

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
CORSO DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE

CURRICULUM DI DIRITTO CIVILE
CICLO XXVII
IUS/01 – Diritto Privato



IL FINANZIAMENTO ALLE IMPRESE IN CRISI

Tutor:

Chiar.mo Prof. Daniele MAFFEIS

Coordinatrice del corso di Dottorato:

Chiar.ma Prof.ssa Chiara TENELLA SILLANI

Tesi di Dottorato di:
Dott. Corrado DE ROSA
Matricola R09566

Anno Accademico 2013-2014

*"An die Unveränderlichkeit der römischen Rechtsbegriffe zu glauben ist eine völlig unreife Vorstellung, die von einem gänzlich unkritischen Studium der Geschichte zeugt"*¹

R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.*

¹ "Credere nell'immutabilità dei concetti giuridici romani è un'idea totalmente immatura, che dimostra assenza di spirito critico nello studio della storia".

INDICE

Introduzione	7
SEZIONE PRIMA – CRISI, INSOLVENZA E CONCESSIONE ABUSIVA DEL CREDITO	13
Capitolo I – Insolvenza e stato di crisi	17
1.1 – Dialettica e scontro tra normative	17
1.2 – Insolvenza e crisi: tesi patrimonialistiche, tesi personalistiche e rilevanza del credito di cui gode l'imprenditore sul mercato	21
1.3 – Insolvenza nell'azione revocatoria, insolvenza nella concessione abusiva del credito	29
1.4 – Irreversibilità dell'insolvenza quale presupposto soggettivo delle fattispecie di abuso nella concessione del credito	35
Capitolo II – Il ruolo della banca	43
2.1 – I soggetti finanziati e la banca in veste di soggetto finanziatore.....	43
2.2 – Ruolo e attività della banca nel mercato: evoluzione storica	45
2.3 – La banca e le attività bancarie: negoziazione privata, attività riservata e intermediazione finanziaria	51
A. Negoziazione privata	52
B. Attività riservata	52
C. Intermediazione finanziaria	57
2.4 – La prospettata responsabilità da status del banchiere e il rilievo civilistico delle norme di settore	61
A. Gli argomenti della responsabilità da contatto sociale	62
B. L'ipotesi della responsabilità da status della banca	65
C. La (mancata) affermazione di una responsabilità da status nella giurisprudenza	68
Capitolo III – Finanziamento e contratti di credito	71
3.1 – Il finanziamento e l'attualità della c.d. " <i>irrelevance theory</i> "	71

3.2 – La distinzione tra <i>equity</i> e <i>debt</i>	72
3.3 – Uno spunto sulla possibile rilevanza dei versamenti c.d. “fuori capitale”	78
3.4 – Modalità di finanziamento “societarie” e prospettive di responsabilità	81
A. Il prestito obbligazionario	82
B. I titoli di debito in S.R.L.	88
C. Gli strumenti finanziari partecipativi	89
D. Cambiali finanziarie e <i>mini bond</i>	91
3.5 – Modalità di finanziamento contrattuali e prospettive di responsabilità. Ricerca dei tratti essenziali comuni dei finanziamenti abusivi	96
3.6 – Modalità di finanziamento contrattuali: fattispecie	104
A. Leasing e Sale and Lease Back	104
B. Factoring	106
C. Crediti di firma e fideiussioni	108
D. Up front nei contratti derivati di Interest Rate Swap (I.R.S.)	110
E. Finanziamento garantito con ipoteca su beni della capogruppo o con beni dei soci	116
F. Contratti modificativi di negozi pregressi: in particolare il credito fondiario erogato allo scopo di estinguere una precedente esposizione debitoria	118
G. Altri negozi modificativi o estintivi di un debito preesistente	120
3.7 – Le ragioni che conducono la banca ad offrire il finanziamento abusivo	123

SEZIONE SECONDA – LE CONSEGUENZE DEL FINANZIAMENTO ALL’IMPRESA IMMERITEVOLE

126

Capitolo IV – L’interesse tutelato	126
4.1 – Responsabilità extracontrattuale e bilanciamento di interessi in conflitto	126
A. L’espansione dell’area del danno risarcibile	129
B. Il requisito dell’ingiustizia del danno ex art. 2043 c.c.	133
4.2 – Ricerca dell’interesse tutelato: diritto all’informazione e diritto di credito	139
A. Diritto all’informazione	139
B. Diritto di credito	144
4.3 – Ricerca dell’interesse tutelato: libertà contrattuale	149
4.4 – Conseguenze in tema di legittimazione attiva del curatore fallimentare	156
4.5 – Ricerca dell’interesse tutelato: garanzia patrimoniale generica del debitore. La plurioffensività dell’illecito	160

A. La sussistenza di un danno all'integrità patrimoniale dell'impresa	161
B. Garanzia patrimoniale generica come diritto dei creditori lesa dalla condotta della banca	165
C. Il danno al patrimonio dell'impresa come fondamento di una pretesa risarcitoria diretta da parte del soggetto finanziato	167
4.6 – La plurioffensività dell'illecito nella giurisprudenza	173

Capitolo V – Nuove prospettive per la concessione abusiva del credito: l'ipotesi della invalidità del finanziamento 186

5.1 – <i>Voidability</i> rule: le ragioni economiche per la (proposta) invalidità del finanziamento all'insolvente	186
5.2 – L'argomento dell'invalidità del finanziamento abusivo: prime ipotesi ricostruttive	189
A. Nullità per contrarietà all'art. 124 bis T.U.B.	189
B. Nullità per contrarietà alle norme penali che sanzionano la bancarotta ed il ricorso abusivo al credito	191
C. Nullità per contrarietà della condotta ai principi di correttezza e buona fede	192
5.3 – Fondamenta della nullità: buon costume, meritevolezza e ordine pubblico	193
A. La strada tedesca: nullità per contrarietà della condotta della banca al buon costume	193
B. Finanziamento nullo perché volto ad un interesse non meritevole di tutela ex art. 1322 co. 2 c.c.	195
C. Analisi critica degli argomenti del buon costume e della meritevolezza	198
D. La proposta della nullità per contrarietà all'ordine pubblico economico del finanziamento	200
5.4 – Le ripercussioni economiche e giuridiche della nullità del finanziamento	208

Capitolo VI – Il finanziamento erogato all'interno delle procedure alternative al fallimento: margini di responsabilità per la banca 220

6.1 – Premessa	220
6.2 – Le modifiche della legge fallimentare e l'incrementato rilievo delle procedure alternative al fallimento	221
6.3 – La centralità dei contratti di finanziamento all'interno delle soluzioni negoziali alla crisi d'impresa	234
A. La preveducibilità dei finanziamenti	236
B. L'esenzione da responsabilità penale	240

6.4 – L'erogazione del credito all'interno delle "soluzioni negoziali alternative al fallimento": le opinioni in favore di un'esenzione da responsabilità civile della banca	243
A. Conseguenze dell'imposizione di una <i>no liability</i> rule	245
B. Condizione di crisi e condizione di insolvenza irreversibile	247
C. Attestazione, esenzione da revocatoria, omologazione del giudice e prededucibilità come possibili fondamenti di liceità del finanziamento	249
D. Il significato civilistico dell'esenzione da responsabilità penale ex art. 217 bis l. fall.	257
6.5 – L'erogazione del credito all'interno delle "soluzioni negoziali alternative al fallimento": anti giuridicità, pubblicità e colpevolezza	261
A. Il problema non è nell'anti giuridicità della condotta	261
B. Gli effetti sui terzi della pubblicità del piano e l'affidamento (in)colpevole	262
C. La rilevanza del piano sotto il profilo dell'elemento soggettivo dell'illecito della banca finanziatrice	266
Conclusioni	276
Bibliografia	286
Giurisprudenza	303

INTRODUZIONE

Il finanziamento alle imprese in crisi è un tema con molte anime: può essere approfondito dal punto di vista del diritto bancario (regole e strumenti per l'erogazione del credito), così come dal punto di vista economico-finanziario (l'impatto contabile e fiscale della "nuova finanza") e certamente anche attraverso la lente del diritto fallimentare (soprattutto nell'ambito delle soluzioni negoziali alla crisi d'impresa).

Ma il tema è di vivo interesse anche per il diritto civile: in particolare nello studio delle patologie che possono coinvolgere l'erogazione del credito ad imprese in difficoltà economica.

Si parla di "concessione abusiva di credito", in essa comprendendo fonti di responsabilità diverse: a ragione una nota pronuncia delle Sezioni Unite ha parlato di un illecito "plurioffensivo". L'erogazione del finanziamento ad un soggetto immeritevole – cioè definitivamente insolvente – può anzitutto danneggiare i suoi creditori, posti nella condizione di credere che l'imprenditore sia ancora solvibile perché riceve fiducia dalla banca, i quali ritardano l'esperimento delle azioni in loro tutela e vedono assottigliarsi il patrimonio su cui soddisfarsi. La condotta del banchiere, secondo diverse opinioni, potrebbe essere illecita anche in quanto dannosa per il patrimonio dello stesso imprenditore finanziato; per altri si potrebbe parlare di un concorso della banca nell'illecito degli amministratori della società in crisi ex artt. 2392 ss. c.c., e per un'opinione della Cassazione si potrebbe parlare persino di un danno agli imprenditori concorrenti del soggetto finanziato, i quali vedono permanere sul mercato (proprio grazie ad un'iniezione di finanza illecita) un soggetto che sarebbe dovuto fallire.

Non basta dunque individuare gli elementi e le caratteristiche di un singolo illecito, ma occorre fornire una visione d'insieme del quadro frastagliato di opinioni e di pronunzie che negli ultimi quarant'anni hanno percorso il tema in oggetto, per capirne i possibili sviluppi.

Uno dei punti più critici con cui si deve misurare l'interprete, in particolare, è quello della sussistenza della legittimazione attiva in capo al curatore fallimentare per l'esperimento dell'azione risarcitoria. Si anticipa che, nonostante la quantità di opinioni di valore che si sono spese sul punto, non si è giunti all'oggi a una soluzione soddisfacente e condivisa. La Cassazione² ha affermato che manca la legittimazione in capo al curatore fallimentare che voglia agire per il risarcimento dei danni patiti dal ceto creditorio a causa della condotta della banca: non configurerebbe un'"azione di massa", in quanto il

² Cass. S.U. 28 marzo 2006 nn. 7029, 7030 e 7031, in *Dir. Fall.*, 2006, 2, p. 615 s.

danno e il nesso di causalità sono specifici e singolari per ciascuno dei creditori. D'altro canto, come si può immaginare, sono pochi i casi in cui si può discorrere di una vera e propria ingerenza della banca nella gestione della società, e quindi della sua responsabilità in concorso con gli amministratori (azionabile dal curatore fallimentare): si tratta di ipotesi che richiedono, in fatto, una condotta molto più marcata. Per essere chiamata a rispondere di un concorso nella *mala gestio* non basta cioè che la banca abbia negligenzemente erogato un finanziamento senza uno scrupoloso vaglio del merito dell'imprenditore: occorre che abbia partecipato alla gestione dell'impresa e guidato le scelte sociali. Il caso più noto in cui si è affermata questa particolare responsabilità in concorso partiva, infatti, da un processo penale³.

Sta emergendo, da alcuni primi contributi tedeschi⁴ e italiani⁵, un'ulteriore alternativa: la sanzione della nullità per il finanziamento "abusivo". Si dovrà tentare di comprendere il fondamento di queste affermazioni e, soprattutto, il loro riverbero processuale ed economico, se le si intende considerare quali alternative alle strade sin'ora più percorse.

Un ulteriore aspetto merita attenzione: l'erogazione che si situa all'interno di una delle procedure introdotte dalla legge fallimentare quali "alternative" del fallimento. E' noto che l'apporto di nuova finanza è spesso una delle condizioni chiave per il successo del risanamento, e che anche la più comune dilazione di debito potrebbe costituire *conditio sine qua non* per l'emersione dalla crisi. Sempre più di frequente, a seguito delle riforme della legge fallimentare, i finanziamenti entrano a far parte del piano di risanamento, dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo. La normativa più recente detta infatti significativi vantaggi per il finanziatore che investe nell'impresa in crisi: l'esenzione da revocatoria, la prededucibilità in ipotesi di successivo fallimento, l'esenzione da responsabilità penale per bancarotta.

Da questo *favor* del legislatore si potrebbe far discendere un'automatica esclusione di responsabilità della banca erogatrice di credito. Ma una simile soluzione non può soddisfare: occorre guardare al significato civilistico della normativa fallimentare, per considerare quale degli elementi di cui all'art. 2043 c.c. sia eventualmente da escludersi in presenza di un piano di riemersione dalla crisi.

³ Cass. 1 giugno 2010 n. 13413, in *Giur. Comm.* 2011, 5, p. 1157.

⁴ H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, 2009, p. 88; A. ENGERT, *Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung*, München, 2005.

⁵ C. MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, in *Giust. Civ.* 2013, 9, p. 473 ss.

I due obiettivi anzi delineati richiedono, per il loro svolgimento, di passare attraverso l'approfondimento della normativa di settore (dal T.U.B. alle più recenti Direttive UE) e di alcuni elementi di diritto fallimentare e di economia.

Per avere un quadro completo del contesto entro il quale si situa il finanziamento occorre infatti, innanzitutto, approfondire la condizione soggettiva dell'impresa che lo riceve, facendo chiarezza sui termini "crisi", "insolvenza" e "insolvenza irreversibile" (Capitolo I).

In secondo luogo è necessario esplorare le regole che disciplinano l'erogazione del credito, per individuare i principi che devono informare l'operato delle banche e determinare in cosa si risolve il vaglio del merito del credito (Capitolo II).

Infine ci si deve confrontare con le recenti norme del diritto fallimentare che disciplinano e favoriscono il finanziamento (bancario e privato) alle imprese nel contesto di accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento e concordati preventivi (Capitolo VI).

Ma l'approfondimento coinvolge anche temi sostanziali del diritto privato: principalmente l'analisi dei requisiti dell'affidamento incolpevole e dell'ingiustizia del danno (Capitolo IV), nonché la determinazione di quale concetto di finanziamento rilevi in tema di concessione abusiva del credito (Capitolo III).

La ricerca, dalle sue premesse sino agli obiettivi del lavoro, è elaborata anche attraverso la chiave di lettura dell'analisi economica del diritto⁶. Grazie agli spunti teorici e sistematici che discendono da questo modello, si propone una comparazione "attiva" tra regola e regola, e tra ordinamento e ordinamento. Piuttosto che un approfondimento disomogeneo di tradizioni e soluzioni giuridiche autonome, si è preferito indagare quali regole risultino effettivamente più efficienti nell'ottica della massimizzazione del benessere collettivo. Ci si interrogherà sul fondamento ermeneutico delle diverse soluzioni, ma senza tralasciare di chiedersi quale strada comporti un incremento della ricchezza nel sistema. Improntando lo studio delle norme all'efficienza, muta il contesto entro il quale si muove l'interprete: l'obiettivo diventa individuare le regole che incentivano i c.d. "giocatori" a condotte economicamente virtuose.

Si vorrebbe sciogliere un nodo centrale, già da queste pagine introduttive. Si utilizza frequentemente in letteratura il termine "abuso" o "abusivo" con riferimento al finanziamento diretto

⁶ S. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Harvard, 2004 [ed. Italiana a cura di D. PORRINI, Torino, 2005]; R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006.

un'impresa insolvente: è importante capire in che rapporto si pone la fattispecie oggetto di esame con l'istituto dell'abuso del diritto.

La dottrina che riconosce una portata generale all'abuso del diritto afferma che l'interprete debba svolgere un controllo contenutistico sull'esercizio dei diritti, allo scopo di sanzionarne l'uso emulativo⁷. Un soggetto abusa del suo diritto quando ne faccia un uso eccessivo, smodato, che “*si risolva in occasione di sopraffazione: fonte di ingiusto vantaggio per l'agente che lo compie e di danno ingiustificato per la vittima che lo subisce*”⁸.

Questa opinione, che si è sviluppata nella seconda metà del Novecento – ma ha radici ancora anteriori⁹, è stata recentemente assimilata e utilizzata in giurisprudenza¹⁰ in via sempre maggiore negli ultimi lustri.

Diversi Autori hanno, più¹¹ e meno¹² recentemente, criticato tale impostazione dogmatica: alcuni ravvisando antinomie tra diritto e abuso e tra abuso e illiceità¹³, altri ritenendo che la dogmatica in esame sia contestabile in ragione della sua genericità (le circostanze dequalificanti l'esercizio del diritto sono sempre più numerose, spaziano dal dolo alla colpa, e non trovano argini né per la dottrina né per la giurisprudenza).

Il tema è vastissimo, come le sue ripercussioni (non solo) in ambito civilistico, e merita approfondimento in sedi migliori.

Per quanto attiene all'argomento qui svolto, si deve dar conto di una spaccatura: un orientamento della dottrina, avallato da qualche pronuncia di merito¹⁴, ha fondato la ricostruzione dell'illecito in esame sulla dogmatica dell'abuso. La banca, in quest'ottica, abusa della propria libertà di contrarre (di scegliere il contratto e la controparte) quando travalica e lede la libertà di contrattare dei terzi (creditori) i quali sono condizionati e sviati da una falsa apparenza di solvibilità.

⁷ P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 25 (cui si richiama anche per una vasta bibliografia).

⁸ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004 p. 94.

⁹ M. LANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1900, p. 269; M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, p. 116 ss. Per molti si deve ai giuristi medievali la prima elaborazione del principio, che aveva nome di *aemulatio*: sul punto C. SALVI - A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988.

¹⁰ Tra le più recenti e dibattute in ambito civilistico Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, in *Giur. It.*, 2010, con note di P. MONTELEONE, F. SCAGLIONE, F. SALERNO (rispettivamente nel fasc. 3, p. 557 e 560 fasc. 4 p. 809). Ancora Cass. 31 maggio 2010 n. 13208, in *Giur. It.* 2011, p. 794; Cass. 5 marzo 2009 n. 5348, in *Mass. Foro It.* 2010; Cass. S.U. 15 novembre 2007 n. 23726, in *Foro It.*, 2008, I, p. 1514. In ambito tributario, *ex plurimae*, si ricordano Cass. S.U. 23 dicembre 2008 nn. 30055, 30056 e 30057, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 212 ss.

¹¹ R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in A.A. V.V., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da R. SACCO, Torino, 2001, p. 309 ss.

¹² F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, p. 60 ss.

¹³ U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in A.A. V.V., *L'abuso del diritto*, in *Diritto Privato 1997*, Padova, 1998.

¹⁴ Trib. Pescara, 31 luglio 2014, in www.giustiziavivile.com, www.iusexplorer.it/Dejure; Trib. Monza, 31 luglio 2007 in *Banca Borsa Titoli di Credito* (di seguito *B.B.T.C.*), 2009, 3, p. 378.

In contrario, la maggior parte delle opinioni dottrinali italiane¹⁵, francesi¹⁶ e tedesche¹⁷ (e direi anche di *common law*¹⁸) utilizzano il termine “abuso” attribuendogli “un valore semplicemente descrittivo ed evocativo”¹⁹, e cioè alleggerito dalla teorica dell’abuso nel contratto. “In queste concezioni, il riferimento all’abusività (...) non arreca alcun apporto concettuale alla figura della responsabilità”²⁰. Ciò non discende, come vorrebbe qualcuno, da una mancanza di sensibilità o di attenzione terminologica, bensì da una scelta: osservare il fenomeno partendo dal comportamento della banca, e non in prima battuta dal riverbero relazionale della sua condotta su terzi. Anche con lo scopo, che pare centrale, di individuare dei confini che permettano all’operatore bancario di determinare ex ante quali azioni od omissioni in sé considerate sono a rischio di illegittimità.

Sembra cioè che i ragionamenti proposti dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul finanziamento all’impresa in crisi e la relativa responsabilità del banchiere abbiano autonomo valore e vita propria, e possano prescindere dall’inquadramento sistematico dell’abuso del diritto²¹ (questo pare, in ultima analisi, una premessa teorica più che uno strumento di interpretazione attiva del problema giuridico).

Seguendo questa linea interpretativa, si vuol tentare di dimostrare se si possa ricavare una completa e soddisfacente ricostruzione delle fattispecie di responsabilità della banca per erogazione del credito senza fondarsi sulla dogmatica dell’abuso del diritto.

Sono convinto che tanto le idee mutuare dagli interpreti e dalla giurisprudenza, quanto le riflessioni qui svolte *ex novo*, possano trovare ragione e coerenza senza il ricorso allo strumento dell’abuso. Se “*si vuol parlare di abuso per indicare qualsiasi specie di atto dequalificato da qualsiasi circostanza, sarà allora agevole ricordare che le clausole generali presenti nell’ordinamento, ed esplicitamente enunciate dal legislatore, provvedono già, egregiamente, allo scopo. Fra le parti di un*

¹⁵ Da ultimo A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell’erogazione del credito alle imprese in “crisi”*, in *Giur. Comm.*, 2011, 3, p. 305.

¹⁶ J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, III edizione, Paris, 1983 p. 140 ss.

¹⁷ A. ENGERT, *Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung*, cit., p. 51 ss.

¹⁸ A.V. TENZER, *Third circuit holds that negligent conduct is not a basis for a claim of deepening insolvency and cautions against a broad reading of precedent recognizing the theory*, in *Pratt’s Journal of Bankr. Law*, 2006, p. 244.

¹⁹ F. DI MARZIO, *L’abuso nella concessione del credito*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 2, p. 319 ss.

²⁰ F. DI MARZIO, *L’abuso nella concessione del credito*, cit. – in entrambi i casi l’Autore valuta questa propensione della dottrina in senso negativo, quasi come una negligenza.

²¹ D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 4, 2012, p. 728 afferma sul punto: “Anche in ambito bancario, il fondamento della tutela del mercato non va ricercato, a mio avviso, attraverso la fuga nell’indistinto dell’«abuso» che in astratto dequalifichi l’esercizio dei diritti e più in generale la condotta della banca: occorre invece muovere dal presupposto che l’attività bancaria deve condursi alla luce della «sana e prudente gestione», della «stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario nonché (de)ll’osservanza delle disposizioni in materia creditizia » di cui all’art. 5 t.u.b.”. In questa prospettiva si collocano le pagine che seguono.

*rapporto operano le regole di correttezza e buona fede, fra soggetti estranei operano criteri generali chiamati ingiustizia e colpa*²².

²² R. SACCO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 366.

SEZIONE PRIMA

CRISI, INSOLVENZA E CONCESSIONE ABUSIVA DEL CREