colposo in sede civile e penale della banca che ha erogato credito: si è trattato di attività lecita (erogazione del credito lecitamente effettuata in esecuzione di un accordo la cui affidabilità è stato oggetto di un controllo da parte di soggetti terzi rispetto al debitore”.

²⁰² Parzialmente difforme F. DI MARZIO, op. cit., 393, per il quale l'abusività del finanziamento e quindi l'ingiustizia del danno va ripartita in tre subelementi: l'insolvenza dell'impresa finanziata; la meritevolezza di tutela dell'interesse leso; e quindi la violazione del principio della sana e prudente gestione nel merito creditizio. Secondo questa ricostruzione quindi l'ingiustizia della concessione abusiva sarebbe un elemento complesso della fattispecie, che valutato in rapporto a tutti i suoi estremi soggettivi – la banca, il sistema finanziario, i danneggiati – dovendo inoltre essere calibrata con “l'autoresponsabilità” del terzo danneggiato, che può concorrere nel fatto colposo – *ex art. 1227 c.c.* diminuendo il risarcimento per i danni che avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza - in ragione della sua professionalità di operatore economico; precipuo notare, comunque, che non si può richiedere agli operatori non-finanziari un elevato livello di valutazione della solvibilità dell'impresa con cui intrattengono rapporti commerciali e alla quale fanno eventualmente credito (commerciale), non facendo parte della loro professionalità le tecniche di valutazione del rischio o la consultazione di centri di informazione creditizia quale la centrale rischi, alla quale peraltro non possono accedere.

7. La segnalazione dei crediti in sofferenza e le finalità della Centrale dei Rischi.

La Centrale dei rischi della Banca d' Italia, com'è noto, è un sistema informativo sull'indebitamento della clientela verso i soggetti vigilati. Le banche e gli altri intermediari devono comunicare con scadenza mensile alla Banca d'Italia il totale dell'esposizione verso i propri clienti: i crediti pari o superiori a 30.000 euro e i crediti in sofferenza di qualunque importo.

Tali informazioni vengono poi riutilizzate dagli stessi intermediari ai fini dello *screening* del soggetto richiedente credito.

Gli obiettivi della Centrale dei Rischi sono: il miglioramento del processo di valutazione del merito di credito della clientela; l'innalzamento della qualità del credito concesso dagli intermediari; il rafforzamento della stabilità finanziaria del sistema creditizio.

La Centrale dei Rischi favorisce l'accesso al credito per la clientela "meritevole"²⁰³.

Il rapporto del banchiere con la Centrale dei Rischi può essere un utile indice della liceità del suo comportamento e, soprattutto, della sua relazione con l'imprenditore finanziato.

Proprio in riferimento alla Centrale dei Rischi si ripropone il c.d. dilemma del banchiere: la giurisprudenza ha già sanzionato le segnalazioni ingiustificate²⁰⁴, che possono comportare un danno al soggetto indebitamente segnalato. All'inverso, può accadere che il banchiere sia tentato di tacere posizioni già da tempo in sofferenza, magari per evitare che la notizia dell'insolvenza si diffonda e vengano pregiudicati i diritti che la banca

²⁰³ Fonte: sito ufficiale della Banca d'Italia: Home > Statistiche > Raccolta dati e servizi > Raccolta dati presso gli intermediari > Centrale dei rischi. http://www.bancaditalia.it/statistiche/racc_datser/intermediari/centrarisk

²⁰⁴ Cass., 1 aprile 2009, n. 7958 pubblicata su www.ilcaso.it, per la quale "la segnalazione di una posizione "in sofferenza" presso la Centrale Rischi della Banca d'Italia, secondo le istruzioni del predetto istituto e le direttive del CICR, richiede una valutazione, da parte dell'intermediario, riferibile alla complessiva situazione finanziaria del cliente e non può quindi scaturire dal mero ritardo nel pagamento del debito o dal volontario inadempimento, ma "deve essere determinata dal riscontro di una situazione patrimoniale deficitaria, caratterizzata da una grave e non transitoria difficoltà economica equiparabile, anche se non coincidente, con la condizione d'insolvenza".

intende consolidare evitando che i relativi rapporti rientrino nel c.d. “periodo sospetto ” rilevante ai fini della revocatoria fallimentare. Oppure la banca potrebbe voler favorire l’imprenditore insolvente anche solo in ragione di rapporti clientelari che esulano dal rapporto creditizio.

Prima di analizzare le fonti che regolano l’utilizzo di questo strumento bisogna comunque premettere come sia stata unanimemente riconosciuta la sua utilità. La Centrale Rischi ha il merito di aver ridotto l’incidenza delle *malpractices* del nostro ceto bancario, quali la prassi del multiaffidamento o la generale cattiva qualità del credito concesso: in qualche modo in controtendenza rispetto alle tecniche di analisi quantitativa cui già ci siamo riferiti, la Centrale dei Rischi impone un’analisi qualitativa dell’affidabilità del singolo cliente.

E’ stato calcolato che in seguito alla sua adozione generalizzata durante gli anni ’90, si è ridotto quasi della metà il numero di intermediari per cliente, per arrivare nel 2001 ad avere l’85 % dei clienti con un affidamento fino a 2,5 mil. di euro finanziati dal “primo intermediario” per oltre la metà²⁰⁵.

Uno strumento, quindi, portentoso e al contempo pericoloso, che necessita di un’adeguata analisi delle fonti che lo riguardano.

La principale di esse è costituita sicuramente dalle *Istruzioni per gli intermediari creditizi* della Banca d’Italia. Il fine dichiarato della Centrale dei Rischi è quello di “contribuire a migliorare la qualità degli impieghi degli intermediari partecipanti e, in ultima analisi, ad accrescere la stabilità del sistema creditizio”. (Cap. I, Sez. I, art. 2). Attraverso il rimando nell’art. 3, al dlgs. 196/2003 (Codice della Privacy) si è dedotto che l’immissione dei dati nella Centrale Rischi costituisca attività pericolosa, conformemente all’art. 15 del Codice secondo il quale “chiunque cagiona danno ad altri per effetto

²⁰⁵ Così riportato in *La centrale dei rischi nella gestione del credito: esperienze e prospettive, Tematiche Istituzionali, Banca d’Italia, 2002, p. 17*. Non si può fare a meno di notare come in questo periodo – nonché durante la decade successiva – si sia assistito anche ad una serie ininterrotta di concentrazioni nel settore bancario. In seguito a tali operazioni gli istituti più grandi hanno inglobato quelli più piccoli o più specializzati all’interno dei grandi gruppi bancari, avvicinandosi al modello tedesco di “banca universale” e garantendosi una relazione quasi esclusiva con la clientela industriale.

del trattamento di dati personali è tenuto al risarcimento ai sensi dell'articolo 2050 del codice civile".²⁰⁶

I dati devono essere segnalati con cadenza mensile (Sez II, art. 4), comunicando la posizione di rischio di ciascun cliente in essere l'ultimo giorno del mese e facendo pervenire i dati alla Centrale entro il 25° giorno del mese successivo a quello di riferimento. Dette informazioni "devono essere trasmesse con tempestività non appena si rendano disponibili". In particolare, le posizioni debitorie devono essere segnalate "nel momento in cui si verifica un cambiamento di stato (*status*)" (art. 5) e soprattutto "rileva il passaggio dei crediti a sofferenza e la loro ristrutturazione". Queste informazioni devono essere segnalate entro i tre giorni lavorativi successivi a quello in cui i competenti organi aziendali abbiano accertato detto cambiamento.

La segnalazione della posizione non riguarda solo il singolo affidamento, ma la posizione complessiva del cliente. Rientrano tra le informazioni rilevanti ai fini dei rischi censiti "i rapporti di affidamento per cassa e di firma, le garanzie reali e personali rilasciate agli intermediari in favore di soggetti dagli stessi affidati, i derivati finanziari e altre informazioni che forniscono elementi utili per la gestione del rischio di credito" (Cap. II, Sez. 1, art. 1).

In specie deve essere segnalata l'intera posizione dell'affidato quando la somma dell'accordato, il valore delle garanzie ricevute, l'ammontare delle operazioni in derivati, l'importo delle operazioni conto terzi, il valore dei crediti ceduti alla banca o a terzi dall'intermediario segnalante sia pari o superiore a 30.000 euro; non c'è limite d'importo quando la posizione del cliente o i crediti ceduti a terzi siano in sofferenza (art. 5).

Non è possibile eludere il dovere di segnalazione attraverso la compensazione²⁰⁷, poiché "le segnalazioni inviate alla Centrale dei rischi si

²⁰⁶ Cass., 1 aprile 2009, n. 7958, cit.

²⁰⁷ Particolare la rilevanza di questo istituto nel diritto dell'insolvenza: è stato detto che esso costituisca una deroga legale alla *par condicio creditorum*, non essendo revocabili i rapporti compensati.

riferiscono esclusivamente alle voci di debito della clientela nei confronti degli intermediari” (Sez. 4, art. 6).

Dunque dalle Istruzioni della Banca d’Italia emerge una disciplina minuziosa sia del contenuto che della procedura delle segnalazioni, che certamente è rilevante ai nostri fini.

Occorre ora accennare anche alla posizione presa dalla giurisprudenza su queste disposizioni o meglio, sulla loro effettiva rilevanza ai fini del giudizio sulla responsabilità del banchiere.

Oltre alla già citata sentenza di legittimità del 2009 è copiosa la giurisprudenza di merito²⁰⁸ utile per sussumere dalle disposizioni di vigilanza una nozione complessiva del credito in sofferenza rilevante ai fini della segnalazione.

Per credito in sofferenza si deve intendere “una situazione di rischio patrimoniale caratterizzata dalla previsione di una seria difficoltà di recupero del credito da parte della banca”²⁰⁹. Ci si è spinti addirittura ad affermare che la posizione di sofferenza sia “equiparabile allo stato di insolvenza configurabile in uno stato oggettivo di difficoltà economico-finanziaria”²¹⁰.

Quanto alla rilevanza dei comportamenti richiesti dalle Istruzioni di Vigilanza, esse devono essere considerate “regole professionali” di comportamento dell’intermediario²¹¹.

Sebbene la già citata giurisprudenza si sia occupata della rilevanza giuridica delle segnalazioni solo per la loro rilevanza in merito alla riservatezza dei dati personali e quindi alle segnalazioni illegittime, merita di essere approfondita anche la responsabilità per mancata segnalazione.

Tale fattispecie di responsabilità è stata solo di recente analizzata da qualche osservatore²¹², secondo il quale andrebbe a comporre, insieme alla

²⁰⁸ Vedi, per tutte, App. Milano, 4 Novembre 2003 in *Banca borsa e titoli di credito*, 2004, 528; Trib. Milano, 17 Marzo 2004 in *Banca borsa e titoli di credito*, 2004, pag. 528 con nota di FUMAGALLI;

²⁰⁹ App. Milano, 4 Novembre 2003, cit.

²¹⁰ Trib. Milano, 17 Marzo 2004, cit.

²¹¹ App. Milano, 4 Novembre 2003, cit.

²¹² Vedi, M. LEMBO, *Le segnalazioni in centrale rischi e nella centrale d'allarme interbancaria. Procedure e responsabilità dell'ente segnalante*, in *Atti e relazioni convegno di diritto bancario del 20 Aprile 2012*, consultabile su <http://www.ordineavvocatitreviso.it/>

segnalazione ingiustificata, un “conflitto di interessi tra l’obbligo di effettuare una segnalazione corretta ed il danno che detta segnalazione indirettamente comporta (o potrebbe comportare) al segnalante sino a metterne a repentaglio il recupero del credito a seguito delle restrizioni di credito che altre banche potrebbero adottare una volta preso atto della segnalazione”²¹³.

Bisogna ora chiedersi, in parallelo con quanto avviene in materia di servizi di investimento, per cui la violazione dei requisiti minimi d’informazione ha dato luogo a provvedimenti sanzionatori della giurisprudenza²¹⁴, se la concessione del credito in violazione dei doveri di segnalazione possa costituire violazione di norma inderogabile *ex* 1418 cc. Il contesto è analogo a quello della vigilanza creditizia: i mercati finanziari, la cui disciplina è contenuta nel Testo Unico Finanziario, presentano simili problematiche perché anch’essi non sono altro che un agglomerato di informazioni.

Va rilevato, innanzitutto, che le disposizioni di Vigilanza della Consob che se non rispettate possono dare luogo a nullità o a risoluzione per inadempimento rilevano ai fini dei singoli contratti sono disegnate per essere invocate dagli stessi soggetti (gli investitori) che detti contratti hanno sottoscritto. Le disposizioni di Vigilanza della Banca d’Italia che impongono la segnalazione invece sono finalizzate a proteggere il sistema bancario e cioè intermediari (art. 5 T.U.B.) e risparmiatori (47 Cost.).

Non a caso la sanzione della nullità del contratto – prevista dall’art. 23 TUF in caso di inosservanza della forma scritta del contratto avente ad oggetto servizi d’investimento, nonché nel 1815 cc. in caso di stipulazione di interessi usurari – è considerata uno dei pochi esempi nel nostro ordinamento di pena privata.

sito/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=55&Itemid=74 secondo il quale “la mancata segnalazione connessa al sostegno creditizio avventato può inquadarsi nella cosiddetta concessione abusiva di credito”.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Arrivando, di recente, a condannare addirittura la stessa Autorità di Vigilanza per *culpa in vigilando*: vedi Cass., 23 Marzo 2011, n. 6681, consultabile su <http://static.ilsole24ore.com/DocStore/Professionisti/AltraDocumentazione/body/12300001-12400000/12318331.pdf>

Qui si dovrebbe invece invocare una norma che impone un adempimento a tutela di determinati soggetti – intermediari e risparmiatori – per il beneficio di altri, esterni al sistema finanziario di cui all’art. 5 T.U.B. Peraltro tale norma interessa il banchiere in virtù del suo particolare *status* non essendo altro, a questi fini, che una *longa manus* dell’organo di vigilanza al fine della sana e prudente gestione del sistema creditizio.

Allora si potrà invocare il mancato adempimento degli obblighi di segnalazione qualora siano danneggiati altri intermediari; ed analogamente tale mancato adempimento potrà essere invocato qualora danneggiati siano i risparmiatori, magari titolari di obbligazioni emesse dall’impresa insolvente²¹⁵. Ma difficilmente se ne potrà statuire la rilevanza rispetto ai terzi esterni al sistema creditizio.

SEZIONE II

La condizione di crisi dell’impresa finanziata

8. La crisi d’impresa e manifestazioni dell’insolvenza.

L’indagine sulla rilevanza della condizione economico-finanziaria dell’impresa, ai fini di questo lavoro, richiede un richiamo generale al

²¹⁵ Questa ipotesi ha già dato interessanti frutti nella giurisprudenza nordamericana, proprio negli strascichi dell’insolvenza di un importante gruppo industriale italiano: vedi U. S. District Court For the Southern District Of New York, *In Re Parmalat Securities Litigation*, 659 F. Supp. 2d 504; 2009 U.S. Dist. LEXIS 85523. In questa nota vicenda giudiziaria gli strumenti finanziari sono stati sottoscritti anche da cittadini americani che oltre ad aver lamentato violazione dei *fiduciary duties* hanno per il tramite del Commissario Straordinario intentato una *class action* contro le banche emittenti. L’azione lamentava la strutturazione di operazioni finanziarie con il solo scopo di opacizzare la situazione economica dell’impresa e ritardare la manifestazione dell’insolvenza; viene inoltre lamentata la responsabilità dei revisori per averne certificato i bilanci e le operazioni fraudolente. Peraltro è interessante notare come secondo la corte distrettuale newyorkese sia del tutto privo di rilievo l’obiezione che alla frode abbia partecipato la Parmalat stessa, poiché ne sarebbe artefice non la società nel suo complesso, ma determinati insiders inadempienti rispetto ai loro doveri fiduciari. Questa rilevazione supera il brocardo – estremamente noto nel diritto americano – *in pari delicto*, che essenzialmente corrisponde, nel nostro ordinamento, a quel principio nel diritto della responsabilità extracontrattuale per cui il soggetto che ha partecipato (consapevolmente) ad un illecito, non può poi lamentarne gli eventuali danni subiti. Questo tema è di estrema importanza perché è ritornato nella dottrina americana in merito alla fattispecie di *deepening insolvency* e può tornare utile nell’analizzare la responsabilità della banca nell’aggravamento dell’impresa finanziata nel nostro ordinamento.

concetto d'insolvenza per come percepita dal finanziatore. E' inoltre necessaria l'integrazione del modello giuridico con alcune nozioni mutuata dalle scienze aziendalistiche, nei limiti del problema trattato.

Preliminarmente, bisogna comunque distinguere la nozione di insolvenza – che, ricavata dall'art. 5 l. fall., si ritiene coincida con l'irregolare adempimento delle obbligazioni – risalente nel nostro ordinamento, da quella relativamente nuova di “stato di crisi”.

Dal punto di vista esegetico, quest'ultima nozione è stata introdotta nel nostro ordinamento con la riforma fallimentare (d.l. 35/2005), indicando l'art. 160 l. fall. come requisito d'ammissione alla procedura la sussistenza dello stato di crisi. Opportunamente, il d.l. 273/2005 ha aggiunto un comma all'art. 160 specificando che “per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”.

Il chiarimento è stato necessario²¹⁶ per evitare che la nozione potesse essere interpretata come una riedizione della “temporanea difficoltà d'adempiere”. Questa nozione – a sua volta guardata sempre con scetticismo dagli interpreti – era prevista come requisito per la procedura di amministrazione controllata, espunta con la stessa Riforma dall'ordinamento fallimentare.

Ma anche con questa precisazione il distinguo non è del tutto chiaro: c'è comunque una parte della dottrina che afferma come la crisi si caratterizzi per l'illiquidità del patrimonio dell'impresa, senza aversi ancora la cessazione dei pagamenti²¹⁷; in questo senso, la disposizione di cui all'art. 160, ultimo comma si ritiene equivalente alla seguente proposizione: “lo stato di crisi non è escluso dal fatto che il debitore abbia cessato i pagamenti”²¹⁸.

Da questa visione ne dovrebbe conseguire che, se solo e soltanto quando l'impresa è soggetta ad una crisi finanziaria – cioè quando le si sono chiusi i canali del credito e non dispone di risorse sufficienti a soddisfare

²¹⁶ Attenta dottrina ha però notato come questa interpretazione fosse già insita nella logica del sistema a partire dal solo art. 5 l. fall., poiché anche qualora la proposta di concordato non andasse a buon fine, il fatto stesso di averlo proposto sarebbe una manifestazione dell'insolvenza. Così G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007, 74.

²¹⁷ Così M. ARATO, *La responsabilità della banca*, op. cit., 252.

²¹⁸ G. TERRANOVA, op. cit., 75.

regolarmente le proprie obbligazioni – si avrebbe insolvenza, lo stato di crisi sarebbe invece causato da diversi altri fattori economici anche di natura ambientale – scarsa redditività, calo della domanda, organizzazione inefficiente – o squilibri negli assetti patrimoniali. In questo senso, la mera interruzione dei rapporti bancari non potrebbe mai costituire una condanna al fallimento, ma richiederebbe piuttosto un intervento esterno, di natura negoziale, per riequilibrare l’attività dell’impresa e riportarla all’efficienza: si tratterebbe dunque di un rapporto di *species a genus*.

Proviamo a disegnare uno schema delle vicende economiche che portano l’impresa dall’efficienza all’insolvenza²¹⁹.

Nell’anno 1 l’impresa ha una situazione economica positiva, produce ricavi superiori ai costi, riesce a distribuire dividendi (o comunque a retribuire l’imprenditore se non è esercitata in forma societaria) e ad avere ancora una certa liquidità di cassa messa da parte per l’attività futura.

Nell’anno 2 l’impresa, per una qualche ragione endogena od esogena²²⁰ non opera più in condizioni di economicità perché non ha abbastanza ricavi per remunerare adeguatamente i fattori produttivi (quindi manca il *cash flow*) ed è costretta a consumare le riserve di liquidità di cui dispone²²¹ per non essere inadempiente. In questo momento – di fatto, di fronte al rischio di insolvenza – l’impresa non è ancora insolvente, ma è già in crisi.

Ed è qui che il *management* dell’impresa si trova in un bivio: potrebbe proseguire l’attività senza prendere provvedimenti particolari, occultando l’insolvenza e confidando nella temporaneità della crisi. Oppure potrebbe fare ricorso ad una qualche forma di risanamento negoziata con i creditori di modo da poterli tacitare, almeno temporaneamente, per poter meglio disporre delle risorse necessarie a riorganizzare il business. Parliamo essenzialmente

²¹⁹ Correntemente, con la nozione di insolvenza ci si riferisce all’art. 5 l. fall., per cui lo stato d’insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

²²⁰ Poniamo, legata a disfunzioni nell’organizzazione dell’attività o a cambiamenti nel mercato per cui non riesce più a produrre ricavi attraverso la vendita dei suoi prodotti o servizi.

²²¹ Anche qui distinguendo tra quelle interne, o *auto-financing*, e esterne, quali fidi bancari e in generale credito “non di scopo”.

del concordato preventivo, del piano di risanamento o dell'accordo *ex art. 182-bis l. fall.*²²²

Ovviamente la scelta per l'una o l'altra direzione è sindacabile solo nei limiti della diligenza e della buona fede posta nella scelta²²³.

²²² E proprio qui risiede la portata innovativa del “nuovo” diritto fallimentare: il diritto della crisi d'impresa non interviene più solo nella fase di insolvenza e necessariamente in maniera autoritativa attraverso l'Autorità Giudiziaria. Adesso l'ordinamento interviene in una fase precedente, lo *stato di crisi*, offrendo strumenti di risoluzione stragiudiziale della crisi che riescano a tutelare il ceto creditorio in varie direzioni: prima di tutto attraverso la *discovery* delle difficoltà dell'impresa, che anziché essere gestite solo dagli *insiders* – eventualmente insieme ai *creditori sofisticati* che, per prassi professionale o “concessione” ordinamentale, abbiano accesso alle informazioni interne all'impresa che manifestano la crisi, quali le informazioni contabili o le segnalazioni in Centrale dei Rischi – attraverso la domanda di concordato o di omologazione dell'accordo vengono esternalizzate al di fuori dell'impresa; attraverso il vaglio dell'Autorità Giudiziaria – che in questi casi non opera autoritativamente solo per accertare i presupposti per la dichiarazione di fallimento, ma in un procedimento di volontaria giurisdizione - che nell'art. 182-*bis* si pronuncia “con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei”(formula introdotta dal recentissimo Decreto Sviluppo); infine per il fatto stesso di intervenire prima dell'insolvenza o dell'aggravamento della stessa, un intervento tempestivo riesce ad arginare il più possibile i danni che conseguono necessariamente in un'impresa che, continuando ad operare nonostante la crisi, consuma prima le proprie riserve di liquidità e, sopraggiunta l'insolvenza, poi lo stesso patrimonio che costituisce garanzia generica dei creditori *ex art. 2470 cc.* Ed è in questo senso che deve essere inteso anche il *favor* per la ristrutturazione delle imprese in crisi: l'impresa insolvente produce esternalità negative verso tutti gli operatori economici che la circondano, ed in primis verso i suoi creditori.

Non che il legislatore si sia accorto solo con la Riforma delle esternalità negative derivanti dall'insolvenza: piuttosto ha cambiato metodo nell'affrontarle. La prassi istituzionale, sotto la vigenza della vecchia legge fallimentare (ma con qualche strascico successivo, vedi il caso Alitalia) di intervenire direttamente, e quindi attraverso le risorse organizzative ed economiche dello Stato, in quelle situazioni in cui il rischio sistemico era più grande – e che soprattutto metteva a rischio situazioni soggettive tutelate dalla Costituzione, in primis il lavoro – ha portato il legislatore a costruire particolari procedure speciali per le grandi imprese in crisi (nelle varie versioni delle leggi Prodi, Prodi-*bis* o Marzano) così come vari fondi a tutela di determinati soggetti danneggiati dall'insolvenza (il fondo INPS per i lavoratori, il fondo di garanzia per le vittime della strada, il fondo di tutela dei depositi etc.), quando non ha erogato direttamente finanziamenti a fondo perduto o a tassi sotto mercato; senza considerare che, per lo meno fino al DPR 350/1985 (attuativo della prima direttiva europea in materia bancaria) le banche esercitavano “funzioni di interesse pubblico” (art. 1 l.b.) ed erogavano esse stesse finanziamenti spesso più per direttive politiche – ma troppo spesso anche clientelari – che in esercizio di elementari nozioni di economicità dell'attività creditizia. In tempi di *austerity* lo Stato è troppo impegnato a risanare il debito pubblico per poter impegnarsi nel risanamento di quello privato, le banche non sono più pubbliche e sono disposte ad arrischiarsi nel finanziamento di un'impresa insolvente solo quando dispongono di ragionevoli garanzie di non subire azioni demolitorie o risarcitorie. La strada più idonea per arginare le esternalità negative prodotte dalle imprese insolventi – sempre più numerose data la congiuntura economico-finanziaria odierna – passa quindi per l'ampliamento della contrattazione privata, pur vigilata dall'Autorità Giudiziaria o quantomeno attestata da esperti che oggi sono responsabili anche penalmente *ex d.l. 85/2012*.

²²³ *Business judgement rule*, noi ci possiamo riferire alla diligenza professionale *ex art. 2236 cc.*, ma il contenuto è sostanzialmente lo stesso. E' opportuno notare che già qui, nel diritto statunitense, il management può fare richiesta per la *Reorganization* (Chapter 11), essendo estremamente raro il procedimento di liquidazione (Chapter 7) sia come domanda diretta sia

La prima opzione (risanamento), a sua volta, può avere due conseguenze: per qualche sopravvenuta variabile economica, riorganizzazione dei fattori produttivi o cambiamento della *governance*, l'impresa esce dalla stagnazione e ritorna ad avere flusso di cassa, i creditori vengono soddisfatti e l'ordinamento fallimentare può distogliere la sua attenzione dalle vicende di quest'impresa.

Oppure l'impresa continua, per un periodo più o meno lungo, ad attingere alla rimanente liquidità (o al credito) senza riuscire a produrne di ulteriore, fino al momento in cui termina, cessando i pagamenti e così manifestandosi l'insolvenza. E' evidente l'influsso che il credito può avere già solo nella fase di crisi precedente all'insolvenza, contribuendo a determinarne la durata.

Ma a questo punto, soprattutto sopraggiungendo alla mente in questa descrizione il concetto di *deepening insolvency*, è opportuno interrogarsi sulle interconnessioni tra l'erogazione del credito e i diversi stati di crisi o di insolvenza.

Sempre seguendo la linea tracciata²²⁴, l'insolvenza è una crisi finanziaria: quindi, finché viene erogato credito, la crisi non arriva. Lo stato di crisi invece non afferrisce necessariamente alla funzione finanziaria dell'impresa, ma può essere anche determinato da varie altre cause interne (calo della competitività o dell'operatività, diseconomie) o esterne (calo del settore industriale di competenza, calo dei consumi, aumento delle materie prime,

all'esito del procedimento di riorganizzazione, che termina quasi sempre con un accordo con i creditori. Di fondo c'è la convinzione che le parti riescano sempre ad arrivare attraverso la contrattazione (*bargaining*, termine chiave in tutta la letteratura della law & economics) ad una soluzione efficiente che permetta di salvaguardare il valore produttivo dell'impresa: solo quando non si raggiunge un accordo (di solito perché i costi di transazione sono troppo alti, secondo la letteratura classica) si verifica un fallimento di mercato e si deve ricorrere alla liquidazione quale *extrema ratio*. E non è tanto un questione di *favor* per il debitore o per i creditori: alla base c'è una diversa concezione - politica prima che giuridica- dell'intervento dello Stato. Sotto la vecchia legge fallimentare lo Stato prima interveniva – comunque quando era ormai troppo tardi e parte del valore dell'impresa si era già eroso- e poi, forse, si arrivava ad una soluzione che evitasse la liquidazione attraverso il concordato preventivo: i soggetti più svantaggiati sarebbero stati comunque compensati in qualche modo, attraverso le risorse finanziarie dello Stato in funzione puramente redistributiva e non certo incentivante.

²²⁴ Ed in particolare la teoria esposta in G. Terranova, *Stato di crisi e stato d'insolvenza*, op. cit.

etc.). Ed è ben possibile che, grazie alla virtuosità delle gestioni passate o a canali privilegiati con gli interlocutori bancari, l'impresa riesca a sopravvivere anche ad un duraturo stato di crisi senza sfociare nell'insolvenza, disponendo di liquidità sufficiente per adempiere le proprie obbligazioni.

Dovremmo allora affermare che l'intervento della banca più che l'effetto di ritardare la dichiarazione di fallimento²²⁵ – che ha per presupposto la mancanza di liquidità – ha l'effetto di posticipare l'insolvenza e aggravare o dilungare (*deepening*) non tanto l'insolvenza, quanto la crisi; e allora seguendo questa logica, dovremmo dire che l'insolvenza vera e propria si ha solo alla cessazione dei pagamenti, concretandosi tutti gli altri dati non manifestati esternamente –desumibili dai bilanci, centrale rischi, etc. – in meri indici di crisi²²⁶.

La verità è che la scarsa ponderazione alla base dell'introduzione della nozione di stato di crisi nella Legge Fallimentare non aiuta²²⁷, nemmeno aiuta la confusione che talvolta, anche tra gli interpreti, si fa tra nozioni giuridiche e nozioni aziendalistiche.

Ma occorre comunque insistere ancora un po' sul dato normativo.

Secondo l'art. 5 l. fall. lo stato d'insolvenza si manifesta “con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”.

Bisogna chiarire, innanzitutto, se per aversi insolvenza è sufficiente la cessazione dei pagamenti in sé – a prescindere dalla sua manifestazione all'esterno – o bisogna che essa si manifesti attraverso l'inadempimento o attraverso altri fatti esteriori; occorre inoltre chiedersi se dette manifestazioni abbiano natura tipica o atipica.

²²⁵ Doglianza che si trova in tutto il *case law* in materia di concessione abusiva, con una certa acquiescenza della dottrina.

²²⁶ L'osservazione, comunque, non è irrilevante poiché lo stato crisi per definizione non si manifesta e non dovrebbe neanche comportare obblighi di segnalazione da parte del *management* né tantomeno della banca. Inoltre, Ai fini della revocatoria fallimentare – e si potrebbe dire, anche per l'azione di responsabilità per concessione abusiva – qualora l'insolvenza comunque sopraggiunga, i creditori devono ben ponderare le loro scelte anche nel contrattare con l'impresa solo in crisi, poiché per giurisprudenza consolidata nella consecuzione di procedure i termini per la revocatoria retroagiscono alla prima procedura.

²²⁷ Come, autorevolmente, osserva G. TERRANOVA, op.cit., 47.

Il che comunque si riduce al chiedersi se queste manifestazioni dell'insolvenza abbiano o meno natura costitutiva: comunque, elementari ragioni di logicità indurrebbero a ritenere che tale natura costitutiva può essere compatibile solo con manifestazioni tipizzate, mentre qualora si ritenga esse abbiano natura atipica allora si tratta di semplici fatti noti *ex* 2727 cc di rilevanza meramente probatoria²²⁸.

Data la sostanziale unanimità di vedute sul punto, qui si dirà²²⁹: che gli inadempimenti, nonché le altre manifestazioni esteriori cui fa riferimento l'art. 5 l. fall. non sono che “sintomi” dell'insolvenza; che quindi per insolvenza deve intendersi la situazione in cui l'impresa non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, che si manifesta attraverso detti sintomi.

Ritorniamo ora alle relazioni tra concessione del credito e insolvenza dell'impresa: abbiamo detto che il credito, creando nuova liquidità nelle casse dell'impresa, le consente di adempiere le obbligazioni pur in presenza di una crisi – non necessariamente finanziaria – che, prima o poi, porterà alla crisi finanziaria irreversibile.

E se diciamo che il danno ai terzi derivante dalla concessione abusiva risiede nella “opacizzazione del mercato, favorevole a ingenerare scelte irrazionali dei creditori (che non autotutelano la propria posizione) e dei terzi (che si risolvono a instaurare rapporti commerciali con una impresa insolvente)”²³⁰, la pericolosità della condotta della banca si concreta proprio nell'occultare dal contesto economico le manifestazioni dell'insolvenza. Quindi detta condotta ha l'effetto di sottrarre agli operatori economici un importante segnale d'allarme per trattare con le dovute cautele – o se necessario prendere i dovuti provvedimenti – nei confronti dell'impresa dissestata.

L'interpretazione sopraesposta del concetto di insolvenza ha l'ulteriore pregio di essere compatibile con la formulazione della concessione abusiva come “opacizzazione del mercato”.

²²⁸ Così G. TERRANOVA, op. cit., 7.

²²⁹ Secondo il modello esposto da G. TERRANOVA, op. cit., 9.

²³⁰ Così F. DI MARZIO, op. cit., 397.

Infatti, grazie al credito abusivo l'imprenditore insolvente riesce ad adempiere alle proprie obbligazioni ed evitare di fare ricorso a mezzi che manifesterebbero la sua situazione, qualche volta tipizzati dalla legge fallimentare (i c.d. atti anormali) o addirittura aventi rilevanza penale (art. 7 l. fall.) e che provocherebbero l'intervento del Pubblico Ministero.

Nell'economia aziendale, così come nel diritto fallimentare, un altro elemento indicativo dell'insolvenza è l'interruzione delle linee di credito.

Alla nozione di credito la dottrina storica²³¹ ha addirittura dato una qualificazione sociologica²³², incarnandosi "l'opinione sociale della ricchezza" nella condotta responsabile del debitore che riesce in questo modo ad ottenere la fiducia degli operatori economici con i quali si interfaccia. Sempre secondo questa dottrina, proprio a questi operatori (riuniti in un'ideale giuria di mercanti) dovrebbe essere demandata la valutazione sulla solvibilità dell'imprenditore in questione, lasciando al giudice fallimentare la sola omologazione di tale verdetto.

Ma a questo punto è induttivo che nel modello classico di concessione abusiva una giuria del genere non avrebbe elementi per operare, non essendosi ancora esternalizzata l'insolvenza attraverso alcuna manifestazione esterna.

Comunque, è importante osservare come sia necessario collocare le manifestazioni richieste dall'art. 5 l. fall. – che appunto, quando si ha concessione abusiva di credito, mancano – tra i semplici elementi probatori – elencati solo a titolo esemplificativo dalla norma – e non tra gli elementi costitutivi dell'insolvenza. In questo modo è possibile integrare come fatto costitutivo della concessione abusiva lo stato di crisi (irreversibile)²³³ del finanziato, per quanto i pagamenti continuino ad essere regolari.

²³¹ Vedi G. BONELLI, *Commento all'art. 683*, nel noto *Commentario del Codice di Commercio*, 1907.

²³² Ma al tema è sensibile anche la filosofia del diritto: al filo rosso che lega moneta - nel senso di quantificazione della ricchezza - fiducia e credito E. RESTA ha dedicato il secondo capitolo (*Talismani di cornalina*) di *Le regole della fiducia*, 2009.

²³³ E quindi, almeno ai fini della responsabilità, la crisi irreversibile equivale all'insolvenza, almeno nel senso che – preso atto che l'insolvenza è l'unica conseguenza possibile di questo tipo di crisi - se non è ancora una crisi finanziaria, consiste comunque in una situazione

Ma se queste manifestazioni esteriori mancano allora bisognerà ricorrere ad altri elementi per sancire la conoscibilità dell'insolvenza da parte del finanziatore.

Premesso che l'insolvenza consiste appunto nella cessazione virtuale dei pagamenti²³⁴, occorre dare un significato alla mera crisi di liquidità. Infatti tale crisi potrebbe anche essere transitoria e si potrebbe quindi trattare, tutt'al più, di stato di crisi (reversibile) e non certo di insolvenza²³⁵; oppure no: potrebbe essere proprio un sintomo – che il banchiere dovrebbe essere in grado di individuare – dell'imminente insolvenza.

E' chiaro come un accertamento del genere richieda una perizia tecnica di natura prettamente aziendalistica che si basi prima di tutto sulle scritture contabili dell'impresa, ma anche sulle eventuali segnalazioni nella Centrale dei Rischi e sui dati reperibili attraverso la consultazione del registro delle imprese. Proprio questi elementi di valutazione per il finanziatore possono essere manifestazioni dell'insolvenza solo a lui visibili e non certo agli ordinari fornitori.

Ed il punto è proprio questo: l'illiceità della condotta, in violazione quantomeno degli elementari principi di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost.) risiede anche nell'utilizzo egoistico da parte della banca degli elementi segnalatori dell'insolvenza cui accede per prassi professionale, se non per privilegio di categoria²³⁶.

Nei casi più gravi si potrà a causa di questa condotta anche avere un concorso con l'imprenditore nella bancarotta semplice²³⁷ (217 l. fall., n. 3 e

irrecuperabile già foriera di esternalità negative – almeno in senso prospettico – e comportante obblighi e cautele da parte degli *insiders* e dei soggetti a loro prossimi.

²³⁴ G. TERRANOVA, *Stato di crisi*, op. cit., 63.

²³⁵ Va a Gustavo Bonelli il merito di aver distinto, per primo, le situazioni di crisi di liquidità temporanea da quella irreversibile, e come tale non assoggettabile a fallimento, ma tutt'al più suscettibile di un intervento risanatore. G. TERRANOVA, op. cit., 27, ha tra l'altro osservato come queste due categorie corrispondano rispettivamente all'*überschuldung* (sbilancio patrimoniale e al *zahlungsunfähigkeit* (insolvenza) che seguono nel diritto tedesco un trattamento simile.

²³⁶ Addirittura, in alcuni casi, potremmo dire che è titolare di tali privilegi per concessione amministrativa, potendosi accedere alla Centrale dei Rischi solo in seguito al provvedimento autorizzativo all'esercizio dell'attività bancaria o di un'attività vigilata *ex art. 107 TUB*.

²³⁷ Sul punto, vedi L. TROYER, *Il concorso dell'istituto di credito nei fatti di bancarotta, tra libertà d'iniziativa economica e controllo del giudice penale, problemi ancora aperti e*

n.4) per aver ritardato la dichiarazione di fallimento. In questo modo è stato aggravato il dissesto attraverso finanziamenti che hanno prolungato le agonie dell'impresa dissestata e distrutto i residui valori patrimoniali.

8.1 La conoscibilità dello stato di crisi da parte della banca.

In questo scrutinio di natura aziendalistica bisogna innanzitutto esporre i criteri da seguire nella ricostruzione della valutazione del banchiere sulla solvibilità dell'impresa.

Qui si deve fare accenno alle due correnti principali.

La prima²³⁸ è detta "teoria patrimonialistica": l'insolvenza deve valutarsi in relazione alla situazione patrimoniale, tanto da poter essere racchiusa in una formula algebrica. L'imprenditore è insolvente quando l'entità dei debiti scaduti o in scadenza è superiore al patrimonio (valutato al prezzo di realizzo) sommato al credito.

Difficilmente oggi si può fare ricorso a questo criterio²³⁹ concepito in un'economia statica nella quale i flussi finanziari erano più o meno prevedibili, così come lunghe e farraginose le trasformazioni degli assetti patrimoniali. Del resto, questo metodo propone di fare una fotografia alla situazione economica dell'impresa²⁴⁰, di certo non sufficiente in un'economia dinamica e dai ritmi moltiplicati esponenzialmente come quella odierna. Ma più che nell'arretratezza del metodo, l'inadeguatezza di questo modello risiede nell'eccessivo peso dato al credito.

occasioni mancate, relazione al Convegno "La procedura pre-fallimentare ed i reati fallimentari: problematiche vecchie e nuove", Milano, 23 Gennaio 2012.

²³⁸ Di cui caposcuola fu F. FERRARA: vedi *Il Fallimento*, Milano, 1966 e ancora G. TERRANOVA, op. cit., 17, per una sintesi efficace.

²³⁹ Ma sorprendentemente, attraverso percorsi diversissimi anche R. C. MERTON, *Theory of rational option pricing*, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1973, 141, è arrivato ad elaborare un modello molto simile, se non per la diversa collocazione del credito non tra gli *assets* ma tra le *liabilities*: secondo l'economista la probabilità di default può essere espressa attraverso il modello delle opzioni (vedremo più avanti perchè). Secondo tale modello, detto *contingent claims model*, la probabilità di insolvenza si esprime nel valore che si ottiene nella differenza tra il *valore di mercato* dell'impresa e il valore delle obbligazioni a scadenza.

²⁴⁰ Come tale, sarebbe ben rappresentabile dal solo Stato Patrimoniale. In contrasto, è noto come l'analisi contabile non possa far a meno del Conto Economico, che non può certo essere racchiuso in un'immagine statica dell'impresa.

Merita di essere riportata integralmente la critica che una recente dottrina ha posto su questo punto: “una simile concezione non può essere condivisa, non solo perché il credito, nel senso dinanzi precisato, è un’entità evanescente, destinata a scomparire alla prima crisi di fiducia; ma soprattutto perché a ben guardare, esso non incide sul valore del patrimonio netto, bensì esclusivamente nella composizione quantitativa e qualitativa dell’attivo e del passivo. E’ evidente, infatti, che le somme prese a prestito dovranno pur essere restituite e che, pertanto, l’unico vantaggio – anche se non indifferente – per il debitore è di potere disporre della liquidità necessaria per tacitare i creditori più incalzanti e mettere al riparo l’organizzazione aziendale da un’immediata disgregazione”.²⁴¹

In particolare la felice intuizione contenuta nell’ultimo inciso riguardo all’utilità della finanza erogata in un contesto economico dissestato può essere un efficace argomento per tacitare coloro che sostengono che il credito concesso sia comunque e sempre un vantaggio per l’impresa finanziata e come tale non possa comportare responsabilità.

In opposizione alla tesi ora enunciata ci sono le teorie che guardano all’identità funzionale dell’impresa²⁴²: l’insolvenza andrebbe riferita all’impresa quale soggetto economico in divenire, senza potersi produrre alcun giudizio sulla sua situazione finanziaria prescindendo dalla considerazione delle sue precipue caratteristiche di entità dinamica. Perciò i flussi finanziari dell’impresa devono essere valutati in un quadro prospettico, in funzione del suo oggetto sociale e del suo essere un operatore inserito in un ambiente economico.

Questa posizione ancora oggi incontra resistenze che fanno leva, sostanzialmente, sull’autonomia della scienza giuridica e sulla pericolosità dell’importazione acritica delle categorie concettuali aziendalistiche nello studio del diritto²⁴³. Ciononostante oggi si ammette che le elaborazioni aziendalistiche abbiano contribuito allo studio della crisi d’impresa anche sul

²⁴¹ G. TERRANOVA, op. cit., 23.

²⁴² Esposte in G. Terranova, op. cit., 37. Nello stesso senso S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1964.

²⁴³ Così G. TERRANOVA, op. cit., 19.

piano prettamente ermeneutico. Ancora, si dice, del tutto diverse sono le finalità della scienza aziendalistica e di quella giuridica: mentre l'aziendalista è dedito alla ricerca delle cause del dissesto, il giudice “ è del tutto indifferente all'eziologia della crisi”²⁴⁴.

Infatti, il giudice fallimentare è obbligato ad impiegare le proprie scelte in un numero limitato di opzioni (quelle secondo diritto) sulla base di criteri puramente quantitativi. Questo assunto è innegabile in qualsiasi sistema di *civil law*; ma come insegna l'analisi economica del diritto²⁴⁵ anche avendo un numero limitato di scelte il dato economico può essere utile per scegliere quale sia, fra le opzioni disponibili, quella più efficiente.

La dottrina²⁴⁶ più attenta al dato economico ha posto l'accento sulla relazione tra la programmazione economica d'impresa e la crisi d'impresa.

Secondo questa prospettiva, l'insolvenza non sarebbe altro che una disfunzione della programmazione: viene allora proposto un modello di programmazione giuridica d'impresa che sia capace di soddisfare i requisiti di economicità richiesti dallo *status* di imprenditore, evitando attraverso una gestione efficiente che l'impresa diventi insolvente²⁴⁷.

Tale dottrina arriva a dire che l'imprenditore è sollecitato al raggiungimento dell'equilibrio economico non tanto dalla disciplina fallimentare, ma dalla stessa disciplina generale dell'impresa che già nel 2082 cc conterrebbe – o meglio imporrebbe – che la produzione sia orientata in modo da generare ricavi sufficienti ad alimentare l'attività²⁴⁸.

Senza questa tensione all'economicità dell'attività non ci potrebbe essere impresa. Ed è proprio per questo che quella parte del diritto dell'impresa che

²⁴⁴ Ibidem.

²⁴⁵ Che pure, non a caso, si è sviluppata maggiormente nei sistemi di *common law* ritenuti dai giuristi più efficienti proprio per la sinergia che il giudice può operare tra le valutazioni di natura economica e quelle di natura prettamente giuridica, anche solo attraverso lo strumento del *distinguish*.

²⁴⁶ Vedi D. GALLETI, op. cit., 156.

²⁴⁷ Secondo l'Autore il diritto fallimentare non sarebbe altro che un'appendice del diritto dell'impresa diretto “a sanzionare determinati momenti di svolgimento di un'attività economica rivolta alla produzione”. Così D. GALLETI, op. cit., 158.

²⁴⁸ Si noti che in questa accezione il concetto di ricavo o di attività si intendono utilizzati con un'accezione non giuridica, rimandandosi per un chiarimento al concetto di *economicità* per come sviluppato nelle elaborazioni della scienza dell'amministrazione e dell'economia aziendale.

si occupa – anche con l’ausilio dell’Autorità Giudiziaria – di riportare in equilibrio o espellere dal mercato le imprese in crisi, focalizza la propria attenzione sulla solvibilità dell’impresa, che quindi altro non sarebbe che lo specchio di una gestione in equilibrio tra costi e ricavi.

Sempre secondo la citata dottrina, l’obbligo giuridico di prosecuzione (efficiente) dell’attività d’impresa sarebbe ancora più evidente nelle strutture societarie laddove il 2380-*bis* richiede che gli amministratori compiano “le operazioni necessarie per l’attuazione dell’oggetto sociale”²⁴⁹.

Insomma, l’analisi economica ha già affermato che l’attività d’impresa si giustificerebbe, secondo la letteratura classica, per la capacità di abbattere i c.d. *agency costs*, ma anche gli altri costi transattivi²⁵⁰ relativi alla sua produzione. In questo modo l’impresa riesce a internalizzare i costi, concentrando le varie funzioni del processo produttivo²⁵¹, non essendo altro che un agglomerato di informazioni finalizzate ad uno scopo economico. E ancora, qui si afferma che l’impresa insolvente viene sanzionata dall’ordinamento quando le diseconomie della sua organizzazione aziendale producono esternalità negative, i cui danni vanno precipuamente limitati o, possibilmente, anticipati.

²⁴⁹ D. GALLETI, *Ibidem*, nota 14.

²⁵⁰ E qui non si può evitare di fare menzione alla celebre opera di R. COASE, *The Nature of the Firm. Economica*, (1937), nonché all’opera magistrale *The Problem of Social Cost* (1960), *Journal of Law and Economics*, 1 - 44, che gli valse il premio Nobel.

²⁵¹ E se è intuitivo affermare che non si tratti altro che di diversi gradi di *economie di scala* si coglie maggiormente la visionarietà di quel capitalismo illuminato prospettato da H. Ford e declamato perfino nell’omonimo caso - il fondamentale Dodge vedi Ford Motor Company, 204 Mich. 459, 170 N.W. 668. (Mich. 1919) – in una celebre arringa che elogiava le virtù delle economie di scala e dell’impiego in ulteriori investimenti dei ricavi dell’attività d’impresa – c.d. *auto-financing*, l’unica fonte di finanziamento interna secondo gli aziendalisti – a beneficio dei lavoratori e dei consumatori che avrebbero tutti avuto così la possibilità di acquistare una Ford – T a costi sempre più bassi. Questa intuizione empirica è spesso rivendicata tra i fondamenti di quella scuola statunitense che studia l’impresa quale *entità* risultante dalla somma non solo degli azionisti, ma anche dei dipendenti – tra i quali vanno inclusi gli amministratori - dei fornitori, dei creditori, dei consumatori e così via. All’*entity view* si contrappone la dottrina della *shareholder primacy* – di cui occorre citare i capiscuola A. BERLE e G. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, 1967 – secondo la quale il perseguimento dell’economicità dell’impresa non può che identificarsi con l’interesse degli azionisti al profitto; il problema ulteriore che si pongono gli autori che seguono questo filone riguarda il conflitto tra proprietà – di tutti gli azionisti - e controllo- degli azionisti di maggioranza, che sarebbero in una relazione, rispettivamente, di principale e agente. Tale problema è stato superficialmente indagato nel nostro diritto, data l’identificazione costante della proprietà col controllo, registrandosi nel nostro sistema economico pochissime *public companies* propriamente dette.

In altre parole, la sinergia tra la scienza giuridica e la scienza aziendalistica dovrebbe portare – e si perdoni il costante parallelo dell’attività d’impresa col ciclo biologico umano e il suo trattamento nella medicina²⁵², che non a caso ha già suggestionato tanta letteratura – ad un’evoluzione delle “terapie” concorsuali dalla cura della malattia alla prevenzione della stessa.

Ricorrendo ancora ad un’immagine già utilizzata dalla letteratura fallimentaristica²⁵³ cui si deve concedere il beneficio della “licenza poetica”, se il giudice fallimentare (o, in generale, il giurista) è il chirurgo chiamato a operare sull’impresa quando l’insolvenza è conclamata, il banchiere ne è il medico condotto, che vi intrattiene rapporti costanti e – quando non riesce ad evitare l’insorgere del male o non dispone delle risorse per curarlo – è tenuto a segnalare la scoperta di patologie.

In quest’ottica la banca, quale soggetto che maggiormente dispone degli strumenti atti a fare questa diagnosi preventiva²⁵⁴, non può non adeguare la propria condotta a queste finalità e, in caso di *misconduct*, essere ritenuta responsabile, almeno in concorso con l’imprenditore.

Proseguendo nello sforzo ricostruttivo e più precipuamente sulla normativa di diritto fallimentare, tale accennata dottrina prosegue esaltando la modernità e l’apertura della formulazione dell’art. 5. l. fall. all’integrazione con l’elaborazione aziendalistica.

Al contempo avverte, però, sul pericolo della recezione acritica delle categorie aziendalistiche, che potrebbero trasformare tale istituto in una “norma in bianco”²⁵⁵.

E allora, in una visione prospettica, se lo stato di crisi non è altro che lo specchio della disfunzione nella programmazione dell’impresa, che non l’aveva inclusa nella propria previsione, bisogna chiarire che se l’insolvenza conclamata abbia sempre all’origine una disfunzione nella programmazione. Comunque, non sempre il sorgere delle diseconomie nell’impresa porta ad un’insolvenza attuale: l’insolvenza potrà anche manifestarsi in un futuro più

²⁵² F. D’ALESSANDRO, *La crisi d’impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in AA. VV., *Crisi d’impresa e riforma della legge fallimentare*, 2002, 32.

²⁵³ G. Terranova, *Stato di Crisi*, op. cit., 18.

²⁵⁴ Non a caso, nella letteratura anglosassone si parla di *arm’s lenght finance* –

²⁵⁵ D. GALLETI, *La ripartizione del rischio d’insolvenza*, op. cit., 164.

o meno lontano, versando l'impresa che opera in diseconomia tutt'al più in stato di crisi (reversibile) che ancora non è insolvenza.

8.2 La decisione sul credito all'impresa prospetticamente insolvente.

Sempre facendo affidamento sulle tecniche di analisi aziendale, è ragionevole affermare che l'eventualità di un dissesto poderoso si possa rilevare già ben prima che esso sorga: attraverso il bilancio nonché attraverso le altre scritture contabili o il *business plan*.

Pertanto, occorre chiedersi come si debba comportare il finanziatore che si trova davanti al famoso "dilemma del banchiere"²⁵⁶: ovvero erogare o interrompere il credito, col rischio di incorrere nell'abusività del comportamento adottato.

Certamente non si può pretendere che l'evoluzione peggiore della situazione, il fallimento, gravi sempre e comunque sulla banca: si incorrerebbe in un'ipotesi di responsabilità oggettiva difficilmente sopportabile dal sistema creditizio, tanto più oggi che opera in regime di libero mercato.

Al contempo la condotta del banchiere deve essere conforme con l'esigenza attuale, affermata da più parti ²⁵⁷, che l'intervento – negoziale o giudiziale che sia – sull'impresa che in un futuro prossimo sarà insolvente deve il più possibile essere anticipato²⁵⁸; infatti non si può relegare l'insolvenza manifesta alla sola ipotesi della cessazione dei pagamenti. L'applicazione di

²⁵⁶ Figura utilizzata da tutta la dottrina che si è occupata dell'argomento: per tutti, vedi M. PORZIO, *Il paradosso del banchiere: la banca e l'impresa in difficoltà*, in *Il Fall.*, 1997, 1453.

²⁵⁷ Vedi a titolo di esempio ancora D. GALLETI, op. cit., nota 155.

²⁵⁸ Anche in merito a questa affermazione, Danilo Galletti non manca di dare un quadro economico (nota 158): il diritto delle crisi bancarie già da tempo risalente integra strumenti di intervento che anticipino il più possibile la manifestazione dell'insolvenza. E questa impostazione – recepita solo negli ultimi anni dal diritto fallimentare generale – non si può giustificare solo con l'importanza della funzione bancaria o per il timore della "corsa agli sportelli", ma perché è la stessa struttura delle banche che lo richiede: infatti le banche sono state la prima classe di imprese con *assets* smaterializzati e sensibili alle fluttuazioni di mercato. E' scontato a questo punto osservare che in un contesto economico che assiste già da tempo ad una massiva finanziarizzazione delle attività delle imprese industriali, questa formula deve essere importata, in virtù delle medesime ragioni economiche, anche nelle crisi delle imprese industriali.

questa vecchia interpretazione – si ribadisce, ancora una volta, formulata in un’economia sostanzialmente statica – porterebbe a gravare il ceto creditorio di un rischio eccessivo.

Premesso, quindi, che l’analisi delle sorti finanziarie dell’impresa dovrebbe estendere l’indagine su un periodo d’attività più o meno esteso senza limitarsi al solo futuro prossimo, bisogna chiedersi quale sarà l’esito dell’indagine “prospettica” sulla salute finanziaria dell’impresa che dovrebbe indurre la banca ad astenersi dal finanziare.

Certo: pur con tutti i suoi meriti l’analisi aziendalistica non è una scienza esatta e non può portare a risultati certi, tanto quanto più lontana sarà l’emersione delle disfunzioni rilevate nell’indagine. Emerge così la nozione – che afferisce al campo delle scienze quantitative²⁵⁹ – di *rischio d’insolvenza*: un rischio previsto, ma non ancora realizzatosi e, in quanto tale, dall’esito incerto.

Con riferimento all’indagine effettuata dal giudice nell’accertamento dello stato d’insolvenza, si è detto che “rientrerà pertanto nella discrezionalità dell’Autorità Giudiziaria stabilire nel caso concreto entro quale dimensione temporale debba essere contenuta l’indagine, e realizzare il giusto equilibrio fra rischio del falso positivo e negativo”²⁶⁰.

Prescindendo dal merito di un tale affidamento alla discrezionalità dell’organo giudicante nel valutare la condizione dell’impresa (ai fini, pubblicistici, dell’estromissione o del risanamento della stessa a garanzia di un’economia efficiente composta da sole imprese *in bonis*), tale ampiezza di giudizio non può attribuirsi anche al *bonus argentarius*.

Anche il banchiere diligente infatti è intento a valutare la condizione dell’impresa: al fine però privatistico – o quanto meno corporativo – di sana e prudente gestione dell’impresa bancaria ed al fine precipuo di assicurarsi che le somme affidate vengano restituite e che i rischi legali vengano minimizzati. Tale accertamento pertanto viene compiuto dal banchiere non

²⁵⁹ Ed in merito vedi R. C. MERTON, *Theory of rational option pricing*, op. cit., 141.

²⁶⁰ D. GALLETI, op. cit., 194.

nell'espletamento di una funzione pubblica, ma di un'attività economica privata²⁶¹.

In altre parole, pur essendo entrambe le figure, in ragione dei rispettivi ruoli, chiamate ad esprimere un giudizio²⁶², la palese divergenza ontologica tra i criteri, i metodi e le finalità di detto giudizio impongono di disegnare modelli di valutazione necessariamente peculiari per ciascuno di questi soggetti.

Così, *iure condito*, i rischi legali di natura penale sono esclusi di diritto (*ex art. 217-bis l. fall.*) qualora il finanziamento sia effettuato “in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* ovvero del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)”. Pertanto, quando vengono utilizzati questi strumenti è plausibile escludere la responsabilità anche sul piano civilistico.

L'utilizzo di queste procedure rileva anche sul piano fallimentaristico, alla stregua dell'esonero da revocatoria degli atti effettuati in loro esecuzione.

Comunque, è qui opportuno chiarire come lo strumento fallimentaristico (revocatoria) e quello civilistico (azione di responsabilità) operino su due piani diversi, da non confondersi: la giurisprudenza è piuttosto uniforme nell'individuare il fondamento della revocatoria fallimentare nel suo essere strumento deterrente alle lesioni alla *par condicio creditorum*. In altre parole la revocatoria ha natura distributiva²⁶³, di modo che i creditori ripartiscano tra loro il danno causato dall'insolvenza del debitore.

²⁶¹ Sebbene bisogna anche in merito a questo aspetto ribadire come qualche connotato di natura pubblicistica costituisca ancora un predicato del banchiere quale soggetto, e si pensi alla funzione monetaria e a tutto il settore della Vigilanza, dalle norme della Banca d'Italia alla Centrale dei Rischi.

²⁶² Ma a ben riflettere, nell'attività d'impresa sono molteplici le figure chiamate ad esprimere giudizi sulla sua situazione economica: si è già brillantemente osservato (in un intervento di Guido Rossi in occasione del seminario *Sistema dei controlli e diritto dell'impresa*, 22 Marzo 2011, presso Roma Tre, facoltà di Giurisprudenza) che all'interno delle imprese talvolta, ci siano quasi più controllori che esecutori, raggiungendosi nelle società finanziarie quotate almeno 12 o 13 “gradi” nella gerarchia del controllo per diversi tipi di operazioni. Ma anche altri operatori, esterni all'impresa, sono chiamati per professione a giudicare: si pensi innanzitutto alle Società di Revisione e ai Revisori esterni, così come ai consulenti spesso chiamati ad esprimere in giudizio sulla situazione finanziaria, ma anche solo i commercialisti e i tributaristi nella valutazione dell'attività economica ai fini della quantificazione dell'imposizione fiscale.

²⁶³ Come chiarito in Cass., Sez. Un., 28 Marzo 2006, n. 7028, in *Giur. comm.*, 2007, 573: il fatto che questa sentenza sia immediatamente precedente alle tre fondamentali sentenze

L'azione di responsabilità invece non ha necessariamente a che fare con l'insolvenza in sé; o meglio, l'insolvenza è solo occasione del danno: andrà pertanto dimostrato il nesso di causalità tra lo status dell'impresa, la condotta della banca e il danno subito dai creditori. La revocatoria fallimentare invece prescinde dall'indicazione del pregiudizio e si limita a richiedere il *consilium fraudis* fra debitore e terzo²⁶⁴.

Quindi, trattando la responsabilità delle banche, l'azione aquiliana ha la funzione di ristorare i creditori del danno subito in seguito all'evento costituito dall'erogazione abusiva. Tale evento, avendo offuscato l'insolvenza, ha indotto i creditori "successivi" a contrarre e dissuaso quelli precedenti dal tutelare il proprio credito, a prescindere dal sopraggiungere della dichiarazione di fallimento o dall'erosione della garanzia patrimoniale che costituirà semmai il quantum e non l'*an* del danno.

E il danno è tutto lì, nella violazione della libertà di contrarre o di autotutela dei creditori: è evidente la somiglianza con l'istituto anglosassone del *tort of detrimental reliance*, sul quale si tornerà in seguito.

Queste considerazioni torneranno utili più avanti nell'affrontare la relazione tra garanzia patrimoniale generale (2740 cc) e responsabilità della banca.

E' comunque ragionevole ritenere che, quando l'intervento è effettuato attraverso uno degli strumenti elencati dall'art. 217-*bis* l. fall., debba essere accordato anche l'esonero da responsabilità civilistica: sicuramente nel 182-*bis* in seguito all'omologazione del tribunale. E probabilmente il discorso è valido anche per i piani *ex art. 67 l. fall.*: salvo che non si dimostri che, nonostante l'attestazione dell'esperto, il piano era irragionevole e tale attestazione era intellegibile secondo gli strumenti a disposizione del *bonus*

"gemelle" delle Sezioni Unite in materia di concessione abusiva di credito è ulteriore conferma di quanto nel contesto di questo lavoro il riferimento alla revocatoria fallimentare sia importante, quantomeno per delineare i "confini" di questo tipo di responsabilità.

²⁶⁴ Ecco perché nella già citata sentenza 7028/2006 la Suprema Corte ha ritenuto che essa abbia natura indennitaria. Complesso invece il significato di un altro strumento civilistico che ha a che fare con le garanzie e con l'insolvenza: il 1186 cc. In proposito, vedi D. GALLETTI, op.cit., 93.

argentarius. In tal caso si dovrà probabilmente considerare una responsabilità in solido dell'attestatore e del finanziatore²⁶⁵.

Escludendo quest'ultima ipotesi, la responsabilità della banca per i finanziamenti eseguiti in esecuzione di piani o di accordi di risanamento sarà solo di natura contrattuale per le obbligazioni in esse contenuti. Pertanto sarà esclusa di diritto la responsabilità per concessione abusiva di credito – in virtù dell'affidamento nell'attestazione giudiziale o peritale cui è soggetta anche la banca, salvo prova contraria – ed il banchiere sarà responsabile solo per le obbligazioni contratte attraverso la sottoscrizione del piano. Dal punto di vista della banca, quindi, la materia del contendere sarà limitata all'esecuzione più o meno diligente delle clausole del piano sulla cui liceità altri soggetti – designati dal legislatore – si sono pronunciati.

Ma logica impone che ci sia un ultimo nodo da sciogliere: abbiamo detto che solo le procedure di cui agli art. 67 o 182-*bis* consentono di escludere la colpa del finanziatore per le esternalità negative causate dal dissesto qualora l'impresa sia insolvente. Abbiamo detto anche che, al contempo, lo stato attuale della tecnica d'indagine (qualitativa) – essenzialmente, fornita dall'economia aziendale – sulla solvibilità dell'impresa non può dare esiti certi.

Bisogna chiedersi allora come dovrà essere valutata la condotta della banca che, esclusa in seguito ad un accertamento più o meno penetrante sulla situazione dell'impresa la sua insolvenza attuale, ne ravvisi il rischio prossimo e, ciononostante, conceda credito al di fuori delle procedure di cui agli art. 67, 160 e 182 l. fall.

²⁶⁵ Si potrebbe obiettare che una costruzione del genere presenti alti costi di transazione, disegnando un "castello" di giudizi sul piano, comportanti tutti responsabilità in mancanza di diligenza: prima il giudizio dell'*advisor* – ovviamente non disposto dalla legge, ma implicito data la complicatezza di tali situazioni – chiamato dall'imprenditore a formulare il piano; poi l'*attestazione* dello stesso, infine il giudizio del *bonus argentarius* sull'attestazione (senza contare che se si parla di un'impresa societaria ci sono vari piani di giudizio anche all'interno della *governance* della stessa impresa). Ma tale "catena di controllo" è imposta dallo *status* dell'esperto attestatore, non sufficientemente indipendente da poter offrire una garanzia tale da poter ingenerare sempre un affidamento incolpevole da parte dei finanziatori: ad ogni modo, sia in seguito al d.l. 83 /2012 che alla riforma della professione di revisore del 2010 il profilo giuridico di questa figura sta cambiando.

Certamente non si vuole qui affermare che il credito concesso con mezzi diversi da quelli raccomandati dalle *Linee Guida*²⁶⁶ (cui si deve, sostanzialmente, la paternità dell'intuizione poi integrata nell'art 217-*bis* l.fall.) porti sempre a responsabilità in caso di insolvenza dell'impresa finanziata. Del resto, le stesse *Linee Guida* si occupano di escludere tale conclusione, perché si tratterebbe innegabilmente ed inaccettabilmente di responsabilità oggettiva.

Bisognerà allora calibrare la colpa del banchiere sulla penetranza della *due diligence* fatta sulla situazione finanziaria dell'impresa, nonché sugli strumenti prescelti nel caso decida di erogare credito. La colpa andrà inoltre valutata alla stregua dei canoni di *diligenza professionale* dell'*argentarius* modellati sul 2236 cc ed incardinati innanzitutto negli elementari principi civilistici e costituzionali sulla responsabilità d'impresa²⁶⁷. Bisognerà inoltre

²⁶⁶ Ci riferiamo ancora alle *Linee Guida per il finanziamento alle Imprese*: vedi *supra*, nota 27.

²⁶⁷ Ma può essere interessante anche un richiamo ad un'altra elaborazione dell'analisi economica del diritto: la responsabilità del *polluter* in merito alla quale è fondamentale l'analisi di G. CALABRESI, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, oggi consultabile su http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3043&context=fss_papers. Il *polluter*, letteralmente, è l'imprenditore che inquina e proprio in seguito alla sensibilizzazione degli economisti sulle tematiche ambientali si è sviluppato e studiato questo modello giuseconomico. Ma il rigore dell'analisi e la connaturata capacità di astrazione e generalizzazione nel metodo dell'analisi economica consente di trasporre questo modello anche in altri mercati, quale quello finanziario, trattando il *polluter* alla stregua di un archetipo di impresa che nella sua attività d'impresa produce *esternalità negative*, quale certamente è l'erogatore di credito abusivo che *inquina* il mercato finanziario occultando i segnali dell'insolvenza del suo cliente e gravando gli *assets* dell'impresa con le garanzie da lui iscritte. Questa brillante costruzione soprattutto è utile proprio nei casi di *tort liability* per decidere quale sia l'elemento psicologico minimo necessario per soddisfare le esigenze di efficienza del sistema economico, esigenze cui certo non è insensibile l'ordinamento bancario già solo quando impone la *sana e prudente gestione*. Senza scendere troppo nei meandri di quest'affascinante modello – e rimandando ai testi citati per il chiarimento delle nozioni fondamentali, a partire dalla *summa divisio* tra *property rules* e *liability rules* – si può qui richiamare lo stadio di quell'analisi che si (pre)occupa di fornire un modello per diversi livelli di attività (e di cautela) conseguenti ai diversi modelli di azione nella disciplina della responsabilità. Quindi se, poniamo, si può incorrere in un certo tipo di responsabilità per semplice *colpa* il *polluter* sarà indotto ad impostare i suoi livelli di attività fino al punto in cui gli accorgimenti necessari per soddisfare il criterio di diligenza minimo-efficiente non graveranno sui suoi bilanci più delle azioni di risarcimento, considerandosi esonerato da ogni obbligo quando la delicatezza della questione era oltre la diligenza che ci si può legittimamente aspettare dato il suo livello di professionalità, che va inoltre temperata con l'eventuale concorso di colpa del danneggiato nei casi di *contributory negligence*; la *strict negligence* (sostanzialmente, responsabilità oggettiva), come è intuibile, gli impone invece livelli di attività necessariamente più bassi e costi di produzione immensamente più alti, tali dal dissuaderlo, per raggiungere certi livelli di attività cui naturalmente tende in quanto operatore economico, dal sobbarcarsi quelle

tener conto della disciplina di Vigilanza – nazionale e internazionale – nonché degli usi (negoziali) di settore, nei quali rientra pienamente il Codice di Comportamento ABI del 2000: quanto meno per il legittimo affidamento che ingenera nei contraenti. Detto affidamento è ingenerato anche verso i terzi non contraenti del Codice, essendo alcune sue disposizioni rivolte anche alla tutela dei terzi (art. 1 del *Codice di comportamento*). Sempre che sussistano, chiaramente, i necessari requisiti oggettivi (art.2).

La prassi operativa consentirà di poter integrare negli usi bancari anche le *Linee Guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, che sembrano fin’ora essere state accolte positivamente, pur scontando ancora i limiti della loro giovinezza: il documento risale solo al 2010 ed è in tutt’ora in corso una sua riedizione aggiornata e arricchita con gli studi più recenti.

9. Il “nuovo” diritto fallimentare e il *favor per le banche*.

Snodo cruciale per impostare un modello efficiente di responsabilità della banca nelle crisi d’impresa è l’osservazione della riforma fallimentare del 2005 (nonché delle evoluzioni più recenti, tra cui quelle contenute nel d.l. 83/2012), soprattutto alla luce delle varie procedure stragiudiziali di risoluzione della crisi.

E’ incontestabile che la metamorfosi dell’ordinamento fallimentare abbia “disegnato per le banche un regime di netto favore, se non di vero e proprio privilegio”²⁶⁸, che si manifesta nelle esenzioni da revocatoria sia in materia di rimesse in conto corrente che di procedure o piani di risanamento²⁶⁹.

Proprio pagamenti e operazioni eseguiti in funzione di dette procedure, grazie al recente 217-bis l. fall. (inserito con l. 122/2010 e modificato

cautele che comunque graverebbero sui suoi costi in misura maggiore delle varie responsabilità per danni sapendo che in caso di errore la spesa per allestirle ed utilizzarle sarebbe andata praticamente a fondo perduto a nulla valendo per limitare la sua responsabilità. Su come questo modello possa essere importato nel settore bancario per arrivare ad un modello di erogazione prudente, vedi più avanti in questo capitolo a proposito dell’elemento soggettivo.

²⁶⁸ Così A. NIGRO, la responsabilità della banca nell’erogazione del credito, in *Le Società*, 2007, 439.

²⁶⁹ Nell’ambito dei quali è oggi stata inserita la disciplina dei finanziamenti funzionali alla prosecuzione dell’attività d’impresa, di cui al 182-*quinquies*.

anch'esso con il d.l. 83/2012) sono immuni da responsabilità penale per bancarotta semplice o preferenziale.

Vi è una certa uniformità nella più recente dottrina nel ritenere che tali esenzioni da revocatoria o da responsabilità penale comportino anche un esonero da doglianze di natura civilistica, almeno fintanto che detti strumenti rispettino i canoni richiesti dalla legge²⁷⁰.

In particolare, per quanto riguarda gli accordi di risanamento, la loro liceità intrinseca è garantita dal fatto che per essere posti in essere debbono passare per un vaglio economico-aziendalistico (dell'attestatore sull'attuabilità del piano) e per uno di natura legale (del giudice fallimentare²⁷¹) compiuti da soggetti esterni all'impresa e necessari all'omologazione.

²⁷⁰ Soprattutto, il rispetto di tali canoni deve essere consacrato – con l'eccezione dei piani di cui all'art. 67 l. fall. – dall'omologazione giudiziale. In questo senso vedi L. PANZANI, *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in *Crisi di Imprese: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, 2011, 194, secondo il quale “in linea generale non potrà parlarsi di responsabilità né degli organi della società che ha redatto il piano attestato o stipulato l'accordo di ristrutturazione o redatto il piano posto a fondamento della proposta di concordato preventivo né dei terzi finanziatori per le operazioni di finanza nuova”, anche sulla scorta della già citate *Linee Guida* della Assonime, del CNDCEC e dell'Università di Firenze, nonché F. BONELLI, *Concessione abusiva di credito e interruzione abusiva di credito*, in *Crisi di Imprese*, op.cit., 269, il quale peraltro distingue tra l'efficacia esimente dei piani e degli accordi di risanamento; conforme l'intervento recente di M. VITIELLO, op. cit, note 25 e 26 quando afferma che “oggi, a maggior ragione, considerato il nuovo quadro normativo, caratterizzato dall'introduzione di strumenti di soluzione concordata della crisi alternativi alle procedure concorsuali, deve ritenersi che la banca che si muove in un contesto negoziale caratterizzato dalla funzione di soluzione della crisi non possa essere considerata responsabile per concessione di credito abusiva. “*contra* però F. DI MARZIO, op. cit, 2009, p. 398 per il quale bisognerebbe comunque ammettere l'azione di responsabilità da parte dei creditori che non hanno aderito al piano di risanamento, responsabilità che sarebbe peraltro non per concessione abusiva ma per (cor-) responsabilità nella *mala gestio* dell'impresa, poiché il danno dipenderebbe “non dal finanziamento, o dal suo mantenimento, ma dalla scelta irresponsabile dall'amministratore (eventualmente fiancheggiato o assecondato dal finanziatore) il quale predispone un piano irragionevole o infattibile oppure non apporta le modifiche necessarie in corso d'opera; *contra* anche S. BONFATTI in *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare* in *www.judicium.it*, 21 per il quale gli “effetti protettivi” in favore dei creditori (e dei terzi in genere) sono circoscritti alla esenzione da revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione del “piano”: va comunque detto che gli Autori scrivono in un momento antecedente all'introduzione del 217-bis l. fall.

²⁷¹ Ma è necessario porre l'accento su di un ripensamento della figura del giudice fallimentare, almeno nell'affacciarsi a questo tipo di strumenti. Già Trib. di Milano, 24 gennaio 2007, in *www.ilcaso.it*, ha sentenziato che “nella fase giudiziale dell'omologa, il controllo non deve limitarsi alla mera constatazione asettica dell'intervenuta approvazione del piano, ma deve anche concretamente entrare nel merito del ricorso e soffermarsi con attenzione sulla concreta attuabilità del piano; Trib. di Bari, 21 nov. 2005, anch'esso in *www.ilcaso.it* ha inoltre chiarito che “la valutazione dell'accordo da parte del tribunale deve

L'omologazione, dunque, sarebbe atto idoneo a conferire pubblica fede sull'idoneità del piano ad escludere l'insolvenza, ovviamente *res sic stantibus*: qualora le condizioni che hanno determinato l'omologazione vengano meno (per esempio, perché è intervenuta una variabile esogena), è necessario un nuovo piano.²⁷²

Infatti ragioni di elementare logicità – nonché di economia del sistema giudiziario – evidenziano l'incongruenza di una situazione in cui il Tribunale Fallimentare, dopo aver accertato l'idoneità del piano al risanamento “con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei” si ritrovi (*ceteris paribus*) a giudicare una seconda volta sulla stessa operazione in occasione di un'azione di responsabilità. Soprattutto considerando che la soddisfazione dei creditori è stata già accertata in occasione dell'omologazione dell'accordo *ex art. 182-bis*²⁷³: ammettere un'azione di responsabilità in questo caso vanificherebbe la natura incentivante di questo strumento introdotto nel nostro ordinamento proprio per incoraggiare gli istituti bancari ad intervenire nel risanamento delle imprese in difficoltà.

L'unica tutela contro l'abuso degli accordi *ex art. 182-bis* può essere quella demolitoria, attraverso l'opposizione al piano prima della certificazione del Tribunale o nell'impugnazione dell'omologa stessa.

Lo stesso ragionamento non si può fare per i piani di cui all'art. 67, comma 3, lettera d), mancando il controllo giudiziario.

Nel recentissimo intervento contenuto nel Decreto Sviluppo²⁷⁴, il legislatore ha però rafforzato l'affidabilità del giudizio dell'attestatore.

avere ad oggetto la concreta fattibilità dell'accordo, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il pagamento dei creditori estranei che devono essere integralmente soddisfatti”. La necessità che il giudice fallimentare non si limiti ad un mero “controllo notarile” del piano, ma che – eventualmente con l'aiuto di un Consulente d'Ufficio – ne analizzi anche le conseguenze di natura strettamente aziendalistica, è stata ribadita da Fabio De Palo nel seminario: *Riflessioni su alcune ultime pronunce della giurisprudenza in materia fallimentare*, svoltosi il 18 Maggio 2012 presso Roma Tre, facoltà di Giurisprudenza.

²⁷² Così F. BONELLI, op. cit., nota 53.

²⁷³ Conforme F. BONELLI, op. cit., 274.

²⁷⁴ Il Decreto è stato approvato dal Consiglio dei Ministri del 15 giugno 2012 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 26 giugno 2012, n. 147 - Supplemento Ordinario n. 129

Dopo aver chiarito che è il debitore stesso a designarlo, il nuovo art. 67 – come modificato dal Decreto Sviluppo – richiede che il professionista possa essere considerato “indipendente” solo quando non legato all’impresa e a coloro che hanno interesse all’operazione di risanamento o da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l’indipendenza di giudizio. La norma inoltre esige che – oltre al possedere requisiti identici a quelli richiesti per la nomina a curatore fallimentare come già richiesto dalla vecchia norma – non si trovi in condizioni analoghe a quelle che secondo il 2399 cc determinano cause d’ineleggibilità o decadenza dei componenti del collegio sindacale. E tale incompatibilità non deve sussistere “neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale” deve aver avuto rapporti lavorativi con il debitore negli ultimi cinque anni o partecipato alla *governance* dell’impresa richiedente il piano.

In questo modo si pone una separazione netta tra la figura dell’attestatore e quella del consulente del debitore, che nella prassi venivano spesso a coincidere.

Il rafforzamento della responsabilità dell’esperto attestatore è rafforzato anche sul piano penalistico: il nuovo 236-*bis* integra tra le disposizioni penali della legge fallimentare la repressione del “falso in attestazioni e relazioni”.

A ciò va aggiunto che già il dlgs 39/2010 aveva ridefinito il ruolo dei Revisori, il cui accesso alla professione è ora vigilato dal Ministero della Giustizia: in generale si è assistito ad una “drammatizzazione” di questa classe di professionisti nelle varie occasioni – previste dalla legge – in cui certificano, attraverso un vaglio aziendalistico, lo *status* dell’impresa.

Ed il ruolo dell’esperto attestatore è così importante che è stato detto che la sua perizia tuteli i creditori laddove essi non possono contare sulla meritevolezza del debitore e sulla regolarità delle scritture contabili che oggi la legge non richiede più per la validità del concordato o del piano di risanamento, a differenza di quanto accadeva nella vecchia disciplina dell’amministrazione controllata²⁷⁵.

²⁷⁵ Così L. PANZANI, op. cit, 227.

A questo punto ci si potrebbe chiedere se questo rafforzamento dell'indipendenza e dell'affidabilità dell'attestatore, che certamente può determinare l'esenzione da revocatoria – ed è la stessa legge fallimentare a stabilirlo – sia anche idoneo ad esonerare la banca da responsabilità.

Il quadro è il seguente: la banca finanziatrice – che può e deve procedere ad un'autonoma istruttoria, possedendo tutti i mezzi per farlo²⁷⁶ – aderisce ad un piano che un esperto ha attestato essere ragionevolmente idoneo al risanamento. In caso di doglianza di terzi l'intervento giudiziale avviene solo *ex post* e non *ex ante* come negli accordi di risanamento.

Pertanto, occorre chiedersi come debbano essere compensati i terzi eventualmente entrati in rapporti negoziali con l'impresa successivamente all'esecuzione del piano o lesi dal piano stesso e dalla conseguente finanza erogata che ha avuto il solo effetto di aggravare il dissesto e posticipare l'apertura del concorso.

Chiaramente l'esperto non può essere immune da responsabilità, che saranno graduate sul modello della colpa professionale (contrattuale) verso i creditori “antecedenti” al piano²⁷⁷ e sulla colpa extracontrattuale verso i creditori successivi all'adozione del piano.

Certamente però l'esperto attestatore non è in questo caso il *cheaper costs avoider* e qualora si tratti di un soggetto individuale – salvo che si tratti di una delle multinazionali della revisione – non possiederà neanche un patrimonio abbastanza capiente da coprire il danno lamentato.

Anche questa considerazione di ordine economico-sociologico – oltre all'ineludibile standard di diligenza professionale che ci si deve aspettare dal finanziatore, che è quasi sempre una banca – porterà allora a dover comunque considerare la responsabilità del finanziatore per concessione abusiva di credito, che potrà tutt'al più agire in rivalsa verso l'attestatore per l'addebito del concorso nell'illecito o per responsabilità professionale.

²⁷⁶ Così L. PANZANI, op. cit., 247, secondo il quale “ove il finanziamento sia stato concesso da banche o enti finanziari dovrà prendersi in considerazione il fatto che questi soggetti sono istituzionalmente attrezzati a valutare autonomamente le condizioni per la concessione del credito, sì che essi non possono determinarsi a concedere il finanziamento in funzione dell'attestazione dell'esperto, ma dell'istruttoria autonomamente compiuta”.

²⁷⁷ Così L. PANZANI, op. cit., 237.

In definitiva solo gli accordi *ex 182-bis* costituiscono davvero un *safe harbour* per la banca finanziatrice. Comunque è possibile rilevare anche nei piani di risanamento garanzie tali da potersi temperare la responsabilità della banca – sia nell'accertamento dell'elemento soggettivo, sia nella quantificazione del danno il cui risarcimento potrà essere corrisposto in solido con l'attestatore – con le risultanze del piano attestato.

Occorre comunque limitare le ipotesi in cui la banca sia “costretta” ad utilizzare la forma degli accordi di risanamento.

Le *Linee guida* in merito sono chiare: l'intervento della banca è opportuno che rivesta tale forma “in presenza di un'impresa in crisi per la quale sussista un rischio rilevante di insolvenza” (Raccomandazione n. 1). L'intellegibilità di tale rischio andrà accertata in relazione alle risorse e alla diligenza della banca: tutte le volte il *rating* risulti – secondo gli strumenti a disposizione – negativo, la banca può sollevarsi da responsabilità verso terzi solo ricorrendo agli accordi *ex 182-bis*.

Una volta isolata l'area degli interventi stragiudiziali sulla crisi d'impresa, bisogna rivolgere ancora lo sguardo al diritto dell'insolvenza nel suo complesso per cercare di catturare la “direzione” impressa dal legislatore con gli interventi degli ultimi anni.

E' stato detto che questo indubbio regime di *favor* per le banche, in quanto diretto al risanamento delle imprese in crisi, “può e deve essere letto anche e proprio in chiave di incentivo”²⁷⁸, poiché “nella nuova disciplina alle banche non può assegnarsi il ruolo di semplici beneficiarie di trattamenti di favore”²⁷⁹.

Perciò “per l'affermazione di una responsabilità della banca [...] occorre ormai il vero e proprio dolo [...], occorre cioè: o il preciso disegno di mascherare l'insolvenza del debitore, per conseguire un qualche vantaggio a danno degli altri creditori per esempio, nuove garanzie o il pagamento di

²⁷⁸ Così A. NIGRO, op. cit., 440.

²⁷⁹ Ivi.

crediti pregressi, e così via, oppure la partecipazione consapevole ad operazioni fraudolente”²⁸⁰.

In quest’ottica infatti, un regime di responsabilità troppo severo verso le banche rischierebbe di scoraggiare l’intervento delle banche, essenziale per il risanamento delle imprese in crisi.

In sostanza, cogliendo l’“americanizzazione” del nostro diritto concorsuale che ormai privilegia i mezzi per il risanamento su quelli della liquidazione dell’impresa, l’unico modo per assecondare tale assetto è quello di ampliare esponenzialmente i privilegi già concessi dal legislatore alle banche in quanto principali artefici del risanamento.

In questo modo è possibile evitare che l’imprenditore in crisi, ma meritevole, diventi una sorta di *paria* escluso dalle vie del credito perché portatore di rischi eccessivi.

All’opposto, ed in aperta polemica, altra dottrina ha affermato che “la nuova disciplina fallimentare, cui è stato fatto riferimento, comporta semmai, piuttosto che un affievolimento dei doveri di comportamento della banca, la necessità di un maggior rigore e trasparenza nella concessione di credito [...]. Pertanto la banca dovrà aggiungere la perizia specificamente necessaria perché la erogazione di credito all’impresa in difficoltà sia giustificata sulla base di una valutazione di idoneità in concreto (e non certo in modo generico) al risanamento dell’impresa”²⁸¹. Ancora in un intervento recente si è sottolineata l’importanza dell’azione di responsabilità per concessione abusiva di credito proprio alla luce del depotenziamento della revocatoria fallimentare.²⁸²

La verità è che ancora una volta si confonde lo scopo con il mezzo e viceversa.

Sicuramente è vero che il nostro legislatore ha mutato il suo giudizio sull’imprenditore insolvente, che non è più – salvo casi gravissimi, magari con elementi di frode – un soggetto sottoposto a repressione penale e

²⁸⁰ Ivi.

²⁸¹ B. INZITARI, *L’abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, *Le società*, 2007, 463.

²⁸² I. PAGNI, *Revoca degli amministratori, azioni di responsabilità e tutela del credito*, in *Le Società*, 2012, 451.

necessariamente ad esclusione dal contesto economico. Anzi, ha rivolto lo sguardo verso l'esperienza anglosassone che nel suo spirito mercantile ha intuito l'inefficienza della distruzione sistematica delle attività che potrebbero essere risanate²⁸³. Così il diritto anglosassone ha elaborato strumenti volti a riammettere, a determinate condizioni, l'imprenditore insolvente nel contesto economico e che possono essere efficacemente riassunte nella formula dell'*honest but unfortunate debtor*. Questo debitore talvolta è meritevole di una *fresh start*: sono così stati integralmente trasposti nel nostro ordinamento istituti quali l'*esdebitazione* e i *piani di risanamento*.

Bisogna quindi parlare di un *favor* per il debitore, non per le banche.

Anzi, se proprio si vuole seguire coerentemente la via americana, si dovrebbero semmai incentivare ad intervenire nel risanamento gli operatori finanziari che utilizzano il capitale di rischio, quali le società di *venture capital* o determinati tipi di fondi di investimento, piuttosto che le banche italiane che operano prevalentemente attraverso il capitale di credito.

Comunque, proprio per favorire l'imprenditore meritevole è necessario enucleare aree nelle quali il finanziatore che intenda contribuire al riassetto dell'impresa possa intervenire con un ragionevole margine di sicurezza, onde non incentivare l'*adverse selection* che innalzerebbe esponenzialmente i tassi d'interesse a fronte del rischio dell'operazione.

Proprio per questo esistono gli accordi *ex 182-bis* e i piani di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l. fall., nonché gli ulteriori interventi finanziati, in pendenza di tali procedimenti, che oggi possono essere attuati per il proseguimento dell'impresa *ex d.l. 83/2012*.

Questi strumenti riescono a garantire la necessaria trasparenza ai creditori esclusi da dette procedure, che avranno conoscenza della situazione di crisi del debitore proprio perché la pendenza di tali procedure ne evidenzia lo stato di decozione, mentre finanziamenti fatti in altra forma rischierebbero di creare una falsa apparenza di solvenza.

²⁸³ Prendendo in prestito il modello di Ronald Coase, si può dire che la liquidazione dell'impresa costituisce una perdita sociale tutte le volte che il costo marginale della sua ristrutturazione è inferiore al suo valore residuo, inteso come il valore dell'azienda in sé quale organismo produttivo, valore ulteriore a quello dei singoli cespiti patrimoniali.

Allo stesso modo andranno incontro alle opposte esigenze dei finanziatori che sono disposti a finanziare ad un tasso d'interesse ragionevole solo a condizioni di rischio basse.

Come già evidenziato gli accordi di cui al 182-*bis* ne sono, tra gli altri, lo strumento principe, proprio per la particolare affidabilità conferita dall'omologazione del Tribunale nonché per la loro trasparenza. Infatti la legge prevede che debbano essere pubblicati nel registro delle imprese; il che ne comporta, fintanto che perdura l'efficacia del provvedimento del Tribunale, il totale esonero da responsabilità del finanziatore.

Insomma, abbiamo detto che la “malattia” dell'erogazione abusiva risiede proprio nella falsa apparenza di solvenza indotta nei terzi (verso i creditori concorrenti) o nella dannosità della finanza erogata senza un preciso scopo (verso l'impresa o quantomeno verso i soci non di controllo). Pertanto gli accordi *ex* 182-*bis* ne sono l'antidoto più efficace e non possono comportare strascichi di responsabilità verso chi li ha messi in atto.

Si tratta di un totale esonero da responsabilità – anche penale *ex* art. 217-*bis* l fall.– per le banche, che certamente costituisce un incentivo più che sufficiente all'intervento delle banche salvaguardando al contempo l'interesse dei terzi.

10. Il nesso di causalità: lo *status* dell'impresa rilevante.

Abbiamo dimostrato che la concessione di credito ad impresa il cui stato di decozione, secondo i suoi precisi criteri di diligenza professionale, dovrebbe inibire la banca dall'erogare nuova finanza – o quantomeno a farlo nelle forme più trasparenti, quali gli accordi *ex* 182-*bis* – costituisca atto illecito.

Occorre ora determinare se questa illecita condotta costituisca elemento sufficiente al determinarsi dell'evento dannoso per l'impresa finanziata o per i terzi, o siano necessari fatti ulteriori.

Innanzitutto, nessuna rilevanza può essere data alla dichiarazione di fallimento.

Per definizione, il danno subito dai terzi in seguito al credito concesso abusivamente viene a concretarsi proprio nell'occultamento del dissesto che si sarebbe altrimenti potuto evitare se l'impresa non fosse stata "artificiosamente tenuta in vita" e fosse stata quindi dichiarata fallita a tempo debito²⁸⁴. Pertanto la dichiarazione di fallimento non rileva ai fini dell'*an*, ma anzi, semmai rileva la procrastinazione della stessa. Infatti proprio la dilazione temporale tra gli atti di erogazione e la dichiarazione di fallimento determina l'impotenza dei creditori concorrenti rispetto all'erosione della garanzia patrimoniale. Questi ultimi si illudono sulla solvibilità del debitore proprio per il fatto stesso che continua ad ottenere credito presso le banche, notorio indice di affidabilità.

Insomma, il fallimento è solo una conseguenza (o meglio una delle conseguenze) dell'insolvenza che, se sussistente al momento dell'erogazione del credito, è già essa stessa condizione necessaria e sufficiente per potersi parlare propriamente di concessione abusiva di credito.²⁸⁵

Il danno sarà tanto maggiore quanto più si è dilatato questo periodo di operatività artificiale dell'impresa ormai spacciata, comportando l'ulteriore erosione della massa patrimoniale.

Concretandosi tale dilazione in una esternalità negativa, consistente nell'induzione dei creditori precedenti a non tutelare i propri crediti e di quelli successivi a contrarre con l'impresa confidando nella solvibilità dell'impresa finanziata, la dannosità di tale evento andrà temperata con la diligenza media di queste classi di creditori.

Quindi si può parlare, così come si è fatto oltreoceano, di una autonoma responsabilità del finanziatore per *deepening insolvency*, ma solo nei confronti dei soggetti che abbiano subito detta esternalità negativa.

E' evidente quindi che il discorso per quanto riguarda l'impresa finanziata dovrà essere diverso, non potendo, si è detto, l'imprenditore che è esso stesso contraente auto ingannarsi sulla sua situazione finanziaria²⁸⁶. L'evento

²⁸⁴ Così la fondamentale Cass., Sez. Un., 28 Marzo 2006, n. 7029, in *Foro it.*, 2006, 3417; ed in *Giur. it.*, 2006, 1191, con nota di M. SPIOTTA.

²⁸⁵ Così F. DI MARZIO, op. cit. 2009, 391.

²⁸⁶ Così F. DI MARZIO, op. cit., 400.

dannoso sarà dunque per l'impresa non tanto l'afflusso di finanza nelle proprie casse – che in una ricostruzione equilibrata, si è detto essere *atto neutro* alle sorti dell'impresa²⁸⁷ - ma l'utilizzo rovinoso della stessa in seguito alle decisioni degli amministratori.

Quest'ultima ipotesi gravita nell'orbita della responsabilità degli amministratori nella quale la banca potrà essere coinvolta in concorso o quale amministratore di fatto: come tale la sua trattazione in questo paragrafo qui si esaurisce, rimandandosene l'approfondimento nel merito al prossimo capitolo.

²⁸⁷ Trib. di Monza, 31 Luglio 2007, in *BBTC*, 2009, 375, che fa riferimento al dato contabile per cui la finanza erogata è iscritta contemporaneamente nello Stato Patrimoniale all'attivo e al passivo per la stessa cifra. Certamente è un passo in avanti rispetto a quelle posizioni che vedevano nella finanza erogata addirittura un vantaggio per l'impresa, ma tratta superficialmente il tema degli interessi: come è noto infatti, essi sono iscritti nel conto economico sotto la voce dei costi e costituiscono, sempre dal punto di vista economico, un reddito per la banca. Tale reddito dovrebbe essere giustificato dal "rischio di credito"; ma il rischio secondario qui in realtà non c'è – questi finanziamenti sono quasi sempre coperti da garanzie, che si consolidano fulmineamente se erogati nella forma del credito fondiario; il rischio d'insolvenza è dato praticamente per scontato, tanto che la banca si tutela assumendo posizione privilegiata proprio in funzione della dichiarazione di fallimento che, pur ritardata, è destinata a cristallizzare prima o poi gli *assets* dell'impresa. Se la causa di un qualsiasi contratto di finanziamento (dall'antica forma di mutuo ai moderni "esotici" istituti ormai integrati a pieno titolo nel nostro ordinamento, quale il leasing) è la dazione di un somma che verrà poi corrisposta ratealmente dal finanziato insieme agli interessi giustificati dal costo-opportunità che il finanziatore sopporta nell'essersi privato durante tutta la durata del contratto della somma erogata, può ravvisarsi detta causa in un contratto che ha solo lo scopo di agevolare la riscossione di un credito precedente? Tanto più che nella maggior parte di questi casi, non si verifica neanche un flusso di cassa dalla banca al conto del prestatore, ma solo l'iscrizione all'attivo di una liquidità equivalente alle passività verso l'istituto bancario. Se causa del contratto di finanziamento è quindi il trasferimento della disponibilità di una somma dal finanziatore al finanziato (tale da giustificare gli interessi), qui a detta disponibilità non si arriva mai, avendo l'erogazione l'unico effetto immediato di esonerare la banca dagli obblighi di segnalazione del credito in sofferenza che è stato così ristrutturato se non, come autorevolmente sostenuto, addirittura novato o dissimulato. Seguendo queste analisi che da diverse angolazioni evidenziano l'illiceità della causa del contratto di finanziamento, si può arrivare ad annullare il contratto di finanziamento e conseguentemente ad esonerare l'impresa dal pagamento degli interessi; la banca dunque potrà insinuarsi al passivo solo attraverso l'azione di indebito e concursualizzando gli importi erogati poiché in tale contesto sarà un semplice creditore chirografario.

SEZIONE III

L'ELEMENTO PSICOLOGICO

11. La gradazione dell'elemento soggettivo.

Come deve essere valutata la rilevanza della massa di informazioni a disposizione della banca nell'esercizio della sua attività creditizia, il cui corretto utilizzo è raccomandato dalla disciplina del credito così come dagli enti rappresentativi del ceto bancario ?

Più precisamente: occorre discernere se la banca sia responsabile solo quando la violazione di dette raccomandazioni è consapevolmente preordinata all'accaparramento di vantaggi illeciti nella prospettiva concorsuale e a svantaggio dei diritti dei terzi (dolo); oppure se la loro mera violazione, secondo gli standard di diligenza che ci si può attendere dal *bonus argentarius* comporti responsabilità, non solo quella amministrativa disposta dall'art. 145 T.U.B.

Bisogna premettere un dato pratico: ad oggi, l'organo giudicante chiamato a giudicare sulla responsabilità per concessione abusiva non si è mai posto il problema, perché l'intenzionalità nell'accaparramento dei vantaggi lesivi della *par condicio* era sempre manifesta nella condotta della banca.

Comunque, prescindendo dal dato fattuale, in punto di diritto si deve ammettere che fintanto che si discute di responsabilità aquiliana – e in mancanza di disposizioni speciali come accaduto in Francia²⁸⁸ – deve essere data rilevanza anche alla colpa, parificata al dolo nell'art. 2043 cc.²⁸⁹

Premesso il dato giuridico (e fattuale), ne sono state prospettate diverse considerazioni di natura economica, vertenti per lo più sull'incentivazione dell'attività creditizia che può essere risoltrice nelle crisi d'impresa.

Dette considerazioni comprendono posizioni scettiche, che anche in considerazione della riforma fallimentare vorrebbero circoscrivere la

²⁸⁸ Infatti il legislatore francese, inserendo nel Code Civil l'art. 650-1 (con l. n. 2005-845) ha limitato la responsabilità del finanziatore a solo tre casi, uno dei quali è appunto la frode.

²⁸⁹ Così F. DI MARZIO, op.cit., 393.

responsabilità della banca alla sola ipotesi in cui si ravvisi il disegno di mascherare l'insolvenza per conseguire illeciti vantaggi²⁹⁰.

Ma vi sono anche opinioni più aggressive verso le banche, per cui dalla banca ci si dovrebbe attendere un grado di professionalità tale che l'erogazione del credito – in quanto atto complesso – sia sempre meditata ed accompagnata dalla consapevolezza della sua eventuale abusività. In questo modo si potrebbe circoscrivere ad ipotesi meramente teoriche il finanziamento abusivo imprudente ma non doloso²⁹¹ ed addirittura capace di invertire l'onere probatorio gravando sulla banca la prova della sua discolta²⁹².

Ma più attendibile sembra quell'analisi più equilibrata e maggiormente consapevole delle dinamiche economiche che pone l'accento sulla trasparenza del mercato finanziario che è oggettivamente leso dalla condotta opacizzante, indipendentemente dalla consapevolezza del finanziatore che l'ha posta in essere. Del resto, si osserva, la protezione del banchiere negligente disincentiverebbe le procedure di *screening* e di *monitoring* che come già esposto producono esternalità positive per i terzi²⁹³.

Perciò questa soluzione va incoraggiata non solo per ragioni di coerenza giuridica, ma anche di efficienza economica,²⁹⁴ soprattutto in considerazione dell'affinamento delle tecniche creditizie e della sempre maggiore rilevanza nel nostro ordinamento delle esternalità negative della contrattazione privata.²⁹⁵

²⁹⁰ Ibidem, 440.

²⁹¹ Vedi B. INZITARI, op.cit., 52.

²⁹² Secondo A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca della concessione del credito*, op.cit., 76, gli specifici indizi rilevanti alla luce della professionalità del *bonus argentarius* che compongono la sua condotta dovrebbero essere considerati alla stregua di presunzioni della sua conoscenza dello stato di crisi dell'impresa finanziata; spetterà quindi alla banca abbattere queste presunzioni provando di aver adottato una condotta diligente – non rilevando detti indizi perché il caso presentava complessità tali dall'esonerarlo da responsabilità ex art. 2236 cc – o comunque di aver agito diligentemente erogando il finanziamento in presenza di un piano o accordo attestato che potesse far ragionevolmente portare al risanamento dell'impresa.

²⁹³ F. DI MARZIO, op. cit., 393.

²⁹⁴ Conforme D. GALLETI, op. cit., 439.

²⁹⁵ Ed emerge ancora l'archetipo della responsabilità del *polluter* non a caso già richiamata sul tema; per un approfondimento giuridico, si deve rimandare a A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in AA. VV., *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella*

12. Sulla pericolosità dell'erogazione di credito all'impresa insolvente.

In un'acuta riflessione sull'influsso della riforma delle procedure concorsuali nel ridisegnare il ruolo della banca finanziatrice, si è detto che il legislatore non avrebbe fatto altro che riconsegnare nelle mani dei creditori le fila di un gioco "pericoloso"²⁹⁶, depotenziando la capacità attrattiva del fallimento. Proprio la consapevolezza della pericolosità dell'erogazione di credito ad impresa anche semplicemente in crisi – non necessariamente finanziaria –, così come dei soprusi perpetrabili da parte dei creditori più forti verso i più deboli, hanno sviluppato le regole del diritto fallimentare.

Il punto è che semmai il gioco è diventato ancora più pericoloso, perché i mezzi di intervento concorsuali sono stati atrofizzati: ma l'attività di finanziamento di un'impresa è già di per sé un'attività rischiosa.

Insomma, il rischio di fallimento dell'impresa finanziata non è altro che uno dei rischi dell'esercente attività bancaria ed è certamente ontologicamente connesso alla sua attività²⁹⁷.

Si è osservato, in merito alla responsabilità per il trattamento dei dati personali, "come la banca sia di già il più importante tra i soggetti cui si applica una regola identica a quella delineata nell'art. 2050"²⁹⁸. Comunque la pericolosità dell'attività bancaria deve essere accertata in relazione al suo

prospettiva storico-comparatistica, a cura di L. VACCA, Torino, 2001; nonché P. G. MONATERI, *La responsabilità civile – trattato di diritto civile*, R. SACCO, Torino, 1998.

²⁹⁶ Così D. GALLETI, *Piccolo manuale*, op.cit., p. 2.

²⁹⁷ Ma ve ne sono anche altri, per così dire accessori dell'attività bancaria in sé: innanzitutto le obbligazioni di custodia che gravano sulla banca rispetto ai depositi dei clienti. Ma in una nota sentenza si è discusso anche degli obblighi di protezione del cliente gravanti sulla banca in occasione del rischio di rapine: qui la Suprema Corte ha avuto occasione di statuire che il "rischio per il cliente (...) non deriva dalla stessa natura dell'attività bancaria" così Cass. 11 marzo 1991, n. 2555, in *Foro it.*, 1991, 2802. Inoltre la banca è un soggetto che gestisce una quantità sterminata di dati personali, con rilevanti conseguenze in tema di *privacy*: è lo stesso articolo 18 della legge n. 675/1996 a statuire che il trattamento dei dati personali costituisce, appunto, attività pericolosa: tale norma è spesso richiamata in merito alla responsabilità per l'errata segnalazione nella Centrale dei Rischi. Quanto al furto d'identità allo scopo dell'utilizzo di utenze bancarie altrui, la ha stabilito che si tratta di attività che è "mera occasione dell'esposizione a pericolo del patrimonio od anche dell'incolumità fisica della clientela": così Cass., 16 dicembre 2008, 11 febbraio 2009, n. 3350. Comunque parliamo sempre di attività – la gestione di dati personali, la protezione dei depositi e delle filiali bancarie – che non costituiscono il *core business* – che è la raccolta del risparmio e l'erogazione del credito, art. 10 TUB – della banca, ma gli sono semmai strumentali.

²⁹⁸ Così D. MAFFEIS, *Prestazione di servizi di investimento: organizzazione e natura pericolosa dell'attività (Art. 2050 cod. civ.)*, su <http://www.dirittobancario.it>

core business (la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito) e non certo a quelle "attività connesse o strumentali" che pure l'art. 10 TUB elenca.

Ma è necessario a questo punto un richiamo all'evoluzione della disciplina generale delle attività pericolose nell'ambito dell'attività d'impresa²⁹⁹.

E' fatto acquisito che la disciplina della responsabilità civile si sia evoluta di pari passo con lo sviluppo della civiltà industriale.

E ciò ha portato a notevoli risultati in materia di responsabilità del produttore così come in materia di incidenti stradali creando, tra gli altri, la nuova categoria del "danno esistenziale" ed innestando timori per un'"americanizzazione" del nostro diritto della responsabilità civile. Peraltro, proprio il primo caso in cui è stata ammessa nel nostro ordinamento la risarcibilità dei diritti di credito aveva all'origine un incidente stradale³⁰⁰.

La dottrina più coraggiosa è arrivata addirittura a dire che l'imprenditore dovesse essere soggetto, in virtù del rischio d'impresa cui è *ipso iure* sottoposto, non alla responsabilità *ex* 2043, ma a quella oggettiva³⁰¹.

Tale regime si giustificerebbe poiché, si sostiene, l'imprenditore dovrebbe essere in grado di sostenere tutti i rischi insiti nella sua attività, che è sempre pericolosa. Tali rischi possono essere internalizzati anche attraverso un meccanismo di tipo assicurativo oppure caricandone i costi sul prezzo finale dei beni e servizi che l'impresa offre al mercato³⁰².

E' ovvio che, se si può prospettare un meccanismo del genere per un'impresa industriale, è ancora più agevole immaginarlo per un'impresa di natura finanziaria che certamente riesce ad internalizzare ancora meglio

²⁹⁹ Per un approfondimento della quale, vedi P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

³⁰⁰ Ci si riferisce al famoso caso Meroni, nel quale un calciatore aveva perso la vita in un'incidente stradale e la società calcistica aveva chiesto e ottenuto risarcimento per lesione del credito. Vedi Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1971, n. 174, in *Giur. It.*, 1971, 680, con nota di VISENTINI, *in margine al "caso meroni"*; in *foro.it.*, 1971, 1284, con nota di BUSNELLI, *Un clamoroso "revirement" della Cassazione: dalla questione "questione di Superga" al "caso Meroni"*.

³⁰¹ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, op. cit., 40.

³⁰² Ivi, p. 34. Peraltro tale riflessione sull'imprenditore come *cheapest-cost-avoider* – rispetto ai consociati che subiscono il danno – si può ritrovare anche in G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Yale University Press (1970).

determinati costi che può calcolare e gestire attraverso gli strumenti di *monitoring* che già impiega.

Del resto è ancora opportuno richiamare il fatto che lo *status* del banchiere sia quello di un'imprenditore *sui generis* sottoposto ad un particolare regime di responsabilità³⁰³. Uno *status* che ingenera un particolare affidamento nei terzi, "verso i quali si rende in qualche modo garante dei danni ad essi provocati dalla propria attività pericolosa o da cose o persone con cui ha un particolare rapporto"³⁰⁴.

Ed è pretestuoso affermare che il *periculum* di cui al 2050 cc sarebbe solo relativo all'incolumità fisica – che è solitamente l'oggetto leso nella responsabilità del produttore – ben essendo ammissibile nel nostro ordinamento anche il pericolo per il proprio patrimonio³⁰⁵. Non a caso si parla di *periculum* anche riguardo ai presupposti delle azioni cautelari di natura conservativa, azionabili quando il creditore abbia "fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito".

Ma possiamo apportare altri indizi alla supposta pericolosità dell'attività bancaria, quantomeno quando eroga credito ad cliente in odore di fallimento. Innanzitutto si tratta di un'attività riservata. Il legislatore ha ritenuto che fosse necessario sottoporla ad un particolare regime di autorizzazione e vigilanza, proprio per il rilevante influsso che ha sull'economia reale e finanziaria³⁰⁶. Inoltre si tratta di un'attività complessa – ed estesa nel tempo – che non si limita ad un singolo atto: proprio partendo dall'analisi del 2050 cc si è precisato che per attività deve intendersi una "successione continua e ripetuta di atti che si svolge nel tempo"³⁰⁷ e "a fini coordinati".³⁰⁸

³⁰³ E se ne parlerà, diffusamente, *infra*, Capitolo II, par. 6.

³⁰⁴ Così F. AZZARRI, *Responsabilità presunta, responsabilità oggettiva e danno non patrimoniale*, in *Resp. civ. e prev.* 2008, 1078. Per la verità l'Autore non si riferiva specificamente alle banche, ma tale disposizione può certamente essere utilizzata quale modello per diverse figure di imprenditore, tra cui rientra l'imprenditore bancario.

³⁰⁵ Tale nozione è stata introdotta nel nostro ordinamento anche in ossequio alle suggestioni della giurisprudenza americana, secondo la dottrina del *tort of detrimental reliance*.

³⁰⁶ P. ZIVIZ, *Le attività pericolose*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, 184, per il quale "la pericolosità può desumersi anche da indizi esterni, come la necessità di una preventiva autorizzazione rilasciata dalla Pubblica Amministrazione".

³⁰⁷ Cass. civ., 24 febbraio 1983, n. 1425, in *Resp. civ. e prev.* 1983, 774, con nota di G. OBERTO, *Sui rapporti tra le fattispecie di cui agli artt. 2043, 2050, 2051 c.c.*

Certo, sorge spontanea un'obiezione: tutte le attività, anche le più innocue, hanno un grado più o meno elevato di pericolosità.

Proprio per questo l'accertamento sulla natura dell'attività, per discernere se sia opportuno applicare il 2043 o il 2050 cc, deve rifarsi a criteri rigorosi. Tali criteri sono stati identificati, talvolta, in canoni di natura statistica³⁰⁹ che tengano conto della frequenza di determinati eventi dannosi rispetto ad un certo regime di attività.

E, sebbene se ne sia più volte manifestato ripetutamente il timore³¹⁰, tale regime non implica necessariamente un aggravamento indiscriminato della responsabilità delle banche ed una repressione dei loro interventi in occasione di un (talvolta necessario) risanamento. Né tantomeno si tratta di responsabilità oggettiva: è sempre data una prova scriminante che nella disciplina di cui al 2050 consiste nell'aver adottato tutte le cautele idonee ad evitare il danno. Ovviamente in questo caso tali cautele saranno costituite dalle norme di settore (sia primarie che secondarie) innanzitutto, nonché dalle *best practices* raccomandate dal Comitato di Basilea e dall'Associazione Bancaria Italiana. Siamo perciò sempre nell'orbita della colpa, ne è solo differente l'accertamento: il regime di cui all'art. 2050 non fa altro che tirarne "al limite"³¹¹ l'involucro.

Concludendo, se si assume che la disciplina della responsabilità civile abbia seguito l'evolversi della società industriale, laddove le grandi capitali industriali sono oggi diventate piazzeforti finanziarie anche il regime di responsabilità delle attività economiche si deve adeguare. E' ragionevole affermare che la formulazione dell'art. 2050, che agevola così tanto l'attore negli oneri probatori, sia stata sicuramente innescata da considerazioni di ordine sociologico, ad esempio riguardo coloro che si trovano ad essere

³⁰⁸ G. GENTILE, *Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose*, in *Resp. civ. e prev.*, 1950, 104.

³⁰⁹ Così Cass. civ., 2 dicembre 1997, n. 12193, in *Danno resp.*, 1998, 567, con nota di P. LAGHEZZA, *Quando il benessere fa male: la responsabilità del gestore di una sauna*.

³¹⁰ Da ultimo, vedi A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, 305.

³¹¹ Così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 300.

vittime di incidenti sul posto di lavoro o la dignità dell'individuo nella società dei consumi.

Tale profondità d'analisi non può venir meno a fronte dei numerosi scandali finanziari³¹² dello scorso decennio, che a causa della finanziarizzazione dell'economia hanno coinvolto direttamente o indirettamente tutti gli operatori economici.

Insomma, se il centro di gravità dei flussi economici si è spostato dall'economia reale a quella finanziaria, il giurista moderno non può farsene sfuggire l'importanza. E sebbene gli scandali finanziari accennati abbiano interessato discipline giuridiche diverse da quella bancaria³¹³, vi sono stati notoriamente coinvolti anche i risparmiatori, che ai sensi dell'art. 47 Cost. sono soggetti tutelati dalla disciplina di vigilanza creditizia.

In generale in una società informatizzata in cui transazioni di valore economico immenso possono essere effettuate nel giro di pochi secondi e nella quale l'*informazione* sembra essere diventata lo strumento più prezioso, non può negarsi la potenza dell'informazione sprigionata dalle banche nell'esercizio della loro attività creditizia.

Ogni atto della banca che instaura o termina una relazione creditizia³¹⁴ è capace di spostare gli assetti del mercato, sia creditizio che finanziario.

E' evidente che quando tale atto coinvolge un'impresa che è di per sé pericolosa per gli equilibri economici del mercato e per l'integrità patrimoniale degli *stakeholders* che la circondano, non si può non richiedere alle banche particolare cautela. Pertanto la banca che percepisca l'insolvenza – attuale o prossima – dell'impresa deve esercitare “tutte le cautele idonee ad evitare il danno”, raccomandate dal legislatore o dalle autorità di settore. In questo senso un *safe harbour* è sicuramente costituito dal procedimento di cui all'art. 182-*bis*, anche in virtù della prevista legittimazione giudiziale.

³¹² E basti citarne solo tre, in ordine cronologico: Enron, Parmalat, Lehman Brothers. Ed è cronaca recentissima quella relativa alla manipolazione dei tassi Libor ed Euribor perpetrata dai *top managers* di Barclays.

³¹³ E ci riferisce innanzitutto al diritto dei mercati finanziari (responsabilità da prospetto innanzitutto) o al regime di responsabilità dei revisori contabili, che non riguardano la disciplina dell'attività bancaria in sé, anche se spesso hanno visto coinvolte le banche.

³¹⁴ E si pensi all'altra discussa fattispecie di responsabilità della banca, la c.d. rottura brutale del credito.

CAPITOLO TERZO

LE RESPONSABILITA' CHE DERIVANO DAL CREDITO ABUSIVAMENTE EROGATO

SEZIONE I

LE ESTERNALITA' NEGATIVE DELL'ATTIVITA' CREDITIZIA

13. Un chiarimento necessario: rapporti tra revocatoria fallimentare, responsabilità patrimoniale e azione aquiliana.

In occasione della concessione abusiva di credito si rileva frequentemente un utilizzo scorretto dei privilegi bancari così come delle relative garanzie³¹⁵, di modo da far gravare l'incapienza patrimoniale del debitore comune sui creditori chirografari; analogamente si assiste ad una procrastinazione del concorso fallimentare stesso, di modo da rendere praticamente impossibile l'utilizzo delle revocatorie fallimentari – poiché viene allontanato il c.d. “periodo sospetto” – e vanificare la *par condicio creditorum*.

Ma nell'indagare i danni subiti dai terzi in conseguenza dell'erogazione abusiva non bisogna confondere questi fenomeni relativi alla responsabilità patrimoniale e ai principi fallimentaristici con quella particolare lesione della capacità di autodeterminazione dei terzi, procurata dall'offuscamento dell'insolvenza causato dall'intervento della banca e che è propria del fenomeno della concessione abusiva di credito.

In nuce il problema rientra nel fenomeno dell' *information asymmetry*, tale da ingannare gli operatori extrabancari sulla solvibilità dell'impresa finanziata dalla banca pur in assenza del merito creditizio.

Pertanto, qui la violazione del principio del *neminem laedere* – ai fini del rimedio aquiliano – consisterà solo e soltanto nell'accennata lesione della capacità di autodeterminazione contrattuale (dei creditori successivi) e di

³¹⁵ In merito a questi privilegi vedi *supra*, Capitolo 1, paragrafo 5.

autotutela (dei creditori precedenti), alterata attraverso l'intervento della banca.

Certamente si deve ammettere che la concessione abusiva di credito sia un fenomeno complesso, che tocca più discipline giuridiche: ma per conferire un minimo di scientificità all'indagine è necessario discernere e non confondere istituti giuridici (generalisti come quelli del diritto civile o speciali come quelli del diritto fallimentare e bancario) che rispondono ad esigenze diametralmente opposte³¹⁶. Perciò bisognerà dare la giusta collocazione al principio della *par condicio creditorum*, soprattutto chiarire se attraverso i privilegi bancari esso viene lesa oppure semplicemente derogato secondo la previsione del legislatore; ed analogamente bisognerà analizzare il principio della responsabilità patrimoniale del debitore *ex art. 2740 c.c.*

Innanzitutto, occorre distinguere tra gli elementi essenziali della responsabilità (verso terzi) per la concessione abusiva e gli elementi che invece sono eventuali o circostanziali e possono contribuire al massimo sul *quantum*, ma non sull'*an* della fattispecie.

Dal punto di vista oggettivo, l'azione aquiliana per concessione abusiva di credito richiede l'avveramento di tre presupposti.

Il primo è costituito dall'instaurazione o dalla prosecuzione di un rapporto creditizio in violazione della disciplina bancaria: tale comportamento della banca procura all'impresa finanziata la fiducia generalizzata degli operatori economici (*observers*) che la circondano³¹⁷.

³¹⁶ La medesima osservazione si può trovare in F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie "concessione abusiva di credito"*, in *BBTC*, 2009, 402, che afferma che "costruire la figura dell'erogazione abusiva escludendo morfologie eccentriche, come quelle che variamente comprendono l'impresa finanziata nel novero dei soggetti danneggiati, non solo sia necessario per l'autonomia della figura (e dunque per la coerenza dogmatica della stessa), ma sia inoltre funzionale a un più attento scrutinio delle molteplici e diverse responsabilità emergenti nella gestione della crisi e dell'insolvenza dell'impresa". Ancora, *ivi*, nota 78: occorre "evitare affrettate conclusioni attingendo all'una figura per dire dell'altra".

³¹⁷ Nello specifico, i creditori che non sono operatori finanziari nella letteratura classica della *law & economics* sono chiamati *non-sophisticated creditors*, includendosi nella categoria essenzialmente fornitori, clienti e dipendenti.

E' così che si crea una falsa apparenza di solvenza negli operatori esterni.

Tutti questi soggetti economici (dipendenti, fornitori, clienti dell'impresa dissestata) sono trascinati nel vortice finanziario dell'impresa che, già insolvente, continuerà a distruggere valore fino a quando il patrimonio non verrà cristallizzato attraverso la dichiarazione di fallimento: e proprio lo *status* di impresa dissestata costituisce il secondo requisito di fattispecie.

Ma occorre immediatamente chiarire: nessuna rilevanza, ai fini dell'azione aquiliana per concessione abusiva di credito, può essere data alla dichiarazione di fallimento in sé³¹⁸. E ciò, innanzitutto, perché – per

Essi hanno di solito un rapporto tra (piccola) esposizione e (alti) costi del *monitoraggio* tale da essere naturalmente soggetti al *moral hazard* dell'impresa debitrice; infatti il tasso d'interesse stipulato sul credito commerciale concesso è *standard* e non si adatta alle vicende finanziarie del debitore, proprio perché questi *fixed claimants* non dispongono dei necessari mezzi per valutarlo. Il tasso d'interesse richiesto potrebbe però essere adeguato all'inizio del rapporto, grazie all'utilizzo di banche dati creditizie o comunque forme di screening – anche superficiale – dell'impresa debitrice che consentano di stipulare un tasso adeguato: in questo caso abbiamo a che fare con *sophisticated creditors*, specialmente se parliamo di operatori finanziari; in ogni caso, difficilmente investiranno il necessario per adeguarsi in ogni momento alla situazione debitoria dell'impresa cui hanno concesso credito: perciò si parla quasi sempre di *non-adjusting creditors*. E anche quelle informazioni che sono di pubblico dominio (informazioni, ad esempio, reperibili attraverso il registro delle imprese o attraverso i rating delle agenzie private) talvolta sono troppo tecniche per poter essere adeguatamente valutate da operatori non finanziari. L'incapacità di monitorare personalmente il proprio debitore spinge questi operatori ad affidarsi a manifestazioni esterne che ne dovrebbero essere *indici* di solvibilità: è così che, dandosi per presupposta la loro diligenza, i comportamenti delle banche nei confronti dell'impresa debitrice sono capaci di influenzare il mercato: ed indubbiamente tale fenomeno si verifica anche a causa del noto rigore delle norme di vigilanza bancaria cui le banche sono sottoposte. Quindi il fatto stesso che vengano estese delle linee di credito crea negli operatori esterni la convinzione che l'impresa finanziata sia solvibile: il che nella maggior parte dei casi è vero, altre volte non lo è perché il credito viene erogato nonostante l'impresa non soddisfi i requisiti del merito creditizio e sia già insolvente.

³¹⁸ Così Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Corr. giur.*, 2006, 643, con nota di G. FAUCEGLIA, *Abusiva concessione di credito e legittimazione attiva del curatore: intervengono le sezioni unite*, per la quale “la concessione abusiva del credito per perfezionarsi e produrre pregiudizio, non deve essere collegata di necessità all'evento

definizione – il danno subito dai terzi in seguito all'erogazione del credito concesso abusivamente viene a concretarsi proprio in seguito all'occultamento del dissesto. Ed è evidente che occultamento del dissesto può esserci solo fintanto che la dichiarazione di fallimento non sopraggiunge. L'effetto della concessione abusiva non consiste nella provocazione della dichiarazione di fallimento: piuttosto, consiste nella procrastinazione della stessa.

E così gli strascichi dannosi del dissesto artificialmente prolungato (*deepening insolvency* nell'esperienza anglosassone) si sarebbero potuti evitare se l'impresa non fosse stata artificialmente “tenuta in vita” e fosse stata quindi dichiarata fallita a tempo debito³¹⁹.

Pertanto, bisogna tenere a mente che il rapporto di credito (o relazione creditizia) è un rapporto continuato³²⁰ e che tale fardello finanziario continuerà ad erodere gli assetti patrimoniali dell'impresa fintanto che l'insolvenza non si manifesti all'esterno. Perciò, considerando che solo in seguito alla esternalizzazione dell'insolvenza viene innescato l'accertamento giudiziario che porta alla sentenza di fallimento, si deve concludere che la dichiarazione sia, semmai, il termine finale della responsabilità verso terzi a causa del credito abusivamente concesso. Chiaramente bisognerà considerare che per aversi, in tutti i suoi elementi, il fenomeno della concessione abusiva, sia necessario anche il comportamento incauto o l'inerzia dei terzi danneggiati³²¹. Del resto, non si può negare che gli operatori economici siano soggetti ad un dovere di autoresponsabilità³²²: pertanto l'intervento della

fallimento, come la suggestiva prospettazione del ricorrente sembra supporre. Essa infatti rimane illecita e dunque possibile fonte di pregiudizio aquiliano, ancorché non venga seguita dal fallimento ed addirittura prima che questo si verifichi”.

³¹⁹ Così la fondamentale Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7030, cit.

³²⁰ E rapporto continuato non è solo l'apertura di credito: anche una singola erogazione, come accade nel mutuo, comporta una relazione contrattuale che non termina finché il debito non è estinto. E' per questo che sulla banca grava un obbligo di monitoraggio del debitore, a prescindere dalla (eventuale) finalizzazione della finanza erogata.

³²¹ Così F. di Marzio, op. cit., 392.

³²² Ivi.

banca concorre a causare il danno ingiusto subito dai terzi che sono stati danneggiati in seguito ad una propria azione (intraprendere relazioni contrattuali con l'insolvente) od omissione (mancata autotutela dei propri crediti) solo fintanto che le determinazioni prese dai terzi “non potevano essere scongiurate da una diligente osservazione del mercato, compatibile con i costi d'informazione sopportabili dal creditore e con la sua professionalità³²³. L'azione od omissione dei terzi danneggiati in relazione al loro rapporto con l'insolvente costituisce il terzo requisito.

Già solo con i tre presupposti accennati si ha la realizzazione di tutta la fattispecie oggettiva: la concessione abusiva³²⁴; la condizione di insolvenza dell'impresa finanziata³²⁵; l'incauta – perché indotta – contrattazione o acquiescenza dei creditori. A tali condizioni oggettive si deve aggiungere solo l'elemento soggettivo, del danneggiante e dei danneggiati.

E' fuorviante il riferimento ad altri elementi, che sono indici dell'avveramento di fattispecie diverse – o, al limite, concentriche – ma non certo di responsabilità verso terzi per concessione abusiva di credito³²⁶.

Questione differente rispetto alla concessione abusiva di credito sanzionata ex art. 2043 c.c. è l'abuso del diritto³²⁷: vedremo più avanti come il concetto

³²³ Ivi.

³²⁴ In questo senso, la concessione abusiva costituisce un'attività non tutelabile dall'ordinamento, perché in violazione delle norme di vigilanza relative al merito creditizio: questa osservazione tornerà utile soffermandosi sul concetto di attività abusiva.

³²⁵ E proprio all'individuazione di tale condizione nefasta sono dirette le norme sul credito abusivo.

³²⁶ Infatti: che ci sia stato un aggravamento del dissesto (*deepening insolvency* secondo la giurisprudenza nordamericana) più o meno grande e trascinoso più o meno a lungo; che la banca abbia fatto o meno iscrivere ipoteche – magari quelle fondiari di fulmineo consolidamento – erodendo la garanzia patrimoniale generica di cui all'art. 2740 cc; che l'impresa finanziata abbia continuato ad operare in condizioni di dissesto, sostentandosi con la finanza erogata, abbastanza a lungo da far prescrivere le rimesse in conto corrente (il che avviene quasi sempre, considerando che raramente le istruttorie prefallimentari durano meno di sei mesi) e le garanzie ipotecarie: questi sono tutti elementi che semmai aggravano il danno, ma la cui presenza non è essenziale per configurare l'illecito aquiliano. Peraltro non tutti sono tutelabili; a partire dal consolidamento delle garanzie, che pur in violazione della garanzia patrimoniale generica non è suscettibile di compensazione attraverso l'azione aquiliana: si rischierebbe di confondere i rimedi distributivi con quelli indennitari, un principio processuale (*par condicio creditorum*) con uno sostanziale (*neminem laedere*).

di abuso assuma un determinato significato nella sua qualità di principio generale dell'ordinamento – per come elaborato dalla dottrina civilistica³²⁷ – e come assuma altre connotazioni quando delinea una precisa fattispecie tipizzata dal legislatore. La responsabilità aquiliana presuppone un atto sempre e comunque illecito (costituito da un'attività abusiva), mentre l'abuso di un diritto accordato da una norma giuridica è semmai ingiusto e immeritevole di tutela, ma di per sé lecito: pertanto, se nel primo caso si parlerà di concessione abusiva del credito, nel secondo si parlerà di abuso nella concessione del credito.

Come noto, l'azione aquiliana è uno strumento civilistico: pertanto è opportuno innanzitutto discernere tra le situazioni soggettive che essa tutela e i principi speciali – e precipuamente funzionali – del diritto fallimentare, che non interessano la fattispecie di abusiva concessione del credito in sé.

In questo senso è opportuno porre un *distinguo* tra i principi fondanti l'azione aquiliana e quelli su cui si basa il più importante strumento delle procedure concorsuali: la revocatoria fallimentare; e ciò anche allo scopo di escludere l'influenza sulla fattispecie di concessione abusiva di credito delle differenti problematiche relative alla responsabilità patrimoniale ed ai rapporti tra i creditori in concorso.

Gli strumenti sopraindicati appartengono a due mondi diversi: la revocatoria fallimentare è un'espressione di un principio processuale, la *par condicio creditorum* (che è una finzione giuridica), mentre l'azione aquiliana lo è del principio sostanziale del *neminem laedere* (riconosciuto dall'ordinamento in quanto diritto vivente). La prima serve a distribuire

³²⁷ Questa figura è spesso richiamata dalla dottrina che si è occupata di concessione abusiva di credito: vedi, per tutti, F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, 91, che la include, nel caso specifico, tra i casi di abuso della libertà contrattuale.

³²⁸ Ci riferiamo alla dottrina a partire da P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *rivista di diritto civile*, 1965, 205; ma vedi anche S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche – Sez. civile*, vol I, Torino, 1987, 1; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto, Il diritto soggettivo*, a cura di G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEO, P. G. MONATERI e R. SACCO, Torino, 2001, 281.

equamente un diritto sul quale non si discute³²⁹ – poiché delle somme o dei beni revocati beneficerebbero coloro il cui credito è stato già accertato in occasione dell'insinuazione al passivo – mentre la seconda serve ad accertarne la lesione di modo da poterlo compensare attraverso un risarcimento.

Nello specifico, la revocatoria fallimentare tutela il principio (fittizio) della *par condicio creditorum*, solo e soltanto entro le situazioni disciplinate dalla legge fallimentare e nei limiti definiti dal legislatore: questo strumento non è altro che una “creatura³³⁰” di quel costrutto giuridico che è il concorso fallimentare; come tale, non hanno rilevanza al di fuori dei limiti oggettivi e temporali di 6, 12 o 24 mesi elencati nell'art. 67 l. fall. né il suo esperimento né il suo mancato esperimento.

Il curatore fallimentare quindi, non è altro che un'emanazione della pubblica autorità, cui il legislatore ha conferito la direzione del recupero collettivo, il cui strumento principale è la revocatoria fallimentare, che interessa il *secondary risk* (rischio d'incapienza): chiaramente, prerequisite è l'evento-insolvenza, relativo al *primary risk*, si sia già verificato.

Pertanto, come tutti gli atti esecutivi – collettivi o individuali che siano – l'azione revocatoria è di per sé una costruzione del sistema giuridico; infatti il recupero del credito è un atto autonomo del creditore che non presuppone la collaborazione del debitore: piuttosto, è un atto che ne prevarica le volontà.

L'insolvenza, invece, riguarda l'adempimento (mancato) del debitore, atto per definizione volontario. Contrattare – o continuare a contrattare – con un insolvente è sempre dannoso poiché, pur ammettendo che l'impresa adempia per intero, lo farà sempre con tempi dilatati rispetto all'impresa sana ed

³²⁹ Come noto, la revocatoria fallimentare è lo strumento recuperatorio per eccellenza: non a caso è definita *strong arm* nel suo equivalente anglosassone. Conforme Cass., 28 Marzo 2006, n. 7028, cit., secondo la quale l'azione ex art. 67 l. fall. avrebbe proprio natura distributiva.

³³⁰ P.G. JAEGER in *Par condicio creditorum, Fall.*, 1984, 63, definisce la regola come una “norma di polizia processuale”.

efficiente. Gli altri operatori economici non potranno fare altro che evitare o cercare di limitare i danni evitando di intraprendere relazioni contrattuali con l'insolvente o terminando al più presto quelle già in essere: ma la loro capacità di discernimento può essere alterata dalla falsa apparenza di solvenza procurata dall'intervento della banca.

E qui si offre spunto per un ulteriore chiarimento.

Parlando di concessione abusiva di credito è fuori luogo il riferimento a fattispecie quali la lesione del credito o l'induzione all'inadempimento. Qui l'effetto dell'offuscamento dell'insolvenza non è di rendere impossibile la prestazione del debitore: che il debitore non adempia è un fatto suo proprio³³¹, reso difficile dalla mancanza di liquidità cui causa naturale è l'insolvenza: e non si può certo addebitare la situazione di insolvenza all'intervento della banca. Il problema è che in questo vortice dannoso vengono attratti soggetti che altrimenti si sarebbero astenuti dal contrattare (o avrebbero provveduto a ricorrere agli idonei mezzi di tutela se già creditori), quando ancora i danni causati dall'insolvenza potevano essere arrestati prima che arrivasse l'intervento della disciplina fallimentare, sperando i rimedi recuperatori individuali.

Insomma, si può dire che esista un diritto all'autotutela³³² dei propri interessi. In questo caso i legittimi titolari non hanno modo di esercitare tale

³³¹ Si è già da tempo concluso che l'esatto adempimento costituisca un atto di autonomia privata del debitore: per uno studio recente vedi E. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, 2012, 186.

³³² Non a caso L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale (artt. 2740-2744)*, in *Il Codice Civile - Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1991, 24, giunge alla conclusione che il diritto dei creditori verso il debitore, sulla base della garanzia generica *ex art. 2740 cc*, costituisca un diritto potestativo che si esplica attraverso l'esperimento dei rimedi civilistici (azione revocatoria, surrogatoria, sequestro conservativo, etc.) cui presupposto è proprio l'insolvenza; in merito occorre precisare ancora una volta la loro natura indennitaria piuttosto che distributiva (propria invece dei rimedi fallimentari), come ha chiarito Cass., Sez. Un., n. 7028, 28 Marzo 2006, cit. In argomento vedi anche S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Milano, 1935, 141. Comunque tale intuizione sulla posizione dei creditori è ampiamente suffragata anche dagli studi economici che hanno già da tempo il diritto dei creditori sul patrimonio dell'impresa ad un *diritto di opzione*: laddove,

diritto, a causa del condizionamento che la banca impone sui comportamenti dei creditori dell'impresa insolvente: il diritto all'autotutela costituisce certamente un principio generale dell'ordinamento e come tale è tutelabile attraverso l'azione aquiliana.

Quanto al “concorso dei creditori”, sebbene esso sia un tema già considerato dal diritto privato generale (2741 cc), per espressa scelta del legislatore il concorso dei creditori del debitore commerciale è disciplinato dagli istituti della legge fallimentare³³³ e pertanto deroga al diritto generale dell'insolvenza

dal lato passivo l'impresa ha diritto ad estinguere il rapporto pagando non oltre la scadenza prevista, mentre dopo i creditori possono utilizzare l'opzione *put* liquidando l'impresa. Sulla base di questa intuizione R. C. MERTON, *Theory of rational option pricing*, *Bell Journal of Economics and Management Science*, 1973, 141, ha costruito un modello matematico predizione dell'insolvenza proprio basandosi sulla *options theory*: e l'intuizione economica torna anche nel nostro sistema, essendo l'opzione un tipico diritto potestativo.

³³³ Questa visione trova conferma anche nella più autorevole letteratura americana, che a lungo si è interrogata sulla natura del diritto fallimentare: vedi in particolare T.H.JACKSON, *Bankruptcy, non-bankruptcy entitlements, and the creditors' bargain* (1982) 91 *Yale law Journal*, 857; *Avoiding Powers in Bankruptcy* (1984) 36 *Stanford law Review* 725; *On The Nature of Bankruptcy: an essay on Bankruptcy sharing and the creditors bargain* 1989, 75 *Virginia Law Review*, 155 (co – authored with Robert e. Scott). Secondo l'Autore il diritto concorsuale esiste principalmente per evitare i problemi tipici dei “beni in comune” (*common pool*), quale sarebbe la massa patrimoniale del debitore, ed evitare problemi di *free riding* (ovvero abusi perpetrati da alcuni creditori verso gli altri) ed in particolare che le singole esecuzioni sul debitore (*non-bankruptcy remedies*), difficilmente coordinabili a causa degli alti costi transattivi, portino ad un'aggressione scoordinata del patrimonio del creditore secondo il meccanismo *first come, first served* creando inevitabilmente disuguaglianze per i creditori che non dispongono di sufficienti informazioni per intervenire tempestivamente. E gli studiosi americani, su queste basi, hanno costruito altri modelli, passando per l'integrazione con i risultati degli studi economici (particolarmente il teorema di Modigliani-Miller sull'irrelevanza della struttura finanziaria dell'impresa), arrivando a dire che il sistema fallimentare, per i creditori, non è altro che un semplice sistema di opzione, laddove la richiesta di liquidare l'impresa non sarebbe altro che l'esercizio dell'opzione *put*. Rilevanti anche gli studi sulle garanzie, secondo i quali l'erogazione del credito su garanzia (nella forma del *security interest*) sarebbe uno *zero sum game* nel quale il vantaggio dei creditori che hanno iscritto una qualche garanzia sarebbe compensato dagli

(civile³³⁴) e delle garanzie³³⁵. La particolarità del diritto fallimentare è data dalla sua appartenenza al diritto commerciale che, a differenza del diritto civile, ha una costante di fondo, il rischio. La solvibilità dell'impresa è un concetto dinamico, che può essere disciplinato solo da un legislatore che abbia considerato quella serie infinita di eventualità – potenzialmente dannose per la comunità – che, *ex ante* o *ex post*, circondano l'insolvenza. Solo dopo averle ben ponderate, interviene applicando determinate soluzioni

altri creditori attraverso un innalzamento del tasso di interesse o – preso atto che non tutti i creditori possono essere informati sulla situazione patrimoniale del debitore, cioè che esistono dei *non adjusting creditors*, peraltro la maggioranza – quantomeno dal fatto che poiché il debitore paga un interesse minore al creditore garantito, il suo rischio d'insolvenza si riduce a beneficio di tutto il ceto creditorio.

³³⁴ Precisazione necessaria, poiché l'insolvenza commerciale è ontologicamente diversa da quella civile: essa, per il debitore civile, consegue direttamente all'incapienza patrimoniale, potendosi azionare il rimedio *ex art. 1186 c.c.* quando “il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse”; e tale situazione è statica: non è prevedibile che il patrimonio del debitore incrementi in seguito ad investimenti, non trattandosi di un soggetto che esercita attività economica; o meglio, qualora eserciti attività lavorativa quale dipendente o libero professionista, in effetti la spesa in formazione professionale costituisce un investimento, ma certamente non è paragonabile al rapporto tra investimenti (costi) e ricavi messi in atto dall'impresa commerciale: ed è per questo che l'insolvenza dell'impresa commerciale è un concetto dinamico, sul cui accertamento non si può prescindere da valutazioni aziendalistiche, ben potendosi avere un'impresa incapiente ma efficiente (e quindi sana, semmai con poca liquidità, comunque compensabile dal ricorso al credito che in questo caso sarebbe lecitamente erogato) ed una capiente ma in crisi economica, cui consegue necessariamente la crisi finanziaria (insolvenza) in mancanza di un ragionato *business plan*.

³³⁵ Così traspare da Cass., Sez. Un., n. 7028, 28 Marzo 2006, cit. Qui le Sezioni Unite sono arrivate addirittura ad annullare una garanzia ipotecaria: o meglio essa si era già estinta in seguito al pagamento fatto dal fallito, ma ne è stata esclusa la riviviscenza in seguito alla revoca del pagamento. È stato detto che tale decisione costituirebbe una violazione dell'art. 2741 – appunto intitolato: concorso dei creditori – nel punto in cui degrada a chirografario un creditore titolare di garanzia ipotecaria, costituente privilegio come disposto nel secondo comma; ma in questo caso si è ritenuta prevalente la forza della revocatoria fallimentare, che nel suo raggio d'azione – tale pagamento era avvenuto nei due anni precedenti ed è stata accertata la *scientia decoctionis* – può derogare alle norme codicistiche.

di politica economica, i cui limiti sono siti tra il primo (l'iniziativa economica privata è libera) e il secondo comma (non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana) dell'art. 41 Cost. Di fronte al rischio d'incapienza – di notevole entità in un sistema di imprese sottocapitalizzate e sottoposte a capillare leva finanziaria – il legislatore fallimentare si assicura, quantomeno, che l'eventuale differenza tra attivo e passivo venga comunque redistribuita tra tutti gli *stakeholders coinvolti*. In altre parole, il verificarsi dei presupposti per la revocatoria fallimentare presume – per scelta di politica legislativa – la scarsità del “bene comune” dei creditori, la massa patrimoniale, e pertanto assoggetta a concorsualizzazione tutti gli atti contemporanei all'insolvenza³³⁶ ma soltanto entro i limiti soggettivi ed oggettivi determinati dal legislatore.

In sostanza, lo strumento principale del curatore, la revocatoria fallimentare, ha proprio la funzione di redistribuire le perdite qualora si avveri il rischio di secondo livello (*recovery risk*). Come si evince dalla disciplina della revocatoria fallimentare, la ragione dell'istituto non è tanto sanzionare i comportamenti scorretti verso gli altri creditori in quanto tali, cioè concretamente dannosi: il legislatore fallimentare semplicemente esige che quando il singolo creditore ha la possibilità di avvertire il vicino fallimento

³³⁶ Si potrebbe dire: presumendo l'incapienza, il diritto concorsuale interviene perché presume un danno: anche quest'affermazione è opinabile. Osservando la “graduatoria” che il legislatore ha posto per la soddisfazione delle varie categorie di crediti (garantiti o chirografari, muniti di privilegio speciale o generale, etc.) sono evidenti anche le scelte politiche del legislatore fallimentare, per esempio nel mettere subito sotto i crediti prededucibili quelli relativi ai tributi dello stato – e se si tratta di tributi indiretti, prevalgono addirittura sulla garanzia relativa al bene al quale corrisponde il tributo – o nel mettere sempre ai “piani alti” della graduatoria i crediti da lavoro e legare in generale i beni in possesso al debitore a coloro che li hanno erogati (vedi l'art. 2762, privilegio del venditore di macchine). E qui cade anche una certa concezione della *par condicio creditorum*: i creditori non sono davvero tutti uguali, ma sono divisi in “classi” inserite nella graduatoria in ragione di scelte di politica economica e sociale più che di limitazione dei danni patiti in seguito all'insolvenza. Anche qui emerge la distanza tra il diritto civile e il diritto dell'economia.

non ottenga vantaggi individuali, per finalità distributive e a prescindere dal danno³³⁷. Infatti è teoricamente possibile – seppure inverosimile – che l'imprenditore sia fallito nonostante la capienza del suo patrimonio, magari anche di molto superiore alle passività. In questo caso un creditore che riceva un pagamento o iscriva una garanzia erodendo parte del patrimonio non arreca nessun danno³³⁸: ciononostante, entro le condizioni dell'art. 67 l. fall. tale atto è revocabile, si potrebbe dire perché l'esperimento dello strumento revocatorio presume l'incapienza, presume che non tutti i creditori potranno essere soddisfatti integralmente.

Ma a questo punto viene da chiedersi come si collochino in questo quadro le norme bancarie che derogano al diritto fallimentare³³⁹, per cui si è concluso che, se tra i creditori vige un regime di *par condicio*, il banchiere sia un *primus inter pares*³⁴⁰.

Bisogna distinguere quand'è che l'interesse dell'ordinamento, in qualche modo, si realizzi attraverso i particolari "privilegi" concessi al ceto bancario, che talvolta prevalgono sulla tutela di altre posizioni soggettive. E quando, piuttosto, tali privilegi sono utilizzati abusivamente dalle banche, solo per finalità fraudatorie ingiustificatamente lesive di posizioni soggettive terze, in contrasto con la *ratio legis*³⁴¹.

³³⁷ Secondo Cass., 28 marzo 2006, n. 7028, cit., il danno sarebbe infatti *in re ipsa* quanto agli atti dispositivi effettuati nell'anno precedente alla dichiarazione di fallimento.

³³⁸ Ed ecco perché in questi casi alla dichiarazione di fallimento è preferibile una qualche forma di ristrutturazione.

³³⁹ Ed abbiamo chiarito come il diritto fallimentare sia già, a sua volta, disciplina derogatoria del "diritto generale del recupero".

³⁴⁰ Vedi *supra*, Capitolo 1, par. 5, 46.

³⁴¹ Ad esempio, nel credito fondiario si giustifica la posizione "forte" della banca nel consolidamento e nell'escussione della garanzia della banca in virtù della facilitazione all'ottenimento della casa di proprietà o anche solo all'accesso al credito attraverso gli immobili³⁴¹; qualora invece il credito fondiario sia erogato per estinguere e rinnovare un precedente credito chirografario al solo scopo di accaparrarsi una garanzia ipotecaria, è evidente che la finalità dell'istituto è violata.

Ci si riferisce innanzitutto alla disciplina del credito fondiario³⁴² alle rimesse in conto corrente – revocabili solo qualora abbiano ridotto in maniera “consistente e durevole” l’esposizione del fallito – ma anche alla particolare disciplina dei contratti di garanzia finanziaria dei quali è incontestabile che siano le banche le utilizzatrici naturali, seppur in concorrenza con altri intermediari finanziari.

In queste ipotesi si realizza una scissione tra l’astratta liceità (tra le parti) degli atti posti in essere – perché legittimati dal legislatore attraverso una norma primaria – e l’ingiustizia degli effetti che si riversano in seguito a tali atti sui terzi, tale da non poter ammettere nessuna tutela.

Se consideriamo questi privilegi esclusivamente in relazione alle loro deroghe alla par *condicio creditorum* – e quindi a prescindere dall’altra tematica, essenziale, relativa all’inquinamento dell’informazione finanziaria sul debitore – ci stiamo muovendo su un altro piano rispetto alla responsabilità aquiliana.

Nel caso della responsabilità aquiliana deve ritenersi il legislatore abbia assegnato ai creditori il diritto³⁴³ all’autodeterminazione contrattuale ed all’autotutela dei propri diritti di credito. Qualora i titolari non abbiano potuto attuare tali diritti per colpa della banca³⁴⁴ siamo di fronte ad un atto

³⁴² Il credito fondiario, senza gravare di requisiti particolari la validità di questo tipo di finanziamento –se non quelli riguardanti il rapporto di valore tra immobile e finanziamenti – consente alle banche essere praticamente indifferenti al *recovery risk* grazie ad un fulmineo consolidamento dell’ipoteca (solo 10 giorni), all’irrevocabilità dei pagamenti relativi e soprattutto – dal punto di vista della coerenza di sistema ancora prima che da quello economico - all’esonero anche processuale dal concorso con i creditori, essendo le banche legittimate ad iniziare l’esecuzione individualmente persino dopo la dichiarazione di fallimento.

³⁴³ Nel senso di *entitlement* per come ne discorre la letteratura dell’analisi economica del diritto, a partire da G. CALABRESI e D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harvard Law Review*, 1972, 1089.

³⁴⁴ Che, ricordiamo, ha intorpidito l’iniziativa dei creditori attraverso l’apparenza di solvenza. Tale effetto peraltro è indotto attraverso un atto che viola le norme di settore e che pertanto non può certo essere degno di tutela in sede di contestazione.

illecito e alla violazione dell'obbligo di *neminem laedere*, tutelato attraverso l'azione aquiliana³⁴⁵.

Il piano riguardante i soprusi delle banche rispetto alla garanzia patrimoniale è del tutto differente.

Prima di tutto perché siamo in un'area che è già di per sé un artificio (dal legislatore), essendo il principio della *par condicio* una creatura processuale. *In secundis*, qui il legislatore ha fatto già una scelta, creando delle norme speciali che derogano alle altre generali: qui il diritto (a ledere la garanzia patrimoniale generica ex 2740 cc³⁴⁶) è assegnato alle banche.

Ma soprattutto se siamo di fronte ad un fatto sicuramente ingiusto, non siamo ancora di fronte ad un illecito: pertanto l'unica tutela esperibile dai creditori lesi sarà quella che determinerà i limiti del diritto assegnato, potendosi rilevare un vizio della causa degli atti posti in essere dalla banca, che saranno assoggettati pertanto a tutela demolitoria³⁴⁷.

In ultimo, su un piano di politica economica, si potrebbe osservare ancora una volta come il legislatore abbia previsto diversi sistemi di reazione al *rischio d'insolvenza*³⁴⁸, ma sembri aver creato una sorta di disparità di trattamento (tra banche e creditori "comuni") a deterrenza del *rischio*

³⁴⁵ Sempre ricalcando il modello di Calabresi, siamo qui di fronte alla *rule 2*, ovvero *tort liability* del *polluter*.

³⁴⁶ Qui siamo probabilmente di fronte alla *rule 3* (*property*); difficile immaginare l'applicazione della *rule 4* (*tort liability* delle vittime), giacché è possibile ipotizzare una loro immistione nei diritti della banca solo attraverso l'assoggettamento degli esponenti aziendali che vi intrattengono rapporti (ad esempio, il CFO) al controllo dei creditori concorrenti: questa situazione potrebbe pure essere possibile qualora ci sia un'enorme esposizione debitoria verso i *weak creditors* a fronte di una piccola esposizione verso le banche, ma sarebbe comunque difficile da mettere in atto a causa dei problemi di coordinamento tra i piccoli creditori (*free loading problem*).

³⁴⁷ Così D. GALLETTI, *Non si vive di sola revocatoria: piccolo manuale di sopravvivenza per il "nuovo" curatore fallimentare*, in *Il Fallimentarista*, 2011, 1, dal quale citeremo in avanti.

³⁴⁸ Ci riferiamo chiaramente agli strumenti di tutela ex art. 1186 c.c., 1274 cc, 1461 cc e 1481 c.c. In merito, vedi F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, in *BBTC*, 2009, 392.

d'incapienza. Infatti i limiti alla revocabilità degli atti compiuti dal fallito nei confronti degli istituti di credito fanno sì che il ceto bancario, a differenza degli altri creditori, sia agevolato nell'ottenere vantaggi in occasione del concorso fallimentare o addirittura prima di esso. A seguito di queste dinamiche i creditori chirografari saranno costretti ad insinuarsi ad un passivo che è per lo più già stato eroso dai pagamenti effettuati in conto corrente bancario o è comunque destinato, per la maggior parte, alla soddisfazione delle banche in qualità di creditori privilegiati.

Tale scarsità di tutele a deterrenza del rischio d'incapienza patrimoniale può essere ragionevole quando ne sia oggetto un debitore civile, la cui solvibilità, come si evince dalle norme del codice civile, va quasi sempre a coincidere con la capienza: è più incline a critica il sistema quando si studi la solvibilità dell'impresa, che non può risolversi nella capienza del patrimonio.

Ma ovviamente queste considerazioni potranno avere valore solo *de iure condendo*.

14. Attività abusive e abuso del diritto: suggestioni civilistiche e razionalità economica.

15.

Autorevole dottrina ha inquadrato il tema della concessione abusiva di credito nell'abuso della libertà contrattuale³⁴⁹. E ciò perché la concessione di credito, rientrando pur sempre tra gli atti di esercizio dell'autonomia privata, ovvero di una libertà riconosciuta dall'ordinamento *ex art. 1322 c.c.*, potrebbe difficilmente integrare la violazione di un obbligo contrattuale posto a tutela di terzi³⁵⁰; né tantomeno potrebbe avere rilevanza, in materia, la disciplina sulla responsabilità patrimoniale³⁵¹. Piuttosto, l'atto sarebbe abusivo perché "confliggente con l'oggettiva esigenza di razionalità avvertita nell'ordinamento al fine di un virtuoso esplicarsi delle dinamiche di mercato

³⁴⁹ Vedi F. di Marzio, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004, 22.

³⁵⁰ Tale constatazione è obbligata, alla luce della "circolarità" del sistema della sana e prudente gestione creditizia, su cui vedi *supra*, Capitolo 1, par. 5 e Capitolo 2, par. 6.

³⁵¹ Sul *distinquo* tra il piano della responsabilità patrimoniale e quello dell'illecito aquiliano, vedi *supra*, par. 1.

e pertanto non autorizzato, e dunque capace di produrre un danno”³⁵². L’estensione della teoria dell’abuso alla contrattazione privata si giustificerebbe anche con l’esigenza di applicare un controllo di merito al contratto, onde verificare “se la libertà contrattuale della parte forte non sia effettivamente esercitata con abuso ai danni della parte debole e dunque con distorsione della (nuova) logica del mercato”³⁵³.

In una formula concisa ed accreditata, secondo questa teoria “è abusivo l’esercizio del diritto astrattamente lecito ma in concreto accompagnato da fatti dequalificanti che lo rendono immeritevole di tutela”³⁵⁴.

In materia di contratti bancari, la Cassazione, riferendosi evidentemente alla dottrina dell’abuso, ha stabilito che “la banca non può recedere con modalità del tutto imprevedute ed arbitrarie [...] tali da contrastare con la ragionevole aspettativa del cliente [...] in base a rapporti usualmente tenuti dalla banca”³⁵⁵.

In realtà il termine *abuso* non si ritrova solo nella dottrina o nella giurisprudenza: è stato spesso utilizzato dal legislatore e ve ne sono diversi esempi nel diritto dell’economia. In via analogica, una riflessione su queste fattispecie può tornare utile anche nella collocazione della concessione abusiva di credito all’interno del nostro ordinamento.

Essenzialmente, sembra che il legislatore attribuisca al concetto di abuso diversi significati, riconducibili a due aree.

Nella prima area, nella quale ritroviamo essenzialmente fattispecie discendenti dal diritto europeo, il concetto di abuso è definito alla stregua di valutazioni di ordine economico³⁵⁶, per cui una posizione di per sé legittima può essere foriera di atti abusivi che ne manifestano l’incompatibilità con il

³⁵² Così F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, op. cit., 23.

³⁵³ M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, op. cit., 311.

³⁵⁴ Così F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, op. cit., 107.

³⁵⁵ Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, in *Guida al dir.*, 2000, 49, con nota di A. BISSI.

³⁵⁶ A livello di europeo, comunque, il concetto di abuso non è legato solo alla disciplina delle attività economiche: l’art. 54 (intitolato: divieto dell’abuso del diritto) della Carta di Nizza sui diritti fondamentali recita: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un’attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta»

mercato. Si tratta di norme quasi sempre a tutela del libero mercato, sanzionate con lo sfaldamento coattivo di tale posizione oppure con una forma di compensazione verso gli operatori economici che ne hanno subito i soprusi. Si tratta di atti o *status* leciti, ma potenzialmente dannosi: le analogie con la teoria dell'abuso del diritto sono evidenti.

Nella seconda area invece ritroviamo fattispecie relative ad attività riservate che, se esercitate al di fuori della vigilanza dell'autorità di settore³⁵⁷, sono qualificate come abusive e comportano, solitamente, responsabilità amministrativa o penale. Lo *status* di attività non autorizzata può sicuramente classificare queste attività come illecite: con evidente facilitazione quando i soggetti che ne siano stati eventualmente lesi esperiscano l'azione aquiliana.

Vediamo il primo gruppo.

Va inclusa sicuramente la l. 192/1998 (in materia di subfornitura) con la fattispecie di abuso di dipendenza economica: qui si vuole evitare che “un'impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali [sia come fornitore che come cliente] con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi”. Peraltro questa fattispecie è assai simile ad un'altra del diritto societario³⁵⁸ che, pur non usando esplicitamente il termine “abuso” può venire a crearsi anche “sulla base di un contratto con le società medesime”.

Vi è poi il fondamentale abuso di posizione dominante³⁵⁹ che va a coincidere sostanzialmente con una posizione di monopolio o quasi monopolio – magari raggiunta attraverso una concentrazione – di per sé legittima, ma avvalendosi della quale l'impresa può danneggiare i concorrenti.

Il secondo gruppo è molto più lungo e andremo per sommi capi.

³⁵⁷ Infatti le attività riservate solitamente richiedono una specifica autorizzazione o un'iscrizione nel relativo registro.

³⁵⁸ Ci riferiamo all'art. 2497 cc, abuso di direzione e coordinamento.

³⁵⁹ Art. 3 l. 287/90, c.d. *legge antitrust*.

L'art 305 del dlgs 209 /2005 (codice delle assicurazioni) definisce abusivismo l'attività assicurativa esercitata in mancanza di autorizzazione dell'ISVAP. Analogamente è abusivismo ex art. 166 TUF "l'esercizio di abusivo di servizi di investimento od altre attività riservate agli intermediari di cui al Testo Unico Finanziario". E vale lo stesso discorso per l'abusiva raccolta del risparmio (art 130 TUB) e abusiva attività bancaria (131), così come per l'abusiva attività finanziaria (132), abusiva emissione di moneta elettronica (131 bis) ed attività di prestazione di servizi di pagamento (131 ter). Costituisce abuso di denominazione (art. 188 TUF) l'utilizzo di segni distintivi recanti l'acronimo di un tipo di intermediario finanziario in mancanza di esercizio – autorizzato - delle attività relative e una disposizione analoga (133 TUB) è prevista in materia bancaria. Di diverso ambito ma di simile contenuto è anche l'art. 234 l. fall, (abusiva attività commerciale) che reprime l'imprenditore che continui ad esercitare attività commerciale nonostante un divieto derivante da una condanna penale.

Alle volte il legislatore utilizza altri termini per indicare uno stesso contenuto – cioè esercizio di un atto in mancanza di autorizzazione – come nell'irregolare acquisto di azioni (172 tuf). Questa fattispecie però, a differenza degli altri abusi disciplinati dallo stesso codice, si differenzia perché l'autorizzazione deve venire da un organo privato e non da un organo di vigilanza³⁶⁰.

E veniamo alle due norme che sono più vicine alle nostre riflessioni sulla concessione abusiva: l'abuso di informazioni privilegiate e il ricorso abusivo al credito.

La prima (l'art. 184 del Testo Unico Finanziario) è una norma *sui generis* che sottopone a repressione penale tutta una serie di operazioni finanziarie non compatibili con la posizione di *insider*. E' una norma che tutela la trasparenza (valore tutelato anche dall'art. 5 del medesimo d.lgs. 58 / 1998)

³⁶⁰ Normalmente l'autorizzazione all'esercizio di attività riservate deve provenire dall'Autorità di Vigilanza, che è un'autorità amministrativa indipendente dal punto di vista del diritto pubblico. Nell'irregolare acquisto di azioni invece l'autorizzazione deve essere data dall'organo assembleare.

che è sicuramente uno strumento di tutela del mercato sul quale la CONSOB è tenuta a vigilare³⁶¹.

La fattispecie di ricorso abusivo al credito invece vuole reprimere la condotta degli imprenditori (o degli amministratori) che “ricorrono o continuano a ricorrere al credito [...] dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza”³⁶². Molto si è discusso su questa norma, spesso invocata in materia di concessione abusiva³⁶³. In realtà c’è qualche carattere in comune, ma si tratta di problemi diversi, non tanto nell’oggetto, ma dal punto di vista dei soggetti. Nella fattispecie disciplinata dalla norma in esame il *management* dell’impresa occulta o dissimula dolosamente il dissesto, allo scopo di ottenere credito³⁶⁴. Nella concessione abusiva *ex art. 2043* invece, c’è un comportamento della banca (non necessariamente doloso) rispetto al quale l’occultamento del dissesto è un effetto, non lo scopo dell’atto abusivo. L’interesse tutelato dalle due fattispecie però è il medesimo: proteggere i terzi che incautamente confidano nell’impresa in base alla sua apparenza di solvenza.

In sostanza, siamo sempre di fronte alla creazione di un’informazione falsa. L’influenza di questa informazione è tale da indurre i terzi a concedere

³⁶¹ Infatti si registrano diverse sentenze che sanciscono la colpa in vigilando (*ex art. 2043*) della Commissione: a partire dalle vicende riguardanti l’Hotel Villaggio Santa Teresa, che ha originato Cass. 3 marzo 200, n. 3132 in *Società*, 2001, 565, con nota di P. ANELLO, S. RIZZINI BISINELLI, nonché App. Milano, 21 ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, 584 e Cass., 25 febbraio 2009, n. 4587 in *Foro it.*, 2009, 3355.

³⁶² Vedi A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. Comm.*, 1978, 219.

³⁶³ *Ivi.*

³⁶⁴ E’ stato detto che questa norma sarebbe rivolta solo a salvaguardare le banche: dal punto di vista giuridico è un’affermazione inesatta. La norma non accenna a nessuna qualificazione soggettiva, ma si limita a parlare di ricorso al credito, ben potendosi parlare sia di credito bancario che di credito commerciale. Inoltre la concessione di credito da parte di una banca è sicuramente un atto idoneo a dissimulare il dissesto: pertanto qualora si accetti la responsabilità degli amministratori per il *ricorso abusivo*, dovrà sicuramente rilevarsi un concorso della banca nell’illecito, più o meno grave alla stregua della percezione del dissesto da parte della banca.

credito nonostante la loro normale propensione al rischio li avrebbe inibiti e dal dissuadere coloro che sono già creditori dal prendere le dovute misure di carattere esecutivo o cautelare.

Pertanto, non potrà negarsi il rimedio aquiliano per compensare gli effetti dannosi che la produzione di false informazioni ha prodotto nei comportamenti dei terzi. Specificamente, la banca sarà responsabile autonomamente per la concessione abusiva e in concorso con l'illecito degli amministratori per il ricorso abusivo ai creditori "non sofisticati" influenzati dall'intervento della banca.

Nel caso della concessione abusiva di credito quindi, è sostenibile che si tratti di illecito in maniera sovrapponibile a quegli altri illeciti previsti dal TUB – che determinano *abusivismo* – che abbiano ad oggetto l'esercizio di attività riservate in mancanza di autorizzazione della Banca d'Italia.

Così ragionando è facile superare l'obiezione – scontata – che, quanto al merito creditizio e al contenuto dell'istruttoria bancaria, nessuna disposizione specifica sia stata prevista nel TUB (magari tra le Sanzioni, Titolo VIII). Si è osservato che si tratta, piuttosto, solo di raccomandazioni contenute nella normativa secondaria, che mai potrebbero originare responsabilità³⁶⁵: in realtà la fattispecie di concessione abusiva di credito comporta già plurime violazioni delle disposizioni del TUB.

Innanzitutto, la fattispecie di falso interno bancario (art. 137.2 TUB) vuole proprio reprimere la condotta degli amministratori o dipendenti di banche che "consapevolmente omettono di segnalare dati o notizie di cui sono a conoscenza o utilizzano nella fase istruttoria notizie o dati falsi sulla costituzione o sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria del richiedente il fido". Pertanto, è assoggettabile alla procedura sanzionatoria *ex* art. 145 TUB.

³⁶⁵ Così come sostenuto, pur autorevolmente, da R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, 531; A. DE GREGORIO, *La legislazione italiana sulla tutela del credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, 38; A. GRAZIANI, *Disciplina legislativa del fido bancario*, in *Foro it.*, 1939, 215. Peraltro, in un campo molto affine a quello bancario (intermediari finanziari) e specificamente in materia di normativa secondaria CONSOB, Cass., Sez. Un., 19 Dicembre 2007, 26725 Est. Rodorf in *Dir. fall.*, 2008, 1, hanno osservato che la violazione della normativa secondaria, se anche non può dare origine a nullità dei contratti posti in essere, può avere sicura rilevanza in merito all'accertamento sul piano della responsabilità.

Inoltre, c'è un'elusione delle norme di vigilanza bancaria che, occorre ricordare, non hanno rilevanza solo strumentale (alla sana e prudente gestione creditizia che di per sé non comporta obblighi verso i terzi, anzi ne prevarica gli interessi), ma anche prudenziale. In questo senso, anche la normazione secondaria condiziona il livello di professionalità che ci si deve attendere dal *bonus argentarius* e quindi anche la decisione sul merito creditizio è condizionata da tali norme.

Avremo invece un abuso nella concessione del credito tutte le volte che la condizione di *insider* (o *sophisticated creditor*) consenta alla banca di accaparrarsi illeciti vantaggi – prevalentemente nel recupero del credito – a discapito degli altri creditori. Qui emerge la verosimiglianza con la disposizione prevista nel campo dell'intermediazione finanziaria dall'art. 184 TUF³⁶⁶. Tutti gli abusi perpetrati – nelle varie fasi e nei vari elementi che

³⁶⁶ Questa fattispecie peraltro ha delle connessioni, almeno nell'accertamento dei presupposti, con l'abuso nella concessione del credito: in merito si può citare Trib. Milano, 14 Febbraio 2004 (consultabile su www.ilcaso.it), avente ad oggetto proprio degli abusi perpetrati dalle banche in occasione di un piano di risanamento, occorre precisare, però, a causa di illeciti compiuti quali intermediari finanziari e non creditori. Nello specifico, le banche sono state ritenute responsabili per aver effettuato una vendita di massa delle partecipazioni nella società (in stato di crisi da anni) al cui piano di ristrutturazione esse stesse partecipavano, proprio quando, in virtù della loro posizione di *insiders*, avevano avuto compiuta certezza dell'imminente fallimento della società, informazione che non era stata diffusa al mercato nelle forme prescritte dal T.U.F. e dai regolamenti CONSOB. L'analogia risiede nel fatto che l'informazione privilegiata concerneva proprio lo stato di insolvenza (irreversibile, perché le banche, così come il loro Advisor, avevano appena realizzato che il piano di risanamento non aveva avuto successo) dell'impresa oggetto del piano: infatti secondo il Tribunale “ nel caso in questione non si pone in dubbio il carattere di notizia riservata dell'informazione attinente all'oggettivo stato patrimoniale della società, in quanto non noto al mercato, e delle sue capacità di modificare sensibilmente l'andamento del futuro SCI, tale da renderlo *hard information*”. E' opportuno precisare che in tal caso non pendeva sulle banche (organizzate in un “Comitato Ristretto delle Banche Creditrici”, che, attraverso le scrupolose norme del relativo accordo, era di fatto lo snodo necessario del flusso informativo tra la Società in ristrutturazione e le banche che in seguito all'accordo ne erano diventate azioniste al 78 %) un obbligo di *disclosure*, che era pertinenza unicamente del Consiglio di Amministrazione: certamente però vigeva un obbligo di astenersi dal negoziare

compongono quell'atto complesso che è la concessione di credito³⁶⁷ – renderanno l'atto immeritevole di tutela. Pertanto, tale atto sarà destinato a cadere in seguito all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria, dell'azione di nullità, dell'azione di simulazione etc.

15. Tutela demolitoria e *actio pauliana*.

Proseguendo sulla linea tracciata, prima di analizzare la tutela aquiliana nei casi di concessione abusiva di credito, si può accennare agli altri strumenti di tutela, quasi tutti relativi alla fraudolenza del negozio posto in essere tra la banca e l'impresa insolvente: qui siamo chiaramente di fronte ad un abuso nella concessione del credito.

Talvolta la causa del negozio creditizio è viziata da un abuso perpetrato ai danni dei terzi, che vedono lesa la garanzia generica del loro debitore di cui al 2740 c.c. nonostante l'astratta liceità del negozio. Altre volte vi è una violazione della disciplina imperativa dello specifico negozio (magari articolata, come nel credito fondiario) che può determinare nullità. Gli strumenti utilizzabili in questi casi, essenzialmente di natura demolitoria, sono sempre stati messi in secondo piano dalla dottrina che si è occupata di concessione abusiva di credito, ma da un punto di vista pratico sono forse più funzionali proprio perché non incontrano, come l'azione aquiliana, il limite della legittimazione del curatore fallimentare³⁶⁸. Anzi, proprio in virtù della successione *ex art. 43 l. fall* nei rapporti processuali e patrimoniali del fallito, tra i quali rientrano quelli relativi alla garanzia patrimoniale³⁶⁹, è proprio il curatore il soggetto più idoneo ad esperire tale tutela.

gli strumenti finanziari – almeno fintanto che le informazioni privilegiate di cui disponevano non fossero diffuse nel mercato – arrecando danno agli altri investitori, pur di minoranza.

³⁶⁷ E allora si potrebbe distinguere ancora: l'abuso nell'iscrizione dell'ipoteca, l'abuso nella mancata segnalazione del credito in sofferenza, l'abuso nell'erogazione del credito.

³⁶⁸ Sul punto, vedi Capitolo 3, par. 4.1

³⁶⁹ Così Cass., 19 Luglio 2002, n. 10547, in *Giust. civ.*, 2002, 2092, secondo la quale “una volta dichiarato il fallimento ogni iniziativa diretta alla conservazione della garanzia

Ci riferiamo essenzialmente alle azioni di nullità e alle azioni di simulazione³⁷⁰. Tutti questi strumenti vanno a formare una complessa tavolozza posta nelle mani del curatore fallimentare³⁷¹.

Vediamo quindi se le violazioni della disciplina in materia di credito fondiario possano originare nullità negoziale. Recente dottrina ha concluso che tali norme abbiano natura imperativa³⁷² “siccome ispirate dalla volontà legislativa di tutelare non solo i creditori della banca, bensì più in genere l’interesse dell’economia a che non vengano elargiti finanziamenti garantiti da ipoteche, praticamente irrevocabili, a debitori non meritevoli”. E ciò “anche se soltanto nel senso statico della disponibilità di beni da vincolare alla garanzia di valore sufficiente”; quantomeno, quindi, nell’ipotesi in cui il

patrimoniale del debitore spetta al curatore, che è l’unico legittimato quindi, all’esercizio anche della revocatoria ordinaria”.

³⁷⁰ Peraltro, l’importanza di tali rimedi non è mai sfuggita alla più eminente dottrina fallimentaristica statunitense: in merito vedi T. H. JACKSON, *Avoiding Powers in Bankruptcy*. L’Autore riconduce tali rimedi al *fraudolent conveyance law*: ovvero quella parte del diritto delle garanzie disegnata per individuare e abbattere le azioni preposte allo scopo di nascondere, sottrarre o frodare i creditori e nello specifico di frodare l’*Absolute Priority Rule*. In questi negozi di garanzia viziati da frode, si avrebbe un *unperfected security interest* immeritevole di tutela e destinato a cadere quando incontra le azioni di nullità. Pur nella diversità del sistema, il meccanismo è identico, non essendo la AP rule altro che un equivalente della *nostra par condicio creditorum* e non essendo l’*unperfected security interest* altro che una garanzia ipotecaria viziata da frode. La dottrina statunitense in tema di garanzie è copiosa: è opportuno, tra gli altri, citare anche L. A. BEBCHUK e J. M. FRIED, *The Uneasy Case for Priority of Secured Claims in Bankruptcy*. Nel saggio gli Autori si interrogano sulla giustizia della AP rule, ipotizzando una *Partial Priority rule* che garantisca il creditore ipotecario in una frazione (ad esempio, all’80 % o al 70 %) dell’esposizione creditizia. Ma vedi anche S. D. LONGHOFER e S. R. PETERS., *Protection For Whom? Creditor Conflicts In Bankruptcy (September 1999)*. Consultabile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=64> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.64>; C. W. FROST, [Asset Securitization and Corporate Risk Allocation](#), *Tulane Review*, Vol. 72, No. 1 (November 1997), pp. 101-157; D. GRAY CARLSON, *Secured Lending as a Zero- Sum Game*, 19 *Cardozo L. Rev.* 1635, 1679-80. (1998).

³⁷¹ In tema, chiarissimo D. GALLETTI, *Non si vive di sola revocatoria: piccolo manuale di sopravvivenza per il “nuovo” curatore fallimentare*, in *Il Fallimentarista*, 2011, 1.

³⁷² Ivi, p. 6.

finanziamento elargito sia coperto da un immobile il cui valore è inferiore all'80% del finanziamento³⁷³. In questo caso è ragionevole prospettare che il contratto sarà nullo nel limite in cui eccede al somma finanziabile in relazione al valore dell'immobile ipotecato³⁷⁴: si tratta quindi di nullità parziale ex 1419 cc.

Vi è poi quella prassi bancaria consistente nella "conversione" dei crediti ordinari in crediti privilegiati, attraverso un finanziamento ipotecario (eventualmente fondiario) che ne estingua uno precedente di natura chirografaria, magari proprio quando l'impresa è in odore di fallimento. E' chiaramente un artificio ordinato a ledere la *par condicio creditorum*.

Tale operazione è stata diversamente qualificata dalla dottrina, che ha parlato talvolta di novazione, talvolta addirittura di simulazione o frode alla legge³⁷⁵. Si potrà parlare in certe ipotesi di simulazione assoluta: in questo caso "l'unico negozio posto in essere è quello ipotecario, pur tuttavia oggetto anch'esso di simulazione, per farlo apparire come accessorio ad un debito differente da quello "effettivo", che è sempre e solo quello originario"³⁷⁶. Ciò implica la nullità dell'ipoteca, che viene riferita ad un debito (relativo al finanziamento che estingue il debito precedente) originato da un negozio simulato e pertanto l'ipoteca sarà nulla, mancando l'indicazione del debito principale: ne consegue che la banca potrà insinuarsi al passivo solo quale creditore chirografario.

L'accertamento della condotta dolosa della banca consente, peraltro, di alleggerire notevolmente l'onere probatorio cui si carica il curatore che esperisca la revocatoria ordinaria. Infatti egli normalmente deve dimostrare:

³⁷³ Peraltro, secondo una giurisprudenza recente, alla violazione della disciplina in materia di credito fondiario conseguirebbe, più che la nullità del contratto, la revocabilità dell'ipoteca. Così Cass., 1 ottobre 2007, n. 20622 in *Giust. civ.*, 2008, 124; più di recente Trib. Vicenza, 5 ottobre 2010 e Trib. Vicenza, 15 dicembre 2010, su www.ilcaso.it.

³⁷⁴ D. GALLETI, *Non si vive di sola revocatoria*, op. cit., 9. Invece, secondo il Trib. Roma, 2 febbraio 1989, in *Temi romana*, 1989, 80, in questo caso il mutuo fondiario si convertirebbe in un mutuo ipotecario ordinario, quindi senza i privilegi specifici di questo tipo di negozio, a partire dal consolidamento di 10 giorni della garanzia.

³⁷⁵ In tema, vedi il recente B. QUATRARO e F. DIMUNDO, *La verifica dei crediti nelle procedure concorsuali. Contratti bancari, parabancari e del mercato finanziario*, Milano, 2011, 949.

³⁷⁶ D. GALLETI, *Non si vive di sola revocatoria*, op. cit., 12.

che il credito dei creditori ammessi al passivo era già sorto al momento del compimento dell'atto pregiudizievole; qual era la consistenza dei crediti; qual era la consistenza, la quantità e la qualità del patrimonio del debitore subito dopo il compimento dell'atto³⁷⁷. Solo attraverso l'acquisizione di questi elementi si potrebbe dimostrare il danno subito dai creditori concorrenti, danno che va sempre dimostrato e che la legge non presume. Ma tali accertamenti non sono necessari “quando venga ipotizzata una dolosa preordinazione dell'atto dispositivo al fine di pregiudicare il soddisfacimento del credito”³⁷⁸.

E allora in questo caso si deve parlare non tanto di concessione abusiva, ma di abuso nella concessione del credito: qui l'atto posto in essere dalla banca non è illecito a causa della violazione delle norme di settore³⁷⁹, ma a causa della deviazione dalle finalità dell'istituto che configura una forma di abuso del diritto (di concedere credito e ottenere garanzie).

E, se può apparire scontato che *fraus omnia corrumpat*, non si può negare che quando siamo di fronte ad un dolo palese della banca sia senz'altro più agevole esperire il rimedio pauliano piuttosto che quello aquiliano.

16. La tutela aquiliana e il tort of detrimental reliance

Veniamo dunque al riflesso più tradizionalmente studiato della concessione abusiva di credito, relativo all'affidamento indotto nei terzi a seguito dell'intervento della banca. Sul fenomeno economico che fa da sfondo, costituito dall'induzione di una falsa apparenza di solvenza nei terzi creditori attuali o futuri dell'impresa finanziata, ci siamo già spesi. Tale figura si

³⁷⁷ Così Cass. 12 Settembre 1998, n. 9092 in *Fall.*, 1999, n.10, 1067.

³⁷⁸ *Ivi.*

³⁷⁹ E dovrebbe ormai essere chiaro, all'inverso, che solo quando c'è una violazione delle norme sul merito creditizio si ha quel particolare atto abusivo che chiamiamo concessione abusiva di credito e che è già nato al di fuori della tutela ordinamentale, a prescindere dal suo scopo.

riconduce solitamente, fin dalla sua introduzione in Italia alla fine degli anni '70, alla figura francese della *responsabilité du banquier donneur de crédit*. Quali siano gli elementi oggettivi che la configurano dovrebbe essere ormai chiaro.

Deve esserci un'impresa insolvente cui viene erogato credito in violazione delle norme creditizie, potendosi così qualificare l'atto come illecito: pertanto, si tratta sicuramente di un atto abusivo.

Deve poi esserci un incauto affidamento dei terzi, indotto dall'apparenza di solvenza: siamo chiaramente di fronte a una violazione del principio di *neminem laedere*. Danno che non consiste tanto nella lesione della garanzia patrimoniale - e che, ricordiamo, riguarda il rischio d'incapienza, non quello d'insolvenza - ma nel fatto in sé di attrarre nell'orbita nefasta dell'impresa insolvente altri operatori del mercato. Per il fatto stesso di entravi in contatto, a prescindere da quanto potranno recuperare in sede concorsuale, tali operatori sono stati già danneggiati.

Essi si relazionano con un'impresa insolvente, che nella migliore delle ipotesi potrà estinguere le proprie obbligazioni comunque oltre la loro scadenza naturale. Peraltro, non essendo i creditori commerciali dei creditori professionisti - tanto che nella letteratura anglosassone sono definiti *non-adjusting creditors* - difficilmente essi saranno in grado di adeguare il tasso d'interesse alla dilazione concessa, venendosi sempre a creare una perdita economica per i creditori non altrimenti compensabile.

Ma è noto che per aversi un danno *ex art. 2043* sia necessario anche individuare l'ingiustizia del danno ovvero una precisa posizione giuridica lesa, che discende da un diritto soggettivo della vittima, che occorre individuare.

Abbiamo già escluso³⁸⁰ che possa trattarsi di un qualche diritto sulla massa patrimoniale del debitore - garanzia generica *ex art. 2740* - sulla quale è difficile configurare su di essa una posizione soggettiva dei creditori. Sempre che non si voglia ammettere che i creditori abbiano una sorta di "diritto

³⁸⁰ Vedi *supra*, par. 1.

potestativo” sull’assoggettare o meno ad esecuzione il proprio debitore³⁸¹. Ma diverrebbe allora difficile inserire tra costoro i creditori futuri che non sono ancora venuti in contatto con il creditore, ma lo diverranno perché illusi sulla sua solvenza: in ogni caso occorrerebbe individuare una posizione soggettiva comune ad entrambe le categorie, che certamente non ha nulla a che fare con la massa patrimoniale del debitore che interessa solo ai creditori attuali, non futuri.

Ci può aiutare allora il richiamo ad una figura anglosassone, quella della *detrimental reliance*, “fattispecie che ricorre, per l’appunto, quando un terzo viene indotto da altri a peggiorare la propria situazione patrimoniale”³⁸².

Letteralmente, il termine indica le situazioni in cui un soggetto che ha riposto una “fiducia dannosa” [su di un altro soggetto] consegue una perdita patrimoniale. Peraltro, bisogna anticipare che, almeno nelle prime riflessioni sul tema³⁸³, la dottrina americana ha utilizzato la figura in materia contrattuale.

Così un fondamentale saggio sul tema inizia, elencando i tre elementi utili nel giudicare gli inadempimenti contrattuali³⁸⁴.

Primo. La promessa [contrattuale] ha creato fiducia nell’altro contraente, cui il danneggiato ha attribuito un certo valore, che non è giusto venga trasferito al contraente inadempiente alle spese dell’altro: questo è il *restitution interest* (concetto peraltro simile al nostro arricchimento senza causa).

Secondo. La fiducia riposta nella promessa del danneggiante ha indotto la vittima a cambiare la propria posizione giuridica: perciò ha diritto ad essere ristorata nella sua posizione iniziale (letteralmente: “to put [him] in as good a

³⁸¹ Su questa prospettazione, vedi *supra*, nota 15.

³⁸² Così M. VITIELLO, *Responsabilità delle banche per abusiva concessione di credito e risanamento, Il fallimentarista*, 2011, 2.

³⁸³ Vedi il fondamentale L. L. FULLER & W. R. PERDUE Jr., *The Reliance Interest in Contracts*, *Yale Law Journal*, 1936, 52.

³⁸⁴ *Ivi*.

position as he was in before the promise was made”). Questo è il *reliance interest*.

Terzo. La promessa ha creato un’aspettativa nella vittima, che si era prefigurata una situazione giuridica che non si è poi avverata a causa dell’inadempimento dell’altro contraente. Questo è l’*expectation interest*.

Prescindendo dalla premessa, ciò che qui interessa è il *reliance interest* (ovvero: diritto all’integrità patrimoniale), che è un principio giuridico universale³⁸⁵ applicabile sia al diritto dei contratti che alla responsabilità civile (*law of torts* per gli americani).

Su questo modello si sono poggiati anche alcuni interventi della nostra giurisprudenza³⁸⁶, anche sul piano della responsabilità extra-contrattuale.

Ad esempio, nel caso De Chirico³⁸⁷, la Cassazione ha avuto occasione di statuire che sulla risarcibilità “della lesione [che l’attore] assume inferta al diritto all’integrità del proprio patrimonio, e più specificamente al diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell’attività negoziale relativa al patrimonio (costituzionalmente garantito entro i limiti di cui all’art. 41 cost) facendo ragionevole affidamento sulla veridicità delle dichiarazioni, da chiunque rese, comunque concernenti quella attività [...] in violazione dei doveri inderogabili di solidarietà sociale predicati dall’art 2 cost [...] la Corte non ha dubbi.”

Fattispecie simile³⁸⁸ quella che ha coinvolto la responsabilità di una società di revisione per la certificazione di bilanci rivelatisi poi truccati, a danno degli investitori che hanno acquistato le obbligazioni emesse dalla società e poi messa in liquidazione. Peraltro, tale responsabilità è prescritta dagli stessi art. 1 e 12 Dpr 136/75, per cui “le persone che hanno sottoscritto la relazione di certificazione sono responsabili, in solido con la società di revisione, per i

³⁸⁵ Così V. M. B. KELLY, *The Phantom Reliant Interest in Tort Damages. U. San Diego Law and Economics Research Paper No. 05*. Consultabile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=245562> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.245562>

³⁸⁶ Cass., 24 maggio 1982, n. 2765, in *Foro it.*, 1982, 2864; Trib. Torino 18 settembre 1993, Est. Barbuto, in *Giur. it.* 1994, 655, con nota di M. SANTARONI;

³⁸⁷ Cass., 24 maggio 1982, n. 2765, cit.

³⁸⁸ Ifc c. Kpmg (Trib. Torino 18 settembre 1993, cit).

danni conseguenti da propri inadempimenti o fatti illeciti nei confronti della società assoggettata a revisione e dei terzi".

Certo, è facile obiettare che nell'ultimo caso è la legge che impone una specifica responsabilità ai revisori e non si può ritrovare una disposizione altrettanto specifica nell'ordinamento civile generale o bancario. Ma non altrettanto si può dire nel succitato caso De Chirico³⁸⁹. Il Maestro è stato ritenuto responsabile per il solo fatto di aver apposto la firma ad un suo quadro, senza aver mai avuto nessun contatto con il futuro acquirente danneggiato e senza aver tantomeno dichiarato (esplicitamente) la paternità del quadro. Peraltro, il banchiere è soggetto ad una responsabilità da *status* ed è sicuramente titolare di obblighi di protezione verso talune categorie di terzi: innanzitutto, gli investitori-risparmiatori che acquistano le obbligazioni emesse dalle imprese che la stessa banca finanzia.

Ciò che conta è che il nucleo essenziale del *tort of detrimental reliance* consiste nella lesione della libertà contrattuale, che non è altro che un'emanazione del diritto a non subire perdite patrimoniali³⁹⁰. Ed è tutta qui l'ingiustizia del danno.

Quanto al nesso di causalità, bisogna considerare la relazione causa-effetto tra la concessione abusiva – che crea una falsa apparenza di solvenza – e il comportamento incauto – che si rileverà poi dannoso – indotto nei creditori attuali e futuri. Certo, inevitabilmente in questi casi viene anche ritardata la

³⁸⁹ Cass., 24 maggio 1982, n. 2765, cit. Giorgio De Chirico aveva apposto la firma – con tanto di atto notarile – sul retro di un quadro che era stato poi acquistato dall'attore. Questo corrispondeva ad una prassi dell'epoca, innescata dalla numerose copie false in circolazione. Ma il maestro ne aveva poi disconosciuto la paternità ed era stato nel frattempo acquistato da un soggetto diverso da quello che aveva chiesto l'autenticazione. Così l'acquirente citò per danni il Maestro – o meglio, la vedova, essendo nel frattempo l'artista scomparso – vedendo rigettata la sua richiesta fino al grado d'Appello. Con una certa superficialità, la Corte negò la responsabilità del pittore affermando che la firma "avrebbe potuto essere stata apposta dal pittore soltanto "per amicizia o per benevolenza" verso il richiedente, senza considerare che il quadro sarebbe poi stato rimesso in circolazione. La Cassazione cassò però la sentenza d'appello rilevando l'inegabile nesso eziologico tra l'apposizione della firma e la legittima aspettativa di acquistare un quadro autentico ed espandendo ulteriormente l'area del danno risarcibile, peraltro citando la recente – all'epoca – Cass. 26 Gennaio 1971, n. 174, in *Resp. civ. e prev.*, 1971, 67. (c.d. Caso Meroni)

³⁹⁰ Così P. G. MONATERI, *Economic Loss in Italy, chap. 9 in E.K. Banakas (ed.) Civil Liability for Pure Economic Loss in Comparative Law, Kluwer, 1996, 197.*

dichiarazione di fallimento³⁹¹: ma seppur elemento costante, rileva più ai fini del *quantum* – poiché tanto più sarà ritardato l'accertamento dell'insolvenza, tanto più grave sarà la dannosità della concessione – che dell'*an*. Così come l'aggravamento del dissesto rileva solo per identificare l'entità del danno: tanto più si saranno aggravate le sorti finanziarie dell'impresa, tanto più sarà stata lesa la garanzia patrimoniale; ma anche qui non bisogna confondere questo fatto relativo all'impresa con i fatti relativi agli altri creditori, illusi sulla solvibilità del debitore comune³⁹².

Sicuramente l'aggravamento del dissesto è un effetto diretto (e tipico) della concessione abusiva, ma quello che travolge i terzi è l'effetto *indiretto* della falsa apparenza di solvenza, che ne determina il coinvolgimento, loro malgrado.

Rimane solo un nodo da sciogliere: l'identità e l'entità del danno. E' sicuramente da rigettare la prospettazione che lo quantifica semplicemente nella differenza fra attivo e passivo fallimentare³⁹³, essendo il credito concesso solo uno dei “pesi” che gravano sulla massa fallimentare. Corretto collegare il danno con le vicende sia finanziarie che legali dell'impresa: innanzitutto alla dichiarazione di fallimento³⁹⁴.

³⁹¹ Fatto spesso richiamato anche nella Giurisprudenza: vedi Trib. Foggia 7 maggio 2002, consultabile su www.ilcaso.it

³⁹² *Contra* Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7030, cit., nella quale leggiamo che “l'evento dannoso non è il fallimento, ma l'aggravamento del dissesto dell'impresa artificialmente tenuta in vita”. Utilizzando ancora una volta una metafora che si riferisce alla scienza medica, si potrebbe obiettare che in realtà il “malato” che è oggetto di un “accanimento terapeutico”, di per sé, non fa danni agli altri, finché la sua condizione di ammalato è nota: il problema è quando il medico fa passare l'ammalato per sano, facendo abbassare la guardia a coloro che gli stanno attorno e che ne verranno contagiati. Chiarissimo invece F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, in *BBTC*, 2009, 382, per il quale “il fallimento è solo una conseguenza dello stato d'insolvenza; già lo stato d'insolvenza è di per sé elemento necessario e sufficiente” al manifestarsi del danno.

³⁹³ App. Bari, 2 Giugno 2002, in *Fall.*, 2002, 115.

³⁹⁴ Così osserva lo stesso Trib. Foggia, 7 Maggio 2002, cit., secondo il quale “l'evento consiste nella ritardata dichiarazione di fallimento: è presupposto necessario per aversi un danno”. In realtà bisogna precisare che la ritardata dichiarazione, ovvero la prolungata

Nelle vicende del gruppo Casillo³⁹⁵ è emerso tra i vari gradi di legittimità o di merito che, almeno a partire dal Giugno 1993³⁹⁶, le banche erano a conoscenza della grave situazione finanziaria del gruppo: ciononostante hanno continuato a finanziarlo fino alla dichiarazione di fallimento dell'8 Settembre 1994. Comunque la situazione era già notoriamente sofferente almeno a partire dal 1991. In un'epoca in cui l'ordinamento ancora non aveva disciplinato forme di risoluzione concordata della crisi che dessero garanzie ai terzi, come quella di cui all'art 182 bis l.fall, l'ABI aveva raccolto un pool di banche per risanare il gruppo. In questo modo, pur essendo già palese la *scientia decoctionis* le banche avevano ritardato (almeno) di un anno la dichiarazione di fallimento, rendendo inutilizzabili le revocatorie fallimentari. Pertanto il momento a cui si deve datare la responsabilità per le passività assunte dall'impresa insolvente coincide col momento in cui hanno accertato - o avrebbero dovuto accertare - la crisi irreversibile. Comunque, con gli odierni sistemi di *screening* e *monitoring* in forza alle banche si può arrivare ad una diagnosi sempre più precoce. Ed ecco perché a partire da questo momento le banche hanno il dovere di finanziare nelle forme più idonee (ad evitare il danno *ex art. 2050*) oppure di astenersi dall'erogare nuova finanza.

permanenza sul mercato dell'impresa insolvente, è occasione, ma non causa del danno. Infatti se gli altri creditori- attuali o futuri- fossero comunque in grado di intravedere la situazione debitoria tragica dell'impresa, non ci entrerebbero comunque in contatto, anche se non è ancora stata dichiarata fallita; il danno consiste proprio nel fatto che essi invece vi continuano a intrattenere rapporti o ne iniziano di nuovi, proprio confidando nell'intervento della banca che si presume meditato (e meritorio).

³⁹⁵ Le vicende della galassia di società controllate dalla Casillo Grani snc sono state oggetto delle citate Cass, Sez. Un., 28 marzo 2006, n.7028, 7029, 7030, cit.

³⁹⁶ Questa è la data a partire dalla quale l'ABI raccolse un *pool* di banche per risanare la Italsemole Srl. E' stato osservato, peraltro, che lo stesso gruppo ammise il proprio stato d'insolvenza nel Maggio precedente, comunicando alla Direzione delle Dogane di non essere più in grado di effettuare esportazioni verso l'Algeria né tantomeno di restituire i 222 miliardi che erano stati richiesti come prefinanziamento comunitario dell'operazione. Anche questo fatto non poteva non essere noto alle banche. Questa osservazione si ritrova anche in App. Bari, 2 Giugno 2002, cit., senza trarne però le debite conseguenze.

16.1 La legittimazione del curatore fallimentare.

Questo punto è oramai pacifico³⁹⁷, ma merita comunque un accenno. Innanzitutto bisogna confutare la convinzione, certamente frutto di un abbaglio e smentita dalle pronunce delle Sezioni Unite del 2006, che il curatore fallimentare sia una sorta di rappresentante del ceto creditorio. Infatti il curatore “non è titolare di un potere di rappresentanza dei creditori, indistinto e generalizzato³⁹⁸”. E vano è citare l’art. 146 l. fall che lo legittima ad esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori: si tratta di una legittimazione speciale³⁹⁹, valida solo e soltanto per i tipi di azioni elencate, tra cui non figura l’azione aquiliana per risarcimento danni. Peraltro è pacifico che l’azione di responsabilità dei creditori *ex art. 2394 cc* abbia natura meramente surrogatoria.

Ed è chiarissima la Cassazione quando afferma che quello derivante dalla concessione abusiva di credito sia un “danno da relazione incidente sul mercato e sullo stesso meccanismo concorrenziale piuttosto che su quello della integrità del patrimonio del debitore ai sensi dell’art 2740 codice civile”⁴⁰⁰. Quindi anche prescindendo dalle questioni processuali, già dal punto di vista sostanziale non si può affermare la legittimazione del curatore: non si tratta di un’azione di massa, ma di un’azione individuale azionabile semmai *ex art. 2395 c.c.*

³⁹⁷ La Cassazione ha negato legittimazione del curatore fallimentare ad esperibile l’azione aquiliana contro la banca per conto del ceto creditorio sia a Sezioni Unite (Cass, Sez. Un., 28 Marzo 2006, n. 7029 in *Dir. fall.*, 2006, 323; Cass, Sez. Un., n. 7030 in *Corr. giur.*, 2006, 643; Cass, Sez. Un., n. 7031 in *Dir. fall.*, 2007, 195) che in Cass 1. Giugno 2010 n. 13413, in *Dir. fall.*, n. 5, 2011, 407 e ss. Conforme la dottrina maggioritaria: A. NIGRO ribadisce l’assunto anche nel recente *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, op. cit., 305.

³⁹⁸ Così Cass., Sez. Un., 28 Marzo 2006, n. 7030.

³⁹⁹ Conforme Trib. Milano, 21 maggio 2001, in *BBTC*, 2002, 264, per il quale il curatore “non è legittimato perché non è un rappresentante dei creditori per conto dei quali agisce solo tramite disposizioni eccezionali”.

⁴⁰⁰ Cass, Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7030, cit.

E la questione non sta tanto nell'osservare che le stesse banche fanno parte del ceto creditorio, per cui non si potrebbe indirizzare un'azione collettiva contro di esse: anche le revocatorie fallimentari sono esperite dal curatore, eppure per definizione avvantaggiano la massa a discapito del creditore che aveva beneficiato di quegli atti o pagamenti del fallito che sono poi stati revocati⁴⁰¹. Piuttosto, il grande limite di questa prospettazione sta nell'incentrare la nozione del danno da concessione abusiva come danno al patrimonio dell'impresa, senza riuscire a dimostrare in che modo sia stata danneggiata l'impresa di per sé; infatti la Cassazione ha osservato che “un danno diretto ed immediato al patrimonio della fallita, quale presupposto dell'azione che al curatore spetta come successore nei rapporti del fallito e titolare dei diritti sorti in capo a questi, non venne mai dedotto”⁴⁰².

Del resto, è indiscusso che presupposto essenziale affinché il curatore inizi una qualsiasi azione di massa è che si dimostri un danno perpetrato al patrimonio dell'impresa, subito dai creditori solo in via indiretta in quanto titolari della garanzia generica *ex art. 2740 cc* e dell'azione di cui all'*art. 2394 cc*. Peraltro sempre in occasione della pronuncia a Sezioni Unite del 2006 la Cassazione ha avuto modo di precisare che “l'azione di massa tende ad aumentare la massa attiva, mentre l'azione per concessione abusiva richiede l'accertamento della sussistenza di un diritto soggettivo”.

Chi vuole legittimare il curatore fallimentare sul piano sostanziale, dovrebbe farlo *ex art. 43 l. fall* dimostrando che si tratta di un'azione che fa parte del patrimonio dell'imprenditore: ma perderebbe di vista il fatto che la concessione abusiva è solo l'occasione dell'evento dannoso (per i terzi) e non la causa⁴⁰³.

Peraltro, non si tratta nemmeno di un'azione che deriva dal fallimento, poiché *ex art. 24 l. fall* devono intendersi come tali “le controversie che

⁴⁰¹ Come osserva anche B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito*, op. cit., 452.

⁴⁰² *Ivi*.

⁴⁰³ La stessa considerazione fa I. PAGNI, *La concessione abusiva di credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela, Le società*, 2007, 444.

traggono origine dall'insolvenza dell'imprenditore o che incidono sul suo patrimonio."⁴⁰⁴

Questa "sciarada processuale"⁴⁰⁵ può dirsi, *de iure condito*, risolta senza troppo margine di discussione. Certo non si può fare a meno di rilevare l'opportunità di un ampliamento dei poteri del curatore, soprattutto visto che il suo omologo francese è pacificamente ritenuto titolare dell'azione per concessione abusiva di credito.

17. Appendice: il "finanziamento sleale"

Nell'importante pronuncia 7030/2006 della Cassazione vi è un interessante *obiter dictum* in materia di danno concorrenziale. Infatti, quale argomento di supporto per enunciare l'irrelevanza della dichiarazione di fallimento quale evento rilevante ai fini del nesso causale, le Sezioni Unite affermano che "l'oggetto dannoso [...] non è di necessità ed esclusivamente la erronea percezione della solvibilità dell'impresa finanziatrice"; anzi, l'effetto è "potenzialmente plurimo", graduandosi in base alla relazione giuridica che intercorre con il terzo danneggiato.

In altre parole, se è vero che la contrattazione privata, in forza del principio del *neminem laedere*, può sempre generare responsabilità verso i terzi, talvolta si tratta sì di terzi, ma *qualificati*. E così vi saranno soggetti verso i quali la banca deve rispondere innanzitutto rispetto ai canoni di *sana e prudente gestione* disposti a beneficio di tutti gli altri intermediari finanziari, così come dei risparmiatori; così come le altre banche potranno invocare un illecito concorrenziale avendo la banca in questione concesso credito a condizioni esageratamente favorevoli e rischiose – secondo i canoni del merito creditizio – sottraendo loro quote di mercato; sibillina è la Suprema Corte quando afferma che l'artificioso mantenimento in vita di un'impresa

⁴⁰⁴ Così G. LO CASCIO, *Istituti di credito ed attività del curatore fallimentare*, in *Fall.*, 2002, 1182, anche sulla scorta di Cass., 28 dicembre 1994, n. 11235, nella medesima *Rivista*, 1995, 749; Cass. 12 novembre 1993, n. 11189.

⁴⁰⁵ I. PAGNI, *La concessione abusiva di credito*, op. cit., 449.

che “dovrebbe uscire dal mercato le consente di continuare una concorrenza che altrimenti non eserciterebbe”.

In tale ipotesi sembrerebbe invocabile la fattispecie di cui all’art 2598, comma 3, per cui compie un atto di concorrenza sleale chi si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l’altrui azienda. E il primo scoglio è proprio di merito, risiede cioè nell’accertare lo sviamento di tali atti di erogazione rispetto ai canoni di professionalità del banchiere⁴⁰⁶

Ma ancora più complessa è l’individuazione dei soggetti coinvolti. Come noto, presupposto per l’invocazione dell’art. 2598 cc è che esista un rapporto di concorrenza, che cioè si sia verificato un atto di concorrenza sleale all’interno dello stesso mercato, tra imprese ingaggiate nella produzione degli stessi beni o servizi. Qui invece abbiamo un rapporto trilatero: è evidente che l’impresa (industriale) che ha usufruito del credito abusivo, così come le altre imprese sue concorrenti sono impegnate in un mercato diverso da quello creditizio.

Ma sotto questo aspetto la Cassazione ha affermato che non si possa escludere “la sussistenza di un atto di concorrenza sleale anche nel caso in cui un tale atto sia posto in essere da colui il quale si trovi con il soggetto avvantaggiato in una particolare relazione in grado di far ritenere che l’attività sia stata oggettivamente svolta nell’interesse di quest’ultimo”⁴⁰⁷; ma così impostata tale figura sembrerebbe semplicemente una forma di concorso nell’illecito *ex art. 2043*⁴⁰⁸: pertanto si è precisato che debba

⁴⁰⁶ Così L. PANZANI, *L’insuccesso delle operazioni di risanamento*, in *Crisi di Imprese: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, 2011, 218, per il quale “si tratterà quindi di verificare quanto le S.U. sembrano dare per presupposto, e cioè che l’accesso alle fonti di finanziamento in condizioni di cui un finanziamento non avrebbe dovuto essere erogato dia oggettivamente in contrasto con un principio generale rinvenibile nell’ordinamento”.

⁴⁰⁷ Cass., 8 settembre 2003, n. 13071, in *Giur. dir. ind.*, 2006, 11.

⁴⁰⁸ Cass., 4 novembre 2005, n. 21392, in *Rep. Foro it.*, 2008: “la mancanza di un rapporto di concorrenzialità tra l’autore di un determinato fatto e l’imprenditore che si assume da esso danneggiato, o anche la mancanza in capo al primo di una qualsiasi relazione con l’imprenditore concorrente tale da far ritenere che l’attività sia stata oggettivamente svolta

riscontrarsi “una relazione di interessi tra autore dell’atto ed imprenditore avvantaggiato” per aversi un atto di concorrenza sleale.

Sarebbe comunque eccessivamente rigoroso pretendere che tale “relazione di interessi” debba manifestarsi in una precisa cognizione, da parte della banca, che il credito abusivamente erogato, consentendo all’impresa finanziata di accedere al credito più facilmente delle sue concorrenti, le permetterà di sottrarre quote di mercato alle imprese concorrenti: magari vendendo i propri prodotti sottocosto oppure potendo espandere la produzione grazie ad onerosi investimenti in macchinari e strutture industriali.⁴⁰⁹ E se nella giurisprudenza citata troviamo sempre terzi che si trovano a essere in qualche modo in relazione con i fattori produttivi dell’impresa – perché magari fornitori⁴¹⁰ oppure ex dipendenti – non si può fare a meno di osservare che l’erogazione del credito concerne la funzione finanziaria, che è cosa ben diversa.

Ciononostante non si può negare l’inefficienza di un mercato in cui determinati operatori sono in grado di continuare a produrre, incuranti di

nell’interesse di quest’ultimo, se valgono ad escludere rispetto all’autore del fatto l’ipotesi della concorrenza sleale, non impediscono però di configurare nei suoi confronti la responsabilità per fatto illecito di cui al 2043”. Intervento adesivo quello di Cass., 20 Marzo 2006, n. 6117, *MGI*, 2006, per il quale l’illecito concorrenziale “è però configurabile allorquando l’atto lesivo del diritto del concorrente sia posto in essere dal soggetto terzo (cosiddetto interposto) che tuttavia si trovi in una relazione di interessi comuni con l’imprenditore avvantaggiato.” Vedi anche Cass., 9 Agosto 2007, n. 17459 in *Giust. civ., Mass.* 2007, 7, secondo la quale può essere responsabile il terzo interposto il quale, pur non possedendo i necessari requisiti soggettivi, agisce per conto di (o comunque in collegamento con) un concorrente del danneggiato stesso.

⁴⁰⁹ Così L. PANZANI, *L’insuccesso delle operazioni di risanamento*, op. cit., 219, per il quale non occorre che sia stato stipulato un *pactum sceleris*.

⁴¹⁰ Così Cass., 23 marzo 2012, n. 4739 su www.telediritto.it, per la quale “non è dubbio che la produzione e la distribuzione delle gabbiette per tappi di bottiglia è strettamente connessa con la fabbricazione delle macchine che dette gabbiette producono onde a diversi livelli i produttori in questione insistono nel medesimo settore di attività.”, pertanto sarebbe infondato affermare che le due dette imprese opererebbero su “piani merceologici diversi e quindi non concorrenziali” tra loro.

eventuali difficoltà finanziarie, solo perché “favoriti” da uno o più istituti di credito – magari per ragioni clientelari – quando le politiche di erogazione non dovrebbero prevedere deroghe, tanto più se condizionate dai criteri imposti a livello associativo e dalla vigilanza creditizia nazionale e internazionale.

Ma per ricondurre un illecito concorrenziale ad un fenomeno del genere, ancora una volta, è necessario ampliare la nozione di attività imprenditoriale, cogliendo la rilevanza della funzione finanziaria che, da ultimo, è all’origine degli stessi fattori produttivi: non è concepibile nessun ampliamento della produzione senza gli adeguati investimenti, che necessitano, chiaramente, di un idoneo approvvigionamento finanziario.

SEZIONE II

L’INFLUSSO SULLA GOVERNANCE DELL’IMPRESA DEBITRICE

18. Percorsi paralleli: deepening insolvency e in pari delicto doctrine.

Tutte le volte che si è cercato ipotizzare il danno subito dall’impresa, causato dall’aggravamento del dissesto conseguente dalla concessione abusiva di credito, si sono incontrati due ostacoli principali: uno di natura oggettiva e uno di natura soggettiva.

Innanzitutto, è difficile ammettere che l’erogazione di nuova finanza, in sé, danneggi l’impresa debitrice. Anzi, le ricostruzioni più ortodosse hanno sostenuto che si tratti piuttosto di un vantaggio. Una recente giurisprudenza, però, ha classificato l’erogazione del credito rispetto allo stato patrimoniale dell’impresa per quello che è: un atto neutrale⁴¹¹. Certo, oltre al capitale ci sono però gli interessi che influiscono sul conto economico, i quali se rappresentano – secondo le più elementari nozioni di economia aziendale alle quali pure la citata sentenza di merito fa appello – il reddito del creditore, costituiscono sicuramente un costo per l’impresa, talvolta insostenibile.

⁴¹¹ Così Tribunale di Monza, 31 Luglio 2007, in *BBTC*, 2009, 375.

Il secondo problema consiste nel fatto che, come tutti i contratti, anche quello creditizio ha bisogno dell'accordo delle parti: certamente, si afferma, non potrebbe lamentarsi dell'insostenibilità del debito lo stesso soggetto che ha richiesto il finanziamento.

Sul punto si sono espresse chiaramente le Sezioni Unite del 2006, osservando che, essendo il fallito parte del contratto posto in essere, “non può ragionarsi in termini di compensazione delle colpe, come pretende la curatela, giacchè l'ipotesi di cui all'art 1227 cod. civ. non può applicarsi al casi in cui entrambe le parti del rapporto danno vita, consapevolmente, al medesimo illecito, riguardando la norma codicistica la fattispecie nella quale distinte condotte, diversamente efficienti a produrre l'evento di danno, ma tuttavia l'una avente titolo nella colpa, concorrono a produrre l'evento pregiudizievole.”

Ma questo dilemma è più antico di quanto si pensi.

Infatti questo asserto della nostra Suprema Corte ricorda molto da vicino una dottrina che era stata formulata da un'altra Suprema Corte, però d'oltreoceano⁴¹², per respingere le azioni di responsabilità iniziate dai soci contro coloro che si assumeva avessero affossato i bilanci dell'impresa: la *in pari delicto* doctrine, per cui chi è complice di un atto, anche fosse illecito, non può lamentarne i danni. Per la verità questa dottrina non aveva ancora

⁴¹² Ci riferiamo al fondamentale caso *Patterson v. Franklin*, 176 Pa. 612 (Pa. 1896). Le implicazioni logiche della questione, sebbene in un contesto del tutto diverso, sono analoghe a quelle del caso De Chirico già citato: qui i promotori (letteralmente: *incorporators*) di una società falsificarono un documento rappresentante il versamento del 10 % del capitale sociale da parte dei soci; su questa base, venne esteso il credito da diversi creditori: ma la società non fu in grado di ripagare i debiti e così ne accollò i debiti ad una società terza (letteralmente: *assignee*). Così l'*assignee* – successore universale in tutti i diritti della società insolvente intentò la causa per *deepening insolvency* contro gli organizzatori della frode, senza riuscire ad ottenere verdetto favorevole della corte secondo la quale l'operazione era comunque andata a beneficio della società insolvente e ora l'*assignee* essendone succeduto in tutti i diritti, non poteva certo essere legittimato. Conforme quasi tutta la giurisprudenza successiva, per lo meno fino al caso *Lafferty* – su cui vedi nota 91; v. anche, conforme a *Pattinson, Schact v. Brown*, 711 F.2d 1343; 1983 U.S. App. LEXIS 28988; *Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P99,160*

assunto la chiarezza concettuale con la quale sarebbe poi stata richiamata dalla giurisprudenza e dalla dottrina successive, ma sicuramente già in questo caso ne possiamo individuare un embrione. Comunque, merita per linearità ed incisività di essere citata testualmente la conclusione della Corte in quell'occasione: "but how can the corporation complain? The fraud was perpetrated for its benefit. It was a gainer, not a loser because of it."

Questa convinzione che il credito – o comunque gli atti preordinati, seppur fraudolenti, ad ottenerlo – porti sempre e comunque beneficio alla società a prescindere dal suo ciclo economico-finanziario – incomincia a vacillare con una pronuncia di una corte federale statunitense⁴¹³, che affermò che "a corporation is not a biological entity for which it can be presumed that any act which extends its existence is beneficial to it".

Ancora un'altra corte americana⁴¹⁴ ben intuisce il legame tra il credito concesso all'insolvente e il segnale ingannevole dato al mercato osservando come "it would be crucial that the insolvency of the corporation be disclosed, so that shareholders may exercise their right to dissolve the corporation in order to cut their losses."⁴¹⁵; la medesima corte prosegue con un'osservazione che oggi diremmo di analisi economica: negare un diritto di risarcimento alla società il cui stato di insolvenza viene artificialmente prolungato incentiverebbe pericolosamente il management a nascondere lo status finanziario il più a lungo possibile.⁴¹⁶ E ancora, non c'è bisogno che la legge preveda una fattispecie dannosa, deve sempre essere garantita una valvola di sfogo al sistema: "where there is an injury, the law provides a remedy".

⁴¹³ *Bloor v. Danskere (In re Investors Funding Corp. of New York Sec. Litig.)*, 523 F.Supp. 533 (S.D.N.Y. 1980).

⁴¹⁴ *Official Committee of Unsecured Creditors v. Lafferty*, 267 F.3d 340; 2001 U.S. App. LEXIS 21609; 38 Bankr. Ct. Dec. 147.

⁴¹⁵ *Official Committee of Unsecured Creditors v. Lafferty*, cit.

⁴¹⁶ Ivi, letteralmente: "Thus, acceptance of a rule which would bar a corporation from recovering damages due to the hiding of information concerning its insolvency would create perverse incentives for wrong-doing officers and directors to conceal the true financial condition of the corporation from the corporate body as long as possible."

Comunque, in due recenti interventi la responsabilità per *deepening insolvency* è stata ripetutamente negata, ancora, per carenza dell'elemento soggettivo, che deve corrispondere necessariamente a *bad faith* (noi, più propriamente, più che di mala fede parleremmo di dolo) non essendo sufficiente la mera colpa.⁴¹⁷

Comunque, per la palese vicinanza con la tematica oggetto di discussione nel nostro ordinamento, è opportuno soffermarsi sul secondo dei due⁴¹⁸.

Anche qui infatti abbiamo una banca che, complici i manager dell'impresa insolvente e poi dichiarata fallita, predispone una serie di operazioni – prevalentemente, di finanziamento o di emissione obbligazionaria – allo scopo di prolungare artificialmente la vita dell'impresa già decotta. Qui però la banca non è chiamata in causa in quanto tale, ma in quanto *insider*. Comunque, le pretese attoree non vengono soddisfatte quanto alla presunta violazione dei doveri fiduciari da parte degli *insiders*, perché “the insider defendants were not, however, under an absolute duty to liquidate Global because it was undercapitalized or insolvent”. E qui scendiamo nel campo della *business judgment rule* e in generale dei conflitti tra potere gestorio e proprietà: insomma la responsabilità della banca per aver aggravato le sorti finanziarie dell'impresa non sarebbe altro che un'emanazione della responsabilità degli amministratori per *mala gestio*.

Comunque, anche se pure in questo caso è stata negata la responsabilità della banca nel merito - semplicemente perché la Corte non ha ritenuto possibile postulare un obbligo giuridico di *disclosure* della crisi d'impresa - un punto è ormai assodato: il riferimento alla *in pari delicto doctrine* è obsoleto, quantomeno quando non c'è coincidenza tra proprietà e controllo

⁴¹⁷ *Seitz v. Detweiler, Hershey and Associates (In re CitX Corp.)*, -- F.3d --, 2006 WL 1453117 (3d Cir. 2006). Qui il *bankruptcy trustee* aveva intentato un'azione contro i Revisori che non erano stati capaci di individuare una grossa frode di bilancio che aveva occultato passività superiori a un milione di dollari. Qui la corte ha negato la soddisfazione dell'attore sulla scorta del fatto che la pura *negligence* (colpa) non potesse essere sufficiente per addossare responsabilità per *deepening insolvency*, citando proprio *Lafferty*, nel quale, infatti, si ravvisò una vera e propria frode.

⁴¹⁸ *In re Global Serv. Group LLC*, 316. B.R. 451 (Bankr. S.D.N.Y. 2004).

dell'impresa. C'è una distorsione del controllo, si viene a creare una *relazione di agenzia* nella quale gli insiders – tra cui figura appunto anche la banca, anche se formalmente non parte della *governance* dell'impresa – possono arrecare danno al patrimonio dell'impresa. E' un tema classico, sui cui riflessi sul diritto societario torneremo, anche alla ricerca di un'adeguata “traduzione” nel nostro ordinamento.

Ed è proprio in virtù di questa distorsione del controllo, necessariamente voluta e non certo frutto di *negligence*, che può essere ammessa nel sistema statunitense un'azione contro la banca per *deepening insolvency*; e ciò non tanto per il suo ruolo di creditore, quanto di insider: infatti “ a secured lender who know or should have known that the corporation would not be able to pay back any loan from it, but nonetheless extended credit to the corporation did not commit deepening insolvency”⁴¹⁹. Ammissibile invece quando il creditore ha esteso il credito “in order to gain control to prolong corporate life whole causing the corporation to incur massive losses, placing it deeper into insolvency and costing other creditors substantial loss”.

Comunque, lo stessa rigidità nell'accertamento dell'elemento soggettivo non può condividersi nella situazione italiana: e del resto sarebbe incongruente con tutto quanto detto finora rispetto alla responsabilità del *bonus argentarius*.

E' scontato, a questo punto, ricordare la marginalità del settore creditizio nel sistema americano, almeno nel suo ruolo di finanziatore diretto delle imprese: il che chiaramente implica una drammaticità minore dell'attività bancaria ed un regime di responsabilità necessariamente meno grave. Ù

Soprattutto, in un sistema dove la banca si caratterizza notoriamente più per il suo ruolo di intermediario⁴²⁰ che di erogatore diretto di finanza, la banca d'affari è per sua natura portatrice di interessi di terzi investitori, titolari di azioni ed obbligazioni: e più spiccato è il suo ruolo di monitor. Perciò si

⁴¹⁹ Così T. K. FRANKLIN, *Deepening Insolvency: What it is and Why it Should Prevail* (2006) 2 *N.Y.U.J. L. & Bus.* 435.

⁴²⁰ Vedi D.W. DIAMOND, *Financial Intermediation and Delegated Monitoring*, *Review of Economic Studies*, Vol. 51, No. 3, 1984, 393.

viene a creare una relazione di agenzia di “secondo livello”⁴²¹ tra il management e gli altri *stakeholders*.

E’ intuibile, comunque, che un quadro del genere è ipotizzabile essenzialmente quando siamo di fronte ad una *public company*, risultando difficile immaginare un’azione di questo tipo quando abbiamo a che fare con un’impresa padronale “all’italiana”, nella quale proprietà e controllo vanno in larga parte a coincidere.

Comunque, tutte le volte che la proprietà è disgiunta dal controllo – ovvero si viene a creare una relazione di agenzia – è possibile che l’*agent* (ovvero il fiduciario che esercita il controllo) abusi del suo potere a discapito del *principal*: ovvero coloro i cui interessi amministra (che siano gli azionisti o le società controllate).

Il nostro diritto societario offre ormai diversi mezzi per sanzionare questa patologia del controllo: parliamo essenzialmente dell’abuso nella direzione e coordinamento (che può avere anche fonte contrattuale), dell’amministrazione di fatto. Inoltre anche negli illeciti propri degli amministratori, di natura civile o penale, la banca può essere coinvolta in quanto complice.

Del resto, il grande pregio di questo tipo di formulazione della responsabilità per concessione abusiva di credito risiede nella incontestabile legittimazione del curatore fallimentare, avvalorata anche dalla recente giurisprudenza di legittimità⁴²²: infatti il patrimonio della società viene eroso sia a danno dei soci che dei creditori sociali, potendosi certamente configurare un’azione di massa.

⁴²¹ Sul ruolo di *monitor* dei fondi d’investimento, vedi M. EREDE, *Governing Corporations with Concentrated Ownership Structure: Can Hedge Funds Activism Play Any Role in Italy?* (April 06, 2009). *CLEA 2009 Annual Meeting Paper*. Consultabile su: *SSRN*: <http://ssrn.com/abstract=1397562> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1397562>.

⁴²² Cass., Sez.Un., 1 Giugno 2010, n. 13414, cit.

19. Il concorso nell'illecito degli amministratori.

Il concorso nell'illecito degli amministratori – i cui doveri sono contenuti nell'art. 2392 c.c. – certamente non è uno strumento ad hoc per sanzionare le patologie nell'ambito delle distorsioni del controllo, ma è sicuramente un valido strumento generale della responsabilità civile. Infatti *ex art. 2055 cc* “se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno.”

Anche in questa ipotesi, comunque, il danno di cui discutiamo sarà sempre costituito dall'aggravamento del dissesto, che si concreta nel depauperamento del patrimonio sociale e quindi anche della garanzia patrimoniale.

L'*eventus damni* però qui non è costituito tanto dall'erogazione di finanza in sé – che abbiamo detto essere atto neutro rispetto ai bilanci dell'impresa – ma dall'utilizzo –negligente o fraudolento- che ne viene poi fatto dagli amministratori⁴²³. E non deve neanche trattarsi della violazione, in concorso, dei medesimi obblighi: è ben possibile che i vari attori dell'illecito svolgano ruoli diversi nel realizzarsi dello stesso, pur realizzando tutti condotte che costituiscano *condiciones sine quibus non* al configurarsi dell'illecito, ognuna di esse necessaria seppur non sufficiente alla realizzazione del danno⁴²⁴.

⁴²³ Così F. BONELLI, *Concessione abusiva*, op. cit., 263, secondo il quale il danno non deriva tanto dall'erogazione credito, ma dall'impiego che ne viene fatto dagli amministratori: “se la nuova finanza è utilizzata e finalizzata a un serio e ragionevole piano per evitare il fallimento, la nuova finanza rappresenta un vantaggio perché finalizzata alla (sperata) salvezza per l'impresa da ristrutturare; se invece, essa è erogata senza che sia stata finalizzata ad un piano, con violazione delle regole che devono assistere l'attività di credito delle banche, la nuova finanza ha causato un danno alla società finanziata, perché è solo servita a mantenere artificialmente in vita un'impresa decotta, che se fosse stata tempestivamente dichiarata fallita avrebbe evitato le perdite che si siano prodotte nel periodo durante il quale il fallimento è stato dilazionato.”

⁴²⁴ *Ibidem*, 264, “si tratta, all'evidenza, di una tipica situazione di concorso di cause.” Conforme anche A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi* in *Giur. comm.*, 2011, 305, secondo il quale “è necessario e sufficiente che le azioni od omissioni di ciascuno di essi abbiano concorso in modo efficiente a produrre

Ed è presto detto di quali condotte parliamo per gli amministratori: l'azione dei creditori *ex art. 2394* pone l'accento proprio sulla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale⁴²⁵.

E particolare rilevanza nel contesto dell'insolvenza hanno le disposizioni in merito alle perdite di capitale. *Ex art. 2446-ter* quando il capitale è diminuito oltre un terzo per perdite, gli amministratori devono convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti che a certe condizioni possono comportare la riduzione dello stesso, la trasformazione o addirittura lo scioglimento – *art. 2484*, numero 4) cc – in caso di riduzione al di sotto del minimo legale; peraltro, come per tutte le cause di scioglimento, è anche vietato agli amministratori di compiere nuove operazioni *ex art. 2486* cc. Ed è incontestabile che in caso di crisi irreversibile si possa postulare un dovere degli amministratori di *disclosure* della crisi, onde consentire ai soci ed ai creditori di prendere i dovuti provvedimenti.⁴²⁶

Qui la banca non è coinvolta in quanto responsabile diretta della *mala gestio*, perché non è necessario che abbia partecipato attivamente all'amministrazione (e quando accade, invece, avremo una banca amministratrice di fatto); occorre solo che il contributo della banca consistente nell'erogazione del credito – abusivo, perché in violazione delle norme sul merito creditizio – sia stato determinante affinché con la finanza erogata gli amministratori abbiano potuto compiere i loro illeciti gestori.

l'evento; non è richiesto che tali azioni od omissioni siano contestuali; non è richiesta una unitarietà di disegno fra i diversi soggetti; non è richiesto che tali azioni od omissioni concretino violazione di norme o principi identici”.

⁴²⁵ Ma addirittura secondo I. PAGNI, *Revoca degli amministratori, azioni di responsabilità e tutela del credito*, in *Le Società*, 2012, 449, l'illecito gestorio può consistere anche “nella lesione del diritto di un creditore o di un terzo quale potrebbe derivare dall'aver indotto il terzo alla sottoscrizione di partecipazioni sociali rappresentando una situazione patrimoniale della società non rispondente al vero e nell'aver fatto ricorso abusivo al credito.”

⁴²⁶ Interessante notare, peraltro, che un obbligo giuridico del genere sussiste anche nel diritto inglese: parliamo della fattispecie di *wrongful trading*: ovvero – secondo l'art. 214 dell'UK *Insolvency Act* del 1986 – quella situazione in cui l'amministratore “knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation” e ciò nonostante abbia continuato l'attività sociale; tutto ciò ovviamente in ragione della “general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected”. La norma si premura anche di specificare che “In this section " director " includes a shadow director”: è quindi pienamente ipotizzabile la sua applicazione a soggetti che non siano formalmente amministratori.

E' chiaro che già qui siamo nell'ambito del nesso causale, dovendosi dimostrare la consequenzialità tra l'erogazione del credito e la *mala gestio*. Ed è ragionevole affermare che se, materialmente, il danno ingiusto è stato realizzato dagli amministratori che hanno prolungato l'attività dell'impresa anche al di là dei limiti legali, certamente non ne avrebbero avuto l'opportunità se non avessero potuto utilizzare la finanza erogata per tacitare i creditori nel breve periodo senza attirare l'attenzione degli *stakeholders* sulla situazione finanziaria dell'impresa. E questo quadro appare coerente anche con le teorie penalistiche sull'illecito, per cui le cause sopravvenute – in questo caso l'utilizzazione della finanza per continuare l'attività d'impresa – non escludono l'apporto causale di quelle precedenti, quando non autonomamente sufficienti al determinarsi dell'evento⁴²⁷ (art. 41, 2 comma, cp).

Comunque, sarebbe miope liquidare la questione come una comune fattispecie di concorso nell'illecito, specificamente di *mala gestio*⁴²⁸; innanzitutto perché considerata l'importanza della funzione finanziaria nelle imprese, le banche, tanto più alla luce del loro ruolo apicale nel nostro sistema finanziario, sono portate per natura a correre questo tipo di rischio in un contesto di crisi finanziaria: ed ecco perché nel mondo bancario anglosassone si parla di *an harm-lenght financing* quale pratica sicura per esonerarsi da responsabilità. E in questo senso, anche l'elemento che principalmente determina il coinvolgimento della banca nella *mala gestio* degli amministratori, costituito dall'erogazione del credito in violazione delle

⁴²⁷ Così anche F. BONELLI, *Concessione abusiva di credito*, op. cit., 264, nota 23, per il quale “sembra possibile affermare l'esistenza di un rapporto di causalità tra illegittima concessione del finanziamento a un'impresa insolvente e continuazione della gestione sociale che ha causato le perdite. E ciò a maggior ragione ove la banca che ha concesso credito sia consapevole che la società lo avrebbe utilizzato per continuare la gestione”.

⁴²⁸ Come pure sostenuto da A. NIGRO, op. cit., 2011, 305, per il quale “In sostanza, qui si tratta puramente e semplicemente di estensione alla banca dell'azione proponibile contro gli amministratori”.

norme di settore, è in comune con la fattispecie di responsabilità aquiliana per concessione abusiva di credito⁴²⁹.

Inoltre, sia rispetto ai *fixed* che ai *residual claimants* la banca è certamente il soggetto più informato sulla struttura e sulla condizione finanziaria dell'impresa; e non è neanche essenziale che la banca abbia conoscenza diretta degli abusi degli amministratori, ancorché non vi partecipi (seppur verosimilmente e frequentemente accade nella prassi, come leggiamo pressoché in tutte le sentenze concernenti concessione abusiva): proprio in virtù del suo ruolo, il fatto stesso che abbia erogato finanza abusiva che poi è stata utilizzata dagli amministratori a danno del patrimonio sociale la rende responsabile anche per mera negligenza. Infatti “essendo la banca un soggetto dotato di specifica e “qualificata” professionalità e quindi destinatario di puntuali obblighi di “cura” dell’interesse altrui, la questione del contributo causale del danneggiato alla verifica del danno non può essere riguardata allo stesso modo di come avverrebbe nell’ambito dei rapporti fra soggetti posti in posizione paritaria, soprattutto sotto il profilo informativo”⁴³⁰. Insomma, anche sotto questa angolatura emerge il ruolo di *monitor* della banca, che comporta un delicato regime di responsabilità.

20. La banca amministratrice di fatto.

La figura dell'amministratore di fatto è chiaramente un rimedio per sanzionare gli abusi nella gestione dell'impresa: in questo senso lo si può sicuramente inquadrare come strumento compensatorio nell'ambito dell'*agency theory*. Rimedio peraltro di centrale importanza almeno fino alla riforma del diritto societario del 2004 che ha raffinato il sistema delle tutele contro gli abusi gestori: non a caso alcune fattispecie che una volta si

⁴²⁹ Lo stesso osserva A. NIGRO, op. cit., 2011, 305, secondo il quale “l'elemento oggettivo è lo stesso che abbiamo visto parlando della responsabilità per concessione abusiva di credito, cioè l'irragionevolezza, dal lato della banca, dell'erogazione di credito. In sostanza, deve realizzarsi la compresenza di condotte irragionevoli nella richiesta e nella concessione del credito”.

⁴³⁰ Così D. GALLETTI, *Abusiva concessione di credito: nihil sub sole novi?*, in *Il Torresino*, 2011, 6.

inquadravano nell'amministrazione di fatto, oggi andrebbero chiaramente inquadrate nell'abuso di direzione e coordinamento di società⁴³¹.

Comunque, anche prima della riforma del diritto societario, la giurisprudenza aveva maturato una distinzione concettuale che aveva portato ad assoggettare il giudizio sulla qualifica di amministratore di fatto ad un certo formalismo: per cui, a prescindere dall'effettiva influenza sul Cda, assumeva importanza centrale la presenza di un'investitura più o meno formale del preteso amministratore di fatto⁴³². Insomma, a prescindere dall'effettiva ingerenza sulla gestione sociale, sembrava essere determinante l'attribuzione documentata di incarichi amministrativi alla banca, che se di un certo peso avrebbero potuto dare luogo ad un'amministrazione di fatto.

Peraltro, pur facendo leva su strumenti generali del diritto societario, è stata osservata la pregnanza del tema anche rispetto alla concessione abusiva di credito⁴³³.

⁴³¹ Vedi App. Genova, 22 Dicembre 1884, in *Eco*, 1885, 21 e Cass. Torino, 23 Giugno 1886, in *Giur. it.*, 1886, 382, le quali avevano ipotizzato un'amministrazione di fatto per una serie di abusi da parte della banca controllante verso la banca controllata: oggi si invocherebbe più propriamente il 2497 c.c.

⁴³² Così N. ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, 1998, 156, secondo il quale "le nostre corti sembrano infatti attribuire una rilevanza decisiva non tanto all'effettivo grado di ingerenza del creditore nella gestione della società finanziata, quanto ai presupposti formali in presenza dei quali tale influenza è stata esercitata". L'osservazione viene fatta anche sulla scorta delle sentenze del Tribunale di Firenze, 13 Novembre 1965, in *Dir. fall*, 1966, 898 e *Giur. tosc.*, 1966, 631, nelle quali la qualifica di amministratore di fatto è stata riconosciuta in seguito ad una procura di carattere generale rilasciata dall'amministratore unico alla banca "in modo da poter meglio controllare l'effettiva restituzione delle somme date a mutuo". All'inverso, in Trib. Firenze, 15 Settembre 1976 in *Giur. Comm.*, 1977, 274, con nota critica di A. BORGIOLO, *Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori*, la banca pur amministratrice di diritto formalmente eletta, non è stata ritenuta responsabile perché il suo ruolo era limitato solo ad interventi relativi all'utilizzazione del finanziamento erogato, senza invadere la gestione dell'impresa nel suo complesso.

⁴³³ *Ibidem*, 158, "si tratta in effetti i due percorsi che, pur restando nettamente distinti nei loro presupposti concettuali e nelle loro conseguenze applicative, mirano a sanzionare i comportamenti abusivi della banca e convergono verso l'identico obiettivo di rafforzare la

Chiaramente, il grande limite della figura risiede nella circostanza che, anche dopo la riforma del diritto societario, in nessuna legge troviamo codificata la figura dell'amministratore di fatto.

Non si può dire lo stesso del diritto francese: a proposito dei soggetti sottoponibili a procedura fallimentare, l'art. Article L653-1 del Code de Commerce parla di "dirigeants de droit ou de fait de personnes morales"; tra le disposizioni comuni sulle società di capitali, l'art L245-16 ci informa che la disciplina si applica "à toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion desdites sociétés" e disposizione identica si trova nell'art. L246-2 quanto a disposizioni penali. E soprattutto, per quanto ci riguarda, l'art. L650-1, di cui abbiamo già discusso, assoggetta la banca a responsabilità per concessione abusiva di credito solo a tre casi, tra cui c'è "l'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur". E infatti è feconda la giurisprudenza in materia⁴³⁴.

tutela degli altri creditori (cosiddetti deboli) della società finanziata". Questa esigenza è particolarmente avvertita di fronte al diffondersi di forme di risoluzione stragiudiziale delle situazioni di insolvenza che, se riflettono in linea di principio interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, possono tuttavia prestarsi ad abusi da parte degli istituti di credito ai quali l'accordo di salvataggio riconosce quasi sempre incisivi poteri di intervento nella gestione della società in crisi.

Peraltro la possibilità che la banca potesse configurarsi come amministratrice di fatto era stata teorizzata già da T. ASCARELLI, *Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano*, in *Foro it.*, 1956, 413.

⁴³⁴ Cass. comm., 19 dicembre 1995, in *Juriclass. Périodique*, 1996, 245 e in *Rev. Sociétés*, 1996, 347, con nota di PH. LE TORNEAU, concernente un tour operator francese che aveva un contratto di assistenza tecnica e amministrazione di una società proprietaria di un'azienda alberghiera; in materia di *franchising* e amministrazione di fatto del *franchisee* vedi Trib. Com. Valenciennes 8 giugno 1993, in *Rev. Proc. Coll.*, 1993, 582, con osservazioni di K. BOUJARD; Cass. comm., 9 novembre 1993, in *Bull. civ.*, 1993, n. 390 in *Rec. Dalloz*, 1995, somm., 79, in *Juriclass Périodique*, 1994, 22394, con nota di G. VIRASSAMY, *Qualité de dirigeant de fait d'une entreprise française attribuée au franchiseur condamné au paiement de l'insuffisance d'actif* e in *Rev. Sociétés* 1994, 321, con nota di PH. LE TORNEAU, *L'action en comblement du passif contre un franchiseur dirigeant de fait, ou la frontière entre l'étroite collaboration des parties au contrat de franchise et l'immixtion dans la gestion*.

La giurisprudenza francese sembra essere più attenta agli aspetti dinamici del problema piuttosto che a quelli formalistici; infatti le corti francesi, nell'attribuire la qualifica di amministratore di fatto, hanno indagato se la società in questione abbia effettuato interventi diretti, concreti e costanti sull'attività dell'impresa che si assume amministrata, a prescindere dalla relazione contrattuale in essere.

E tale rigore è stato riferito anche allo specifico tema delle banche amministratrici di fatto: si è affermato che “est dirigeant de fait l'établissement financier qui s'imisce de plus en plus dans la gestion d'une société cliente au capital de laquelle il participe, auprès de qui il avait délégué, en qualité de gestionnaire, une personne qui participe de façon active à la gestion des affaires sociales et fait preuve d'une autorité telle qu'il paraît avoir bien souvent pris seul les décisions importantes qu'il n'avait aucun mal à imposer aux dirigeants sociaux⁴³⁵”.

Ovviamente per ingerire così pesantemente nella gestione non basta un'attività di mera consulenza: è stata rigettata la responsabilità della banca in un caso in cui si era rilevato che “la simple surveillance des fonds prêtés et la simple fourniture de conseils techniques [...] et n'a pas consisté en une activité positive de direction⁴³⁶”.

Il confine tra la legittima attività di controllo della situazione finanziaria dell'impresa debitrice e l'illecita ingerenza nella gestione della stessa lo troviamo efficacemente sintetizzato in una famosa sentenza: “le fait pur une

Sullo specifico tema della banca amministratrice di fatto, vedi Trib. com. Corbeil-Essonnes, 9 luglio 1976, Souchon c. Banque française de crédit coopératif; Trib. Com. Verdun, 15 luglio 1976, Hocquet c. Caisse régionale de Crédit agricole de la Meuse; Trib. Com. Paris, 14 gennaio 1977, Labely c. Banque nationale Canadienne; Trib. Com. Paris, 7 ottobre 1977, Garnier c. Unigrains.

⁴³⁵ App. Paris, 3 Marzo 1978, Unigrains c. Garnier, in *Rec. Dalloz*, 1978, *inf. Tup.*, 420, con nota di M. VASSEUR e in *Juriclass Périodique*, 1978, *éd C.I.*, 1. 6870, con note di R. CABRILLAC e J. ARGENSON.

⁴³⁶ App. Nancy, 15 dicembre 1977, *Caisse régionale de crédit agricole de In Mesue c. Hocquet*, in *Rec. Dalloz*, 1978, *inf. Rap.*, 225 e in *Juriclass Périodique*, *éd G.*, 1978, 18912 con nota di J. STOUFFLET.

banque d'exercer un contrôle sur l'utilisation des fonds, de suivre un dossier et même d'intervenir au besoin auprès des dirigeants d'une entreprise est un acte légitime de défense de ses intérêts propres, lequel ne lui confère pas systématiquement la qualité de dirigeant de fait"⁴³⁷. Insomma, la giurisprudenza francese sembra trascurare la criticità della funzione finanziaria, tanto più cruciale in un contesto di dissesto; tale controllo sulla tesoreria dell'impresa non sarebbe altro che un'ordinaria cautela del banchiere diligente.

Più severa la giurisprudenza inglese, che in un caso decretò l'esistenza di una *shadow directorship* del consulente, nominato sotto pressione della banca finanziatrice, che aveva di fatto assunto il pieno controllo del conto corrente dell'impresa⁴³⁸: "he negotiated an informal moratorium with creditors[...] became a signatory on Tasbian's bank account[...] monitored Tasbian's trading and controlled its bank account through the bank mandate"⁴³⁹. In caso si accerti una responsabilità per *wrongful trading* dell'amministratore – ritenendosi a tutti gli effetti tale anche lo shadow director – egli sarebbe personalmente responsabile per i debiti contratti in seguito all'aggravamento del dissesto oltre la "soglia di confine" tra la lecita attività sociale e le operazioni compiute in un contesto di crisi irreversibile.

Peraltro, è interessante osservare la distinzione tra shadow o de facto director, attanagliandosi maggiormente la prima figura alla fattispecie in oggetto: secondo la Sect. 27 del Companies Act del 1990 è uno *shadow director* "a person in accordance with whose directions or instructions the

⁴³⁷ App. Paris, 15 Dicembre 1995, in *Rec. Dulloz*. 1996, *inf. rap.*, 74.

⁴³⁸ In Re Tasbian Ltd (No.3), in *British Company Cases*, 1992, 398.

⁴³⁹ Ivi; interessante ancora il seguito della motivazione, dove la Court of Appeal osserva che, presi singolarmente, questi elementi non potrebbero dar luogo ad una shadow directorship; ciononostante "the company's bank account could not be operated without [advisor's] consent. [He] decided which cheques drawn by the company could and which could not be submitted to the bank. This meant that he was concerned with which of the company's creditors were paid and in which order, and to that extent it would appear (...) that he was able to control the company's affairs. This seems (...) to raise at least an arguable case that he was either a shadow or a de facto director".

directors of a company are accustomed to act [...]unless the directors are accustomed so to act by reason only that they do so on advice given by him in a professional capacity”; per la *de facto directorship* non c’è una disposizione specifica, ma si ricava dalla Sect. 212 dell’Insolvency Act del 1986 che parifica agli amministratori – agli effetti dei rimedi esperibili contro di loro – a coloro che “not being a person falling within paragraph (a) or (b), is or has been concerned, or has taken part, in the promotion, formation or management of the company”.

Nel nostro ordinamento non c’è dubbio che un’azione del genere sarebbe chiaramente esperibile dal curatore fallimentare, in modo da poter esperire contro la banca le azioni di cui agli art. 2392 e 2394 cc; ma neanche questo è ancora lo strumento più efficace; la dottrina dell’amministrazione di fatto in Italia non ha ancora raggiunto una maturazione paragonabile a quelle d’oltralpe o d’oltremarica. Anche sotto questo aspetto il nostro ordinamento è indietro almeno di vent’anni; ed è superfluo notare quanto possa essere opportuna una disposizione analoga a quella della Sect. 27 del *Companies Act* o dell’art. L245-16 del *Code de commerce*.

21. La direzione e il coordinamento dell’impresa debitrice.

Nel nostro ordinamento, quando siamo di fronte ad un’ingerenza della banca sulla funzione finanziaria dell’impresa debitrice tale da realizzare un “potere di controllare l’utilizzo della nuova finanza, di determinare i pagamenti che devono essere effettuati, di gestire la tesoreria e allocare le risorse tra le varie componenti del gruppo, nonché di autorizzare preventivamente l’utilizzo dei fondi aziendali in esecuzione del piano di risanamento o nell’accordo di ristrutturazione del gruppo”⁴⁴⁰, allora lo strumento più appropriato è certamente il 2497 c.c.

Come noto, il co. 1 del citato articolo assoggetta a responsabilità le società o gli enti che violino i principi di corretta gestione societaria e

⁴⁴⁰ Così A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, 2012, 330.

imprenditoriale in forza di un rapporto di controllo, essendo tale non solo quello ai sensi dell'art. 2359, ma anche quello esercitato in forza di “un contratto con le società medesime”; ed è evidente che vi possiamo includere certamente i contratti di natura creditizia stipulati tra la società e la banca, tanto più quando in forza di determinati *covenants*⁴⁴¹ la società debitrice deve “rendere conto” alla banca della sua attività, magari essendole del tutto vietate determinate operazioni.

Ma si può determinare il controllo della banca, o del pool di banche, anche quando gli istituti di credito riescono ottenere la stipulazione di patti parasociali attraverso i quali si riservino di determinare la composizione degli organi societari o, ancora, quando si determini tale controllo in forza di clausole inserite nello statuto sociale tali da conferire poteri di veto in occasione di operazioni straordinarie⁴⁴².

In queste ipotesi siamo dunque sempre di fronte ad una banca coordinatrice o “fiancheggiatrice”.

Ma è possibile che la banca, pur senza ingerire nella gestione neanche indirettamente, abbia “consapevolmente tratto beneficio” dalla direzione e coordinamento della società finanziata *ex art. 2497 co. 2 c.c.*⁴⁴³ In questo caso la banca sarebbe responsabile solo “nei limiti del vantaggio conseguito”: si tratta di un principio più vicino a quello indennitario *ex art.*

⁴⁴¹ Intendendosi come tali quelle clausole contenute nel contratto bancario che assoggettano il mantenimento delle linee di credito alla costanza di determinati *ratios* patrimoniali o politiche sui dividendi, così come a obblighi di *disclosure* verso la banca. Per una panoramica di questo strumento di derivazione anglosassone – che peraltro, ad oggi, vediamo utilizzato in Italia più nelle operazioni di *capital market* che di *corporate lending* - v. D. GALLETTI, *I covenants e le altre garanzie atipiche nel private equity e nei finanziamenti bancari*, 2008, consultabile su <http://aleasrv.cs.unitn.it>

⁴⁴² Così S. BONFATTI, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare*, in *Fallimento On Line*, maggio 2005, peraltro facendo riferimento alle vicende della Italgrani.

⁴⁴³ Vedi L. BENEDETTI, *La responsabilità "aggiuntiva" ex art. 2497, 2 CO., C.C., quaderni di giurisprudenza commerciale*, 2012, 181.

2041 cc che risarcitorio *ex art.* 2043 c.c.⁴⁴⁴. Questa è l'ipotesi della "banca parassita", che "abbia tratto profitto dall'allontanamento dell'emersione dell'insolvenza, conseguendo – per esempio – il "consolidamento" di pagamenti e/o garanzie precedentemente acquisiti."⁴⁴⁵ Ma può accadere anche che la banca accetti un pagamento, relativo ad un credito verso una società già conclamata insolvente, effettuato da un'altra società dello stesso gruppo; o che analogamente abbia ricevuto una garanzia da parte di una società per conto di un'altra del medesimo gruppo⁴⁴⁶.

In definitiva, se nei quasi 30 anni di dibattito che hanno preceduto le pronunce a Sezioni Unite del 2006 la dottrina si è sempre concentrata sull'analisi dei requisiti dell'azione aquiliana incontrando i limiti di legittimazione del curatore fallimentare, il "nuovo" diritto societario ci offre una tavolozza di strumenti certamente più raffinata di quanto poteva immaginare la prima, granitica, dottrina a partire dalla fine degli anni '70.

Tanto più nell'attuale contesto finanziario che vede i piccoli risparmiatori sempre più coinvolti nelle vicende patrimoniali delle imprese grazie all'apertura delle stesse ai mercati finanziari e alla diffusione di *Securities* e titoli derivati presso il pubblico, non si può sottrarre le banche dall'esercizio di particolari cautele anche nei confronti della stessa società che finanziano. Peraltro è ormai incontestabile che le vicende dell'impresa non riguardino più soltanto coloro che la controllano, non solo quando siamo di fronte ad una public company con azionariato polverizzato(peraltro composto da risparmiatori, certamente soggetti tutelati *ex art.* 47 Cost.); infatti gli effetti nefasti dell'insolvenza coinvolgono tutta una serie *stakeholders*, a partire dai dipendenti e dai fornitori⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ Così A. MUNARI, *Crisi d'impresa*, op. cit., 320 e ss.

⁴⁴⁵ S. BONFATTI, *La promozione e la tutela*, op. cit.

⁴⁴⁶ Questa ipotesi si ritrova anche in A. MUNARI, *Crisi d'impresa etc.*, op. cit., 320 e ss.

⁴⁴⁷ Il rimando è implicito al dibattito tra *Entity view* e *Shareholders primacy*, ancora vivo negli USA, su cui vedi il già citato L. A. STOUT, *Bad and Not-So-Bad Arguments For Shareholder Primacy*. *Southern California Law Review*, Vol. 75, 1189, 2002.

In tale ottica, assumono importanza cruciale, anche nel determinare la responsabilità delle banche, gli strumenti sanzionatori la cui funzione è proprio risolvere problemi, *latu sensu*, di *governance*: e del resto per le già esposte capacità di monitoraggio, nonché per la loro essenzialità per il reperimento di capitale esterno da parte delle imprese è inevitabile che le banche siano sempre in qualche modo coinvolte nella gestione delle imprese che finanziano.

Infatti leggiamo in quasi tutte le sentenze riguardanti casi di concessione abusiva di credito di una connivenza tra gli amministratori e le banche⁴⁴⁸, quando non addirittura un controllo coatto imposto dalle banche attraverso patti di sindacato, *covenants* contrattuali o addirittura clausole statutarie⁴⁴⁹.

Nel momento in cui queste cause venivano trattate non erano disponibili gli strumenti attuali o comunque l'elaborazione teorica di determinate figure non era giunta ancora a sufficiente consapevolezza, così che le frodi ai risparmiatori o ai creditori concorrenti sono state denunciate attraverso strumenti attinenti al diritto dei mercati finanziari⁴⁵⁰ o della responsabilità civile.

Oggi, disponendo di strumenti più raffinati, quello più calzante al problema della concessione abusiva di credito è certamente l'art. 2497 cc, grazie al quale la tutela accordata alle banche nelle trascorse vicende processuali è oggi destinata a cadere.

Ed è ancora opportuno precisare: non è un problema diverso da quello della concessione abusiva di credito tradizionalmente intesa; il cuore della questione infatti sta nell'accertamento di determinati presupposti oggettivi e soggettivi che abbiamo esaminato nel secondo Capitolo e che riguardano, essenzialmente, il rispetto delle norme di diligenza del *bonus argentarius*,

⁴⁴⁸ Così in Cass. 1 Giugno 2010 n. 13413, cit., peraltro preceduta dall'accertamento di condotte di rilevanza penale a carico degli amministratori.

⁴⁴⁹ E ci riferiamo a Trib. Milano 14 Febbraio 2004, cit: nel caso in questione le banche avevano costituito un "Comitato Ristretto delle Banche Creditrici".

⁴⁵⁰ Ivi.

alla violazione delle quali consegue la nozione di *abusività* del credito concesso.

22. Appendice: impresa individuale e concorso dell'imprenditore.

Nell'analisi che precede abbiamo data per scontata la forma societaria, che sottintende la scissione – almeno parziale – tra la direzione dell'impresa che pone in essere i contratti con l'istituto di credito e la proprietà della stessa che ne subisce le eventuali conseguenze nefaste per la salute finanziaria dell'impresa.

Ma analogo discorso non può essere fatto, evidentemente, per l'impresa individuale nella quale è il titolare stesso ad intrattenere rapporti con l'istituto bancario.

In merito è stato comunque osservato che “è infatti incontestabile che l'autore del finanziamento [...] è la banca, ed è egualmente incontestabile che la erogazione di credito costituisca una prestazione tecnica di carattere professionale che si svolge addirittura nell'ambito di un'attività riservata e sottoposta a controlli autorizzativi da parte dell'autorità che ha il compito di vigilare sull'attività creditizia.”⁴⁵¹ Perciò non si può ritenere che il finanziamento sia considerato come “una merce anonima ed indifferenziata, offerta ed indiscriminatamente accessibile a tutti senza distinzione⁴⁵²”, come accade per i beni di consumo.

Pertanto non sarebbe possibile affermare che la domanda di finanziamento formulata da parte dell'imprenditore possa influire sul nesso causale – ex 1227 cc - dell'illecito, essendo l'erogazione del credito un atto che presume una valutazione ed una delibera prima e una verifica delle condizioni patrimoniali e dell'utilizzo del credito dopo l'erogazione.⁴⁵³

Ma a prescindere da tutto ciò bisogna considerare che l'imprenditore individuale – che è, presumibilmente, un piccolo imprenditore – che si trova

⁴⁵¹ Così B. INZITARI, *l'Abusiva concessione di credito*, 2007, op. cit., 472.

⁴⁵² *Ivi.*

⁴⁵³ *Ibidem*, 473.

in condizioni di dissesto certamente non dispone di grande autonomia negoziale nei confronti dell'Istituto di credito, facilmente esponendosi ad abusi. Tanto più se già indebitato verso l'istituto, l'imprenditore con l'acqua alla gola sarà facilmente portato a sottoscrivere nuovi contratti di finanziamento, magari quelli già citati utilizzati solo per "convertire" i crediti chirografari in ipotecari. Il che, nei casi patologici, può dar luogo a reati contro il patrimonio quali estorsione, usura o truffa⁴⁵⁴. Ed è logico che in un contesto del genere – tanto più in seguito ad un accertamento penale di tal guisa – potremmo ritrovarci in una situazione in cui "vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, della quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio" (art. 1448 cc), potendosi quindi rescindere il contratto ed annullare le eventuali ipoteche apposte per indeterminatezza del credito.

⁴⁵⁴ Proprio mentre scriviamo è in corso un accertamento penale verso un primario Istituto bancario il quale avrebbe prima somministrato a piccoli imprenditori titoli derivati di consistenza quantomeno "fumosa" e poi imposto la sottoscrizione di accordi di rifinanziamento degli stessi – peraltro con condizioni preordinate allo scopo di apporre ipoteca fondiaria – a tassi usurari. In merito, vedi la relativa interpellanza parlamentare su http://banchedati.camera.it/sindacatoispettivo_16/showXhtml.Asp?idAtto=60398&stile=6&highLight=1

CONCLUSIONI

Al termine di questo *excursus* tra patologie dei rapporti creditizi e modelli di responsabilità è naturale chiedersi se la concessione abusiva di credito sia una fattispecie originale oppure nient'altro che un'applicazione del modello di responsabilità aquiliano – e, come abbiamo visto, anche di altri discendenti dal diritto societario – alle dinamiche di relazione tra finanziatore e finanziato.

In realtà, si può con una certa lucidità affermare che la concessione abusiva di credito sia un problema che riguarda essenzialmente l'impresa, la banca e gli altri *stakeholders*.

Ed è soprattutto sotto questa prospettiva che emerge la natura relazionale del problema: in occasione del verificarsi del fenomeno, si assiste ad una distorsione della relazione interna al rapporto creditizio, perché vengono ad essere scavalcati quei limiti oltre i quali l'attività del banchiere non può andare per non arrecare danno alla sana e prudente gestione creditizia; così come si assiste ad una distorsione esterna, attraverso l'onnubilamento della situazione finanziaria dell'impresa, a discapito dei suoi creditori presenti o futuri: si tratta di una vera e propria esternalità negativa.

Induttivamente, bisogna allora interrogarsi sul ruolo del banchiere, nei confronti della sua clientela così come nei confronti del mercato.

E' incontestabile che la principale virtù degli intermediari finanziari consista nell'essere un agglomerato di informazioni, attraverso le quali viene trasferita la liquidità monetaria, e ai quali talvolta vengono delegate funzioni gestorie proprio in virtù della maggiore informazione posseduta e, presumibilmente, ponderazione delle scelte. Grazie alla contiguità con gli assetti finanziari delle entità economiche con le quali si affacciano, anche al fine precipuo di decidere se erogare o meno credito, le banche hanno una cognizione di causa immancabilmente maggiore degli altri *stakeholders*.

Ritorniamo così al ruolo del banchiere-*monitor*: il punto è quanto questa constatazione di fatto debba essere valorizzata nel valutare la responsabilità

della banca in occasione dei dissesti finanziari con i quali l'istituto di credito si interfaccia.

Il paradosso sta proprio qui: il problema è di natura relazionale, ma in qualche modo la circolarità della disciplina bancaria sembra escludere la rilevanza dei rapporti tra la banca e i soggetti che non sono intermediari finanziari. Eppure attraverso un'invasiva disciplina di autorizzazione, vigilanza e controllo tutti gli assetti dell'industria finanziaria (assicurativa, bancaria, intermediaria, monetaria) sono di fatto delegati ad un numero relativamente ristretto di operatori i quali devono rendere conto innanzitutto al proprio organo di Vigilanza.

Alla separazione tra la produzione di beni e servizi e la speculazione finanziaria sugli stessi, corrisponde la profonda distanza tra le imprese di natura industriale e quelle di natura finanziaria le quali, in una sorta di iperuranio, al contempo incanalano il flusso informativo ed intervengono sull'economia in tempi e modi talvolta imperscrutabili per quei soggetti che non siano anche *monitor*.

Le banche sono portatrici di una moltitudine di interessi: della clientela i cui beni hanno in gestione, verso la quale si può configurare una responsabilità gestoria; del proprio interesse di impresa commerciale al profitto; del sistema creditizio stesso, andando a costituire il braccio operativo della sana e prudente gestione: talvolta proprio queste finalità pubblicistiche sono state utilizzate per schermare i comportamenti egoistici della banca in una commistione tra pubblico e privato.

Nessuna fonte (specifica), invece, configura la rilevanza dell'interesse dei soggetti che producono (nel caso dell'impresa) o che beneficiano (e ci riferiamo al mercato in genere) dell'informazione che la banca direttamente o indirettamente amministra, analizzandola, vendendola, occultandola e così via. Ciononostante, proprio in virtù della contiguità della banca col flusso delle informazioni finanziarie, la distruzione di ricchezza conseguente ad uno stato di insolvenza va a gravare (chiaramente, in proporzione all'esposizione individuale) maggiormente sugli operatori industriali che non godono dello stesso sistema di privilegi e di garanzie in forza agli istituti di credito.

Se, proprio alla luce della stabilità del sistema, è plausibile un sistema che garantisca agli istituti di credito di limitare i danni anche quando gli operatori con i quali si interfacciano anziché produrre distruggono ricchezza – e ciò proprio al fine precipuo di preservare la solidità della banca in quanto soggetto scelto dal legislatore per regolare la liquidità monetaria, in funzione anticiclica e neutralizzante rispetto alle fluttuazioni macroeconomiche – bisogna comunque individuare una valvola di sfogo che reprima le condotte inefficienti della banca che così configurata è libera di agire quale *free rider*.

E ciò, innanzitutto, alla luce dei principi di solidarietà economica e sociale (art. 2 Cost.) e a tutela dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana (art. 41 Cost.), di pari rango rispetto alla tutela del risparmio *ex art. 47 Cost.*

Attesa la dimensione relazionale del problema, il modello aquiliano – anche per gli esaminati limiti di legittimazione del curatore fallimentare – ad oggi è quello meno idoneo per sanzionare la concessione abusiva di credito.

Se, abbiamo detto, il legislatore attraverso il complesso sistema di regolazione e autorizzazione del mercato creditizio ha di fatto delegato il monopolio dell'informazione finanziaria ad una cerchia relativamente ristretta di operatori, ha anche predisposto, attraverso la disciplina di vigilanza, dei limiti all'operato della banca affinché non abusi del flusso informativo che, direttamente o indirettamente, le è stato delegato, quasi sempre riuscendo ad influire sul merito delle scelte dell'impresa finanziata in forza della sua posizione di parte forte del rapporto creditizio.

E ciò accade quando, in una grande struttura societaria, le competenze decisore sono suddivise in un'estesa compagine governativa dell'impresa, la quale spesso non vanta – o ne vanta in percentuale risibile – rapporti di proprietà sull'impresa che amministra: gli organi di *governance* spesso possono assumere comportamenti non corrispondenti all'interesse dell'impresa, tanto più in occasione di dissesto e col consenso della banca, per ragioni di prestigio o di tornaconto personale.

Ma accade anche quando il soggetto finanziato è un imprenditore di modesto peso economico il quale, tanto più se schiacciato dai debiti e

trovandosi innanzi lo spettro del fallimento, sarà indotto ad assecondare la condotta dell'istituto di credito nella speranza di procrastinare la sanzione fallimentare *ad infinitum*.

Insomma, una pur minima percentuale di distorsione gestoria è sempre presente nella concessione abusiva di credito: ecco perché, anche alla luce della necessaria premessa sul contesto di asimmetria informativa, il problema, anziché nella responsabilità civile, va più propriamente inquadrato tra i problemi dell'*agency relationship*, giungendo tale relazione a toccare, anche se indirettamente, le sorti di quegli operatori che pur configurandosi rispetto alla banca come terzi, sono anch'essi *stakeholders* dell'impresa finanziata. Ed in questo senso, la trattazione del tema è anche occasione di studio dei rapporti interni al ceto creditorio: l'originalità della fattispecie sembra proprio consistere nell'emersione delle patologie derivanti dalla commistione tra interessi creditori, interessi commerciali e interessi gestori.

Data la contingenza del problema della concessione abusiva di credito con temi più pertinenti al diritto dell'economia che alla violazione di principi generali come il *neminem laedere* alla base dell'illecito aquiliano, oggi gli strumenti più efficaci per sanzionare l'attività del banchiere – e specifichiamo, proprio nella sua qualità di erogatore di finanza a prescindere dall'ingerenza gestoria – passano per il concorso nella *mala gestio* degli amministratori o per l'abuso dell'attività di direzione e coordinamento *ex art. 2497*. E si noti: non si tratta di fattispecie eccentriche, né concentriche; la banca è coinvolta proprio in virtù della sua attività professionale, in quanto beneficiaria o addirittura fiancheggiatrice dell'illecito attribuibile ad altri.

Conclusivamente, ci si può interrogare sull'efficienza del sistema allo stato attuale. La valvola di sfogo esiste ed è attuabile, ma richiede un'impostazione dell'azione di risarcimento estremamente puntuale, tant'è che finora la giurisprudenza di legittimità non si è mai espressa in favore dell'attore: talvolta per motivi di legittimazione, talvolta per la negazione del diritto sostanziale che si assume leso.

Paradossalmente, in materia di ristrutturazione, attraverso gli strumenti *ex art. 160, 182-bis o 67 l. fall.* il legislatore si è già espresso sia sul piano

penalistico (art. 217-bis l. fall.) che su quello fallimentare (art. 67, co. 3, lett. e): non vi è dubbio che l'appropriato utilizzo di questi strumenti, in virtù della *disclosure* della crisi che essi determinano, sia la chiave per reprimere le condotte scorrette delle banche in occasione delle crisi d'impresa.

Iure condendo, in seguito all'ormai trentennale dibattito dottrinale e all'emersione del problema anche nella giurisprudenza – con un prevedibile incremento dei procedimenti, anche alla luce dell'attuale crisi congiunturale e della funzione anticiclica del contenzioso giudiziario – i tempi sono ormai maturi affinché il legislatore sancisca i confini della fattispecie oggetto di questo lavoro, prendendo una posizione chiara e componendo il conflitto tra i vari interessi ordinamentali i quali, *iure condito*, hanno tutti una propria dignità nella trattazione del problema costringendo l'interprete, allo stato, ad un non sempre facile bilanciamento di interessi.

BIBLIOGRAFIA

GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

C. Cost., 22 giugno 2004, n. 175, in *Il Fallimento*, 2004, 864

CORTE DI CASSAZIONE

- Cass. Sez. U.* 29.01.1971, n.174 in *Giur. it.*, 1971, 1, 680
Cass. 18.3.1975, n. 1043 in *Giust. civ.*, 1975, 923
Cass. 20.10.1975, n. 3415 in *Dir. Fall.*, 1976, 33
Cass. 26.02.1979, n.1254, in *Il dir. fallim.*, 1980, II, 475
Cass. 18.01.1982, n. 5413, in *Giust. Civ.*, 1982, 2545
Cass. 11.04.1992, n.4463, in *Fall.*, 1992, 811
Cass. 07.05.1992, n.5421, in *Foro it.*, 1992, I, 879
Cass. 26.06.1992, n.8012, in *Fall.*, 1992, 812, 3.3
Cass. 19.11.1992, n. 12383, in *Foro it.*, 1992, I, 234
Cass. 10.12.1992, n.13095, in *Fall.*, 1993, 595
Cass. 13.01.1993, n.343, in *Foro it.*, 1993, 2695, 89
Cass. 20.05.1993, n. 5736, in *Fall.*,1993, 1135
Cass. 30.08.1993, n. 9197, in *Il fall.*, 1994, 149
Cass. 18.10.1994, n.8496, in *Not. Giur. Lav.*,1995, 10
Cass. 13.01.1996, n.12, in *Foro it.*,1996, I, 530, 3.4.1
Cass. 21.08.1996, n. 7722 in *Il fall.*, 1997, 171
Cass. 24.09.1996, n.8409, in *Foro it.*,1996, 131, 573(m)
Cass. 08.01.1997, n.72 in *Banca, borsa, t.c.*,1997, II, 653
Cass. 08.01.1997, n.72 in *Foro it.*,1997, 1813, 112
Cass. 21.05.1997, n.4538, in *Banca, borsa, t.c.*,1997, II, 648
Cass. 07.08.1997, n. 7298 in *Il fall.*, 1997, 1205
Cass. 22.10.1998, n. 10488,in *Giust. civ.*, 1999, I, 75
Cass. 15.03.1999, n.2284, in *Guida al diritto*,1999, 19,46
Cass. 14.07.2000, n. 9321, in *Contratti*, 2000, 1111
Cass. 16.11.2000, n.14859, in *Foro it.*, 2000, 841
Cass. 22.11.2000, n.15066, in *Foro it.*, 2000, 841
Cass. 11.01.2001, n. 317, in *Giur. It.*, 2002, 783, con nota di GUCCIONE
Cass. 19.06.2001, n.8303, in *Foro it.*, 2001, 813
Cass. 09.10.2001, n.12368 (ord.), in *Il dir. fallim.*, 2001, II, 1375
Cass. 13.10.2005, n. 19894 in *Foro It.*, 2005, 3296
Cass. Sez. U. 28.3.2006, n. 7030, in *Foro It.*, 2006, I, 3417
Cass. Sez. U. 28.3.2006, n. 7029, in *Rass. dir. civ.* 2006, 1147
Cass. Sez. U. 28.3.2006 ,n. 7031, in *Fall.* 2007, 1, 101
Cass. 1.10.2007, n. 20622, in *Dir. Fall.*, 2009, 181., con nota di CORDOPATRI
Cass. 18.7.2008, n. 19978, in *Fall.*, 2008, 1385
Cass., 22.4.2009, n. 9619, in *Riv. dir. soc.*, 2011, 1, 94
Cass., 1.6.2010, n. 13413, in *Giur. it.*, 2011, 109
Cass., 21.7. 2010, n. 17121, in *Società*, 2011, 701

CORTE D'APPELLO

App. Milano 27.10.1986, in *Banca, borsa, t.c.*, 1987, II, 404
App. Bari 31.12.1990, in *Fall.*, 1991, 523
App. Cagliari 21.01.1994, in *Banca, borsa, t.c.*, 1995, II
App. Milano 08.06.1999, in *Banca, borsa, t.c.*, 2000, II, 568
App. Catania, 20.10.2000, in *Il dir. fall.*, 2001, 1259
App. Bari 22.03.2002, in *Foro it.*, 2002, 831
App. Milano 10.05.2002, in *Giur. It.*, 2003, 502
App. Bari 17.6.2002, in *Fall.*, 2002, 1159
App. Bari 2 luglio 2002, in *Fall.*, 2002, 1164
App. Roma 30.01.2003, in *Guida al Diritto*, 2003, 15, 87,
App. Bari 18 febbraio 2003, in *Fall.*, 2004, 427
App. Milano 11 maggio 2004, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, II, 643

TRIBUNALE

Trib. Milano 08.02.1982 in *Banca, borsa, t. c.*, 1982, II, 74,
Trib. Milano 09.12.1982 in *Banca, borsa, t.c.*, 1983, II, 456
Trib. Roma 28.02.1983, in *Foro it.*, 1984, I, 1986
Trib. Milano 14.04.1986, in *Banca, borsa, t.c.*, 1987, II, 404
Trib. Milano, 17.03.1988, in *Il dir. Fall.*, 1988, 732
Trib. Roma 01.08.1991, in *Fall.*, 1992, 427
Trib. Torino 12.11.1991, in *Fall.*, 1992, 93
Trib. Cagliari (ord.) 28.11.1995, in *Banca, borsa, t.c.*, 1999, II, 354
Trib. Roma 24.02.1997, in *Banca, borsa, t.c.*, 1999, II, 253
Trib. Roma 23.07.1997, in *Fall.*, 1998, 423
Trib. Napoli 24.11.1997, in *Fall.*, 1998, 423
Trib. Roma (ord.) 10.03.1998, in *Banca, borsa, t.c.*, 1999, II, 452
Trib. Roma (ord.) 05.08.1998, su <http://www.adusbef.it>
Trib. di Rovigo, 22.10.1998, in *Foro It.*, 1999, 2683
Trib. Brindisi (ord.) 20.07.1999, su <http://www.adusbef.it>
Trib. Genova 28.10.1999, in *Fall.*, 2000, 809
Trib. di Roma, 19.01.2000, in *Dir. prat. soc.*, 2000, 105
Trib. Brindisi (ord.) 26.09.2000, in *Banca, borsa, t.c.*, 2002, II, 219
Trib. Roma 21.01.2000 in *Giurispr. Comm.*, 2000, II, 211
Trib. Lecco 05.12.2000 in *Giur. It.*, 2003, 502
Trib. Foggia 11.12.2000 in *Il dir. fallim.*, 2001, II, 545
Trib. Milano 21.05.2001 in *Banca, borsa, t.c.*, 2001, II, 264
Trib. Genova, 16.01.2002, in *Giur. It.*, 2002, 20108, con nota di MURINO
Trib. Salerno Sez. Eboli, 22.4.02 in *Dir. e Prat. Soc.*, 2002, 14/15, 94
Trib. Foggia 07.05.2002 in *Il dir. fallim.*, 2002, II, 510
Trib. di Milano, 13.01. 2004, in *Il fall.*, 2004, 707
Trib. di Milano, 05.02.2005, in *Il fall.*, 2005, 1321
Trib. Monza 31.7.2007, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 375
Trib. Ancona, 12.9.2008, su <http://www.ilcaso.it>
Trib. Roma 09.07.2009, n. 22461 su www.ilcaso.it
Trib. Milano 18.1. 2011, n. 501, in *Fall.*, 2011, 588

UNITED STATES BANKRUPTCY COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK

316 B.R. 451; 2004 Bankr. LEXIS 1702; 43 Bankr. Ct. Dec. 253

UNITED STATES BANKRUPTCY COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF FLORIDA, FORT LAUDERDALE DIVISION

422 B.R. 783; 2009 Bankr. LEXIS 4355

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Linee guida per il finanziamento alle imprese in Crisi, 2010*, reperibile su www.assonime.it, www.cndcec.it, www.unifi.it/nuovodirittofallimentare

AA.VV., *Not All Loans Are Created Equal: Equitable Subordination and Prepetition Insider Lending after SI Restructuring*, *American Bankruptcy Institute*, 2008, Column, 27-9 ABIJ 22

AA.VV., *Should we redistribute in insolvency?* Centre for Business Research, University Of Cambridge Working Paper No. 319, 2006

AA. VV., *Centrale dei Rischi, Esperienze e prospettive, Banca d'Italia, Tematiche Istituzionali*, 2002

AA.VV., *The demand for debt finance by entrepreneurial firms*, *K.U.Leuven - Departement toegepaste economische wetenschappen*, 2001

AA.VV., *Bankruptcy Legislation in Belgium, Italy and the Netherlands*, *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale Banca D'italia*, Numero 52, 2001

ABI, *La nuova centrale dei rischi: Profili giuridici e riflessi operativi per gli intermediari finanziari*, *Bancaria Editrice*, 1997

ABI, *Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi d'impresa*, *Roma*, 2000

ABI, *La concessione abusiva del credito nella recente giurisprudenza*, *Circolari ABI serie Legale n. 9 - 8 settembre 2008*

ADLER, B., *Bankruptcy and risk allocation*, *Cornell Law Review*, 1992, **77** *Cornell L. Rev.* 439

ALESSI, G., *Revocatoria fallimentare dei pagamenti ai creditori con garanzie reali secondo la cassazione e violazione dell'art. 2741 c.c.*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali (II)*, 2011, CEDAM, 113

- ALPA G., *L'ingiustizia del danno*, in *Giur. sist. civ. e comm.* 1987
- ANELLI, F., *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. Banc.* 1998, p. 137
- ANGELINI, P. e CETORELLI, N. *Bank Competition and Regulatory Reform: The Case of the Italian Banking Industry*, *Tem di Discussione*, n. 380, Banca d'Italia, Roma
- ANTONUCCI, A., *Diritto delle Banche*, Milano, 2009
- AOKI, M. e PATRICK, H., *The Japanese Main Bank System*, 1994
- ARATO, M., *La responsabilità della banca nelle crisi di impresa.*, 2007, 252
- BAIRD, D., *Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren*, *University of Chicago Law Review*, 1987, 54 *U. Chi. L. Rev.* 815
- BAIRD, G. e JACKSON, T., *Bargaining After the Fall and the Contours of the Absolute Priority Rule*. *University of Chicago Law Review*, 1988, 55 *U. Chi. L. Rev.* 738
- BAKER, J.C., *The german stock market: its operations, problems and prospects*, 1970
- BANCA D'ITALIA, SERVIZIO RILEVAZIONI ED ELABORAZIONI STATISTICHE, *Centrale dei rischi. Istruzioni per gli intermediari creditizi*, *Circolare n. 139 dell' 11 febbraio 1991* (14° Aggiornamento del 29 aprile 2011: ristampa integrale)
- BARGIOLI, A., *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. Comm.* 1981, 297
- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION *The New Basel Capital Accord*, 2001, BIS, Basel.
- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION, *Customer Due Diligence for Banks*, 2001, BIS, Basel.
- BELLANTOMO, G., *Contratti incompleti e norme sociali*, *Rivista critica del diritto privato*, 2001, p. 261- 282
- BENDER, J., *Deepening Insolvency in Alabama: is it a tort, a damages theory or neither of the above?* *The Alabama Lawyer*, 2005, 66 *Ala. Law.* 190
- BENOCCI A., *Fenomenologia e regolamentazione del rapporto Banca-Industria dalla separazione dei soggetti alla separazione dei ruoli*, 2007.
- BERTACCHINI, E., *Concessione del credito, comportamenti abusive e responsabilità della banca: osservazioni alla luce delle recenti disposizioni legislative in materia bancaria in Liuc Papers n.8, Serie Impresa e Istituzioni* 3, 1994

- BOHOSLAVSKY, J., *Responsibility for Abusive Granting of Sovereign Loans*, *Law and Business Review of the Americas*, 2008 14 *Law & Bus. Rev. Am.* 495
- BONELLI F., *La revocatoria fallimentare delle rimesse. Nuovi spunti giurisprudenziali e dottrinali emersi nel periodo 1977-1981*, in *Giur. Comm.*, 1982, 13
- BONELLI, F., “*Concessione abusiva*” di credito e “*interruzione abusiva*” di credito”, in “*Crisi di imprese: casi e materiali*” , a cura di F. Bonelli, 2011, 249
- BONFATTI, S., *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d’impresa nella riforma della legge fallimentare*, su www.iudicium.it
- BONFATTI, S., *La *responsabilità della banca e dell’impresa nella gestione delle situazioni di crisi : atti del Convegno, Lanciano, gennaio 2005 / a cura di Sido Bonfatti e Giovanni Falcone, Milano : Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, 285
- BONSIGNORI, A., voce “*Fallimento*”, in *Digesto delle discipline privatistiche - sezione commerciale*, Torino, 1993
- BOWERS, J., *Security interest, creditor’s priorities and bankruptcy*, *Louisiana State University Law Centre*, 1999
- BUYLE, J., *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit et le respect de l’environnement*, *RDBF*. 2006, 80
- CALABRESI, G., e MELAMED, D., *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, *Harvard Law Review*, 1979, 1089
- CAPPELLO, A., *Lender Liability*, 2004
- CAPOLINO, O., *Responsabilità delle banche nell’insolvenza dell’impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito in Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d’Italia*, n. 47, Dicembre 1997
- CAPRA, L., D’AMICO, N., FERRI, G. e PESARESI, N., *Assetti proprietari e mercato delle imprese*, Bologna, 2004
- CARLETTI, E., *The structure of bank relationships, Endogenous monitoring and Loan Rates* (October 16, 2000). *EFMA 2001 Lugano Meetings*. Consultabile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=249006> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.249006>
- CARLETTI, E., CERASI, V., e DAL TUNG, S., *Multiple-bank lending: diversification and free-riding in monitoring*, *Working Papers 20061103*, Università degli Studi di Milano-Bicocca, Dipartimento di Statistica, revised Nov 2006
- CARLSON, D., *Secured lending as a zero-sum game*, *Cardozo Law Review* 1998, *Cardozo L. Rev.* 1635

- CARMIGNANI A., *Funzionamento della giustizia civile e struttura finanziaria delle imprese: il ruolo del credito commerciale, Temi di discussione del servizio studi Banca d'Italia*, Numero 497 - Giugno 2004
- CASTIELLO D'ANTONIO, A., *La responsabilità della banca per "concessione abusiva del credito"*, in *Dir. Fallim.*, 2002
- CASTIELLO D'ANTONIO, A., *Il rischio delle banche nel finanziamento delle imprese in difficoltà: la concessione abusiva di credito*, in *Dir. fall.*, 1995, I, 247
- CASTIGLIONI, M., *Il recesso della banca dal contratto di apertura di credito*, in *Magistra Banca e Finanza - www.tidona.com - ISSN: 2039-7410*, 2003
- CARMIGNANI, A., *Funzionamento della giustizia civile e struttura finanziaria delle imprese: il ruolo del credito commerciale* in *Temi di discussione del Servizio Studi*, Numero 497 - Giugno 2004
- CEFARO, D., *La responsabilità degli amministratori e la perdita del capitale sociale in costanza di valutazioni sulle operazioni societarie: dall'automatico scioglimento della società alla prescrizione dell'azione dei creditori sociali, passando per la determinazione del danno* in *Riv. dir. soc.*, 2011, 1, 94
- CHERNOW, R., *The House of Morgan: an american banking dynasty and the rise of modern finance*, 2001
- COFFEE, J., *Systemic risk after dodd-frank: contingent capital and the need for regulatory strategies beyond oversight*, *Columbia Law Review*, 2011
- COFFE J., *The Rise of Dispersed Ownership: The Role of Law in the Separation of Ownership and Control (December 2000)*. *Columbia Law and Economics Working Paper No. 182*
- CORIGLIANO, R., *Le relazioni banca-impresa. Assetto creditizio ed efficienza allocativa*, Egea, Milano. 1991
- COSTI, R. e VELLA, F., *Banche, governo societario e funzione di vigilanza* in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia* Numero 62 , Settembre 2008
- COSTI, R., *L'ordinamento bancario*, 2007
- CUIGNET, R., *La responsabilité juridique du banquier donneur de crédit*, in *Revue de la banque*, 1976, 4
- D'ALESSANDRO, F., *La crisi d'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici* in *AA. VV., Crisi d'impresa e riforma della legge fallimentare*, 2002
- D'AMATO, A., *Alcune riflessioni sulla consistenza patrimoniale dell'impresa e la tutela dei creditori. Verso una proposta di riforma delle regole sul capitale sociale* in *Riv. dottori comm.*, 2011, 04, 741
- DANOVI, A., *Crisi d'impresa e risanamento finanziario nel sistema italiano*, Giuffrè, Milano, 2003

DESARIO, V., *Il ruolo delle banche nelle crisi di impresa: il punto di vista della Banca d'Italia, intervento presso l'A.B.I.*, Roma, 2000

DEZZANI, F., *Basilea 2 e il merito creditizio alle imprese*, in *Le Società*, 2007, 405

DI MARZIO, F., *Dal ceppo della vergogna alle soluzioni concordate della crisi d'impresa. Nota apologetica sul nuovo 'diritto fallimentare'*, su www.ilcaso.it, documento n. 282/2012, 11 Febbraio 2012.

DI MARZIO, F., *Sulla fattispecie 'concessione abusiva di credito'*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2009, II, 382-403

DI MARZIO, F., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Zanichelli, Bologna, 2008, 471-488

DI MARZIO, F., "Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi d'impresa", in *Riforma fallimentare. Lavori preparatori e obiettivi*, a cura di M. Vietti, F. Marotta e F. Di Marzio, ITA, Torino, 2007, 14-26 e in www.ratioiuris.it

DI MARZIO, F., "Abuso Contrattuale", in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica, Il Sole 24 Ore*, Milano, 2007, I, 1-4

DI MARZIO, F., *Contratto e crisi d'impresa. Piano di risanamento, accordo di ristrutturazione e responsabilità per concessione abusiva di credito*, in AA.VV. *Il concordato preventivo e la ristrutturazione del debito d'impresa*, Torino, 2006, 148

DI MARZIO, F., *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, in *Rivista di diritto privato*, 2004, 142

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

DI MARZIO, F., *Clausole abusive e contratti bancari*, in *Il diritto fallimentare*, 2001, 200

DOLMETTA, A., *Sulla revocatoria fallimentare riformata: problemi applicativi su termini ed esenzione*, su www.ilcaso.it

ENGERT, A., *Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung*, 2004.

EREDE, M., *Governing Corporations with Concentrated Ownership Structure: Can Hedge Funds Activism Play Any Role in Italy? (April 06, 2009)*. CLEA 2009 Annual Meeting Paper, consultabile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1397562> o su <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1397562>.

ESPOSITO, C., *La legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio della azione danni per abusiva concessione di credito: una breve analisi dei percorsi possibili*, in *Fall.*, 2006, 1128

- ESPOSITO, C., *L'azione risarcitoria di massa per concessione abusiva di credito*, in *Fall.*, 2005, 861
- FAUCEGLIA G., *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di Buonocore, Torino, 2005, 202
- FISCHEL, D.R., *The Economics of Lender Liability*, *The Yale Law Journal*, 99 (1989), 131
- FORESTIERI, G. e TIRRI, V., *Verso un sistema bancario e finanziario europeo, Ente per gli Studi monetari, bancari e finanziari Luigi Einaudi , Quaderni di Ricerche, numero 31*
- FORESTIERI, G., *Rischio del credito e finanza dell'impresa, 1992*, in *Economia e Management*, 6,
- FORESTIERI, G., *Banche e risanamento delle imprese in crisi, 1995*, Egea, Milano
- FORTUNATO, S., *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2009, 65
- FRANCHINA, G., *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Dir. Fall.*, 1988, 656
- FRANZONI, M., *La concessione abusiva di credito*, in *La Responsabilita` Civile*, 2010, 325
- GABRIELLI, E., *Garanzie rotative, garanzie fluttuanti e trust. Problemi generali, Trusts e attività fiduciarie*, 2002, 518
- GABRIELLI, E., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 93
- GAGGERO, P., *Responsabilità civile della banca, 1998*, in *Giurispr. Comm.*, 95
- GAGGERO, P., *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Padova, 1999
- GALANTI, E., *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership* in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, Numero 51 - Gennaio 2000
- GALARDO, M., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa*, 2011
- GALGANO, F., *Civile e penale nella responsabilità del banchiere, 1987*, in *Contratto e impresa*, 1.
- GALGANO, F., *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca, 1998*, in *Contratto e impresa*, 18.
- GALGANO, F., *Diritto civile e commerciale, vol.II, Le obbligazioni e i contratti, 1999, t.I, Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova.

- GALGANO, F., *Storia del diritto commerciale*, 1976, Bologna.
- GALGANO, F., *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, 1985, in *Contratto e impresa*, 2011
- GALLETTI, D., *Non si vive di sola revocatoria: piccolo manuale di sopravvivenza per il "nuovo" curatore*, su www.ilfallimentarista.it
- GALLETTI, D., *Abusiva concessione di credito: nihil sub sole novi? Da Il Torresino*, 2011, V, 6-8
- GALLETTI, D., *"Brevi note sulla prova del danno nelle azioni di responsabilità"*. Nota a: Tribunale di Lecce, 3 dicembre 2009, in *GIURISPRUDENZA DI MERITO*, 2010 (10 2010), p. 2505-2517
- GALLETTI, D., *"Brevi note sull'uso del criterio dei "netti patrimoniali di periodo" nelle azioni di responsabilità"* in *IL CASO*, v. , (2010), p. 1-23. - URL: www.ilcaso.it/opinioni/a215.php
- GALLETTI, D., *"Tecniche e rischi del finanziamento alle imprese in crisi"* in F. Di Marzio, F. Macario (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano: Giuffrè, 2010, p. 315-358. - ISBN: 9788814153464
- GALLETTI, D., *I covenants e le altre garanzie atipiche nel private equity e nei finanziamenti bancari*, 2008, consultabile su <http://aleasrv.cs.unitn.it/smefin.nsf/pages/bibliografia>
- GALLETTI, D., *La ripartizione del rischio di insolvenza: il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna: Il mulino, 2006
- GALLETTI, D., *Corporate governance e responsabilità sociale d'impresa in V. Buonocore (a cura di), Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Milano: Giuffrè, 2005, p. 2621-2652
- GARDELLA, A., *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, 2007
- GAVALDA, C. e STOUFFLET J. , *Droit bancaire*, 1997, Litec, Paris.
- GAVALDA, C. *La responsabilité du banquier en cas de faillite de l'entreprise financée*, Les Cahiers de droit, vol. 22, n° 3-4, 1981, p. 547-560.

GENTILI, G., , *Il Tribunale di Ancona ha omologato il primo accordo di ristrutturazione dei debiti con transazione fiscale stipulato in Italia*, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/1494.htm>

GIANNI, F., *Il processo di restructuring: aspetti finanziari e industriali ; relazione di Francesco Gianni al Convegno Synergia Formazione "Restructuring, Insolvency. Pianificazione finanziaria e operazioni di M&A"*, Milano, 23 marzo 2010

GILSON, R. T. e KRAAKMAN, R., *Investment companies as guardian shareholders - the place of the MSCIN in the corporate governance debate*, *Stanford law review*, 24(4), 1993, p. 985.

GILSON S., J. K. e LANG, L., *Troubled debt restructuring: an empirical study of private reorganization of firms in defaults, 1989*, in *Journal of Applied Corporate Finance*, n.2.

GRANATA, E., *Il fenomeno della concessione di credito*, in *Società*, 2007, 449

GRECO, G. L., *Commento sull'art. 5 T.U.B.*, in *Commentario al testo unico bancario*, 2011, a cura di M. PORZIO, F. BELLI, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, 50

GUERRA, P., *Ristrutturazione del debito e assistenza finanziaria all'impresa: il c.d. consolidamento dei crediti bancari*, in *Banca, borsa, tit., cred.* I, 1995, 807

GUGLIEMUCCI, G., *La nuova normativa sulla revocatoria delle rimesse in conto corrente*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2005, 807

HASS, J., *Comment: Insights into Lender Liability: An argument for treating controlling creditors as controlling shareholders*. *University of Pennsylvania Law Review*, 1987 135
U. Pa. L. Rev. 1321

HILL, J., *Bank Capital Regulation by Enforcement: An Empirical Study*, *Indiana Law Journal* , 2012, 87 Ind. L.J. 645

HUONG, T. e LAI, V., *Asset Securitization and Bank Risk Taking* , 2011, su http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1784046

HYNES, J., *Lender's Liability: The Dilemma of the Controlling Creditor*, 58 *Tenn. L. Rev.* 635 ,1991

INZITARI, B., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito* , documento n. 58/2007 su www.ilcaso.it, 2007

INZITARI, B., *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 280

INZITARI, B., *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*. Dir. banc. merc. fin., 1993, 399 ss.,

IRTI, N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma, Laterza, 1998

KONERDAY, R. Jr., *Bank loans as securities: a legal and financial economic analysis of the treatment of marketable bank assets under the securities acts*. UCLA Law Review, 1993, 40 UCLA L. Rev. 799

KROSZNER, R.S. e STRAHAN, P.E., *Bankers on boards: monitoring, conflicts of interest, and lender liability*, Journal of Financial Economics, vol. 62, p. 415 e ss

KUBLER, F., *The Impact of Equity Markets on Business Organization: Some Comparative Observations Regarding Differences in the Evolution of Corporate Structures*. European Business Organization Law Review, 2, p. 669 doi:10.1017/S1566752900000677

LENOCI, F. e PEOLA, S., *Nuova centrale dei rischi: Come leggerla, rielaborarla e interpretarla*, 2011

LIBONATI, B., *Prospettive di riforma sulla crisi d'impresa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2001, 327

LIN, L., *The Information Content of a Bank's Involvement in Private Workouts*, 3 GEO. MASON IND. L. REV. 97, 108

LO CASCIO, G., *Rimesse in conto corrente bancario e revocatoria fallimentare: analisi dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Giur. Comm.*, 1981, 581

LO CASCIO, G., *Iniziative giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche*, in *Fall.*, 2002, 1181

LONGHOFER, S. e PETERS, S., *Protection For Whom? Creditor Conflicts in Bankruptcy*. *American Law and Economics Review*, 2004, 249
Consultabile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=556233>

MACEY, J. e MILLER, G., *Corporate Governance and Commercial Banking: A Comparative Examination of Germany, Japan, and the United States (1995)*. Faculty Scholarship Series. Paper 1441. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1441

MARCINKIEWICZ, A., *Curatore fallimentare e danno dei creditori per abusiva concessione di credito*, in *Fall.*, 2011, 306

MARZONA, N., *Lo status (professionalità e responsabilità) dell'impresa bancaria in una recente sentenza della Cassazione in Banca, borsa, t.c.*, 1994,

MATTEI, U., e MONTI, A., *Comparative Law and Economics: Borrowing and Resistance*, 2001

- MELONCELLI, F., *La natura semantica dell'insolvenza*, in *Giustizia Civile*, 2002, 1665
- MICHALOWSKY, S. e BOHOSLAVSKY, J., *Ius Cogens, Transitional Justice and Other Trends of the Debate on Odious Debts: A Response to the World Bank Discussion Paper on Odious Debts*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2009
- MICHELETTI, D., *Il ricorso abusivo al credito come reato necessariamente condizionato* in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2007, 23
- MISAWA, M., *The Long Term Credit Bank of Japan Litigation*. *Australian Journal of Asian Law*, Vol. 8, No. 1, p. 104, Agosto 2006, consultabile su SSRN: <http://ssrn.com/abstract=953087>
- MIWA, Y. E RAAMSEYER, J.M., *The Myth of the Main Bank: Japan and Comparative Corporate Governance (September 2001)*. *Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 333*
- MODIGLIANI, F., e MERTON, H., *The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment*, *The American Economic Review*, Vol. 48, No. 3 (Jun., 1958), 261
- MOSLEIN, F., *Contract Governance- a draft Research Agenda*, *European Review of Contract Law*, Vol. 5, 2009, 248
- MYERS, S. e MAJLUF, N., *Corporate financing and investment decisions when firms have information that investors do not have*. *Journal of Financial Economics*, XIII , 187
- NANCE, M. e SINGHOF, B., *Banking's influence over non-bank companies after Glass-Steagall: a german universal comparison*, *Emory International Law Review*, 2000, 14 *Emory Int'l L. Rev.* 1305
- NIGRO, A., *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Società*, 2007, 437
- NIGRO, A., "Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, 370
- NIGRO, A., *Note minime in tema di responsabilità per concessione abusiva di credito e di legittimazione del curatore fallimentare*, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2002, 294
- NIGRO, A., *Operazioni bancarie e procedure concorsuali*, a cura di Salvatore Maccarone e Alessandro Nigro (*Atti del Convegno tenuto a Verona nel 1985*), Milano , 1988
- NIGRO A., *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano, 1978, 343.

- NOCERA, I., *La tutela dei creditori e dei terzi nella separazione patrimoniale*, *Le Società*, 2009, 1090
- NUZZO, M., *La responsabilità dell'advisor*, 2006, Napoli
- PAGNI, I., *Revoca degli amministratori, azioni di responsabilità e tutela del credito*, in *Le Società*, 2012, 449
- PAGNI, I., *La concessione abusiva di credito, tra diritti dei creditori e azioni della curatela*, in *Le Società*, 2007, 442
- PANTALEONI, M., *La caduta della Società generale di credito mobiliare italiano*, *UTET*, 2003, 56
- PANZANI, L., *L'insuccesso delle operazioni di risanamento delle imprese in crisi e le responsabilità che ne derivano*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, 2011, 181
- PELLE, L., *Profili processuali delle azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori sociali*, in *Società*, 2011, 1459
- PELLIZZONI, G., *Responsabilità della banca per abusiva concessione di credito*, visionabile su www.unijuris.it/node/61
- PETERSEN, M.A. e RAJAN, R.G., *The Benefits of Lending Relationships: Evidence from Small Business Data*, in *Journal of Finance*, 1994, n.1
- PETRAGLIA, A., *La nuova disciplina del credito fondiario: profili giuridici, modalità operative e di recupero dei crediti e prospettive dopo il testo unico*, 1997
- PICCININI, V., *I rapporti tra banca e clientela : asimmetria e condotte abusive*, Padova, 2008
- PINO, G., *L'esercizio del diritto soggettivo e i suoi limiti. Note a margine della dottrina dell'abuso del diritto*, in *Ragion Pratica*, 2005, 161
- PINO, G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in «*Rivista critica del diritto privato*», 2004, 25
- PISCITELLO, P., *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, da *Riv. Di diritto Civile*, 2010
- PLIHON, D., *The organization of the French banking system*, Extracted from Plihon D. [1998], "Les banques: nouveaux enjeux, nouvelles stratégies", *Documentation française*, consultabile su: <http://sceco.univ-poitiers.fr>

- PORRECA, P., *Sull'autonomia dell'azione di responsabilità del curatore*, in *Società*, 2011, 701
- PORRINI, D., *Effetti economici della lender's liability e della financial responsibility per danni ambientali XLII Riunione Scientifica Annuale della SIE*, Roma 25-26-27, ottobre 2001.
- PORZIO, M., *Il governo del credito*, 1976
- RAAMSEYER, M., *Explicit Reasons for Implicit Contracts: The Legal Logic to the Japanese Main Bank System 3*, *Chicago Working Papers in Law and Economics*, no 17, 2d ser, Agosto, 1993, 2
- RAGUSA MAGGIORE, G., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994
- RAGUSA MAGGIORE, G., *La concessione abusiva del credito e la dichiarazione di fallimento*, in *Il dir. fallim.* 2002, 510
- RESCIGNO, P., *Solidarietà e diritto*, Napoli, 2006
- RESCIGNO, P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, 205
- RIESSER, J., *Die deutschen Grossbanken und ihre Konzentration im Zusammenhang mit der Entwicklung der Gesamtwirtschaft in Deutschland*, Jena, 1912
- RIMATO, A., *Il piano attestato di risanamento nel sistema fallimentare*, su www.altalex.com, 2007
- RIZZARDI, R., *Il ritorno della Dit non archivia la «thin cap»*, in *Il Sole 24 Ore* del 21 agosto 2011
- ROBLES, M., *Erogazione abusiva di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto*, in *BBTC*, 2002, 278;
- ROE, M., *Some differences in Corporate Structure in Germany, Japan and the United States*, *The Yale Law Journal* Vol. 102, No. 8, *Symposium: Economic Competitiveness and the Law* (Giugno 1993), 1927
- ROPPO, V., *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fall.*, 1996, 875

- ROPPO, V., *Responsabilità delle banche nell'insolvenza delle imprese*, in *Il fallimento*, 1997, 869
- SALAFIA, V., *Considerazioni in tema di responsabilità degli amministratori verso le società e verso i creditori sociali*; In *Giust. civ.*, 1999, I, 75
- SALANITRO, N., *Motivi ispiratori e valutazioni interpretative della riforma concorsuale* in *BBTC*, 2006, 511
- SALVATO, L., *Il difficile bilanciamento delle esigenze di tutela dei creditori e del mercato nella disciplina dei finanziamenti alle imprese*, in *Il Fall.*, n. 1/2009
- SANASI D'ARPE, V., *Considerazioni sulla nuova revocatoria fallimentare delle rimesse su conto corrente*, consultabile su:
http://judicium.it/news/ins_10_09_08/Sanasi,%20procedure%20concorsuali.html
- SANGIOVANNI, V., *Class action e tutela contrattuale degli investitori*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 611
- SANGIOVANNI, V., *Responsabilità degli amministratori e corresponsabilità dei soci nella s.r.l.*, in *Danno e Responsabilità* 2008, I, 13-19
- SANGIOVANNI V., *Le particolarità fallimentari del credito fondiario*, in *Il Fall.*, 2011, 1147
- SANSONE, G., *Le garanzie del credito nelle procedure concorsuali e nella fase esecutiva*, relazione all'incontro di studi organizzato dal Csm sul ruolo delle garanzie reali, Roma, settembre 2002.
- SANTANGELI, F., *Osservazioni a prima lettura sui nuovi articoli 67 e 70 del R. D. 16 Marzo 1942, n. 267 e sull'art. 10 D.P.R. 20 Giugno 2005, n. 22*, su www.judicium.it
- SATTA, S., *Diritto fallimentare*, Cedam, 1996, Padova.
- SCARPA, A., *La diligenza del bonus argentarius e la rilevanza della consulenza tecnica grafologica nelle ipotesi di falsificazione degli assegni*, *Dir. Giur.*, 1993
- SCOGNAMIGLIO, C., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *BBTC*, 1997, 655
- SCOGNAMIGLIO, G., *Sulla segnalazione a sofferenza nella centrale dei rischi della Banca d'Italia*, in *BBTC*, 1999, 303
- SGROI SANTAGATI, R., *Concessione abusiva del credito e brutale interruzione del credito: due ipotesi di responsabilità della banca*, in *Dir. Fall.*, 1994, 625
- SIGNORELLI, F., *Azione di responsabilità ex art. 146 l.fall. e determinazione del danno* in *Fall.*, 2010, 1191

- SOMMA, A., *Legal Change and Debt Crisis* Relazione al convegno internazionale "A debt restructuring mechanism for european sovereigns - Do we need a legal procedure?", tenutosi a Berlino il 13 e 14 gennaio 2012
- SQUIRE, R., *Strategic Liability in the Corporate Group*, *University of Chicago Law Review*, 78 *U. Chi. L. Rev.* 605, 2011
- SPAVENTA, L., *Il rischio di credito: uscito dalla porta, rientrato per la finestra*, agosto 2007, su www.lavoce.info
- SPIOTTA, M., *Un'altra pronuncia sulle azioni esperibili dal curatore fallimentare: nuove «aperture» ma anche inaspettate «chiusure»*, in *Fall.*, 2011, 588
- STANGHELLINI, L., *La crisi di Impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007
- STANGHELLINI, L., *Proprietà e controllo dell'impresa in crisi*, in *Rivista delle società*, 2004, 1041
- STIGLITZ, J. e WEISS, A., *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information*, in *American Econ. Rev.*, 1981 vol.71, n.3.
- STIGLITZ, J., *Peer Monitoring in Credit Markets*, in *World Bank Econ. Rev.*, 1994, vol. 4, n. 3.
- STOUFFLET, G., *Les financements bancaires et les activités industrielles polluantes, Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe: Bruylant, Bruxelles*, 2000, 689
- TARZIA, G., *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2002, 259
- TERRANOVA, G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Giappichelli, Torino, 2007.
- TERRANOVA, G., *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989
- TERRANOVA, G., *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori, Tomo I, Parte generale*, in *Commentario Scialoja – Branca, Legge fallimentare*, art. 67–71, Bologna–Roma, 1993
- TORCHIA, L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, 1992, 368
- TROVATORE, G., *I nuovi confini delle garanzie reali mobiliari*, in *I mobili confini dell'autonomia privata, Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara. Catania 12-14 settembre 2002*, a cura di M. PARADISO, Milano, 2005, 300
- VASSEUR, M., *La responsabilité contractuelle et extracontractuelle de la banque en France*, in *Maccarone e Nigro (a cura di) Funzione bancaria. Rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981
- VASSEUR, M., *La responsabilité du banquier dispensateur de crédit*, in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 28 N°3, Juillet-septembre 1976, 666

- VELLA, F., *Finanza e crescita: banche in competizione per imprese competitive in: ASTRID – Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del Paese – a cura di Luisa Torchia e Franco Bassanini*, Firenze 2005
- VICARI, A., *I finanziamenti delle banche a fini ristrutturativi*, in *Giur. Comm.*, 2008, 489
- VISCUSI A., *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, 2004
- VISCUSI, A., *Concessione abusiva di credito e legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione di responsabilità*, in *BBTC.*, 2004, 648
- VITALE, G. R., *Crisi di impresa e ristrutturazioni finanziarie: imprenditori, sistema creditizio, mercato finanziario*, in “*Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*”, 1997, *Quaderni della consulenza legale*, n.44, Banca d'Italia, Roma.
- VITIELLO M., *Responsabilità delle banche per concessione abusiva di credito e risanamento*, su <http://www.ilfallimentarista.it>, 2012
- YASUHARU, U., *Economic Analysis of Information System Investment in Banking Industry*, Tokyo, 2005
- YOSHA, O., *Information disclosure costs and the choice of financing source*, *Journal Of Financial Intermediation*, 2005
- ZAMBONIN, L., *L'esperienza del Chapter 11 e le innovazioni legislative sulla riorganizzazione dell'impresa: esperienze giuridiche comparate*, in *Magistra, Banca e Finanza - www.magistra.it - ISSN: 2039-7410*, 2010
- ZANETTI, M., *Controllo della crisi d'impresa nell'istruttoria bancaria. Responsabilità dell'operatore bancario nel dissesto fallimentare e nella formazione dell'insolvenza*, in *il Torresino*, 200, 12
- ZATTI, F., *La dimensione costituzionale della tutela del risparmio: dalla tutela del risparmio alla protezione dei risparmiatori/investitori e ritorno ?* in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010
- ZOPPINI A., *From the Financial to the Sovereign Debt Crisis: Changing Patterns of Private Law*, *seminario presso Oxford, Faculty of Law*, 3 novembre 2011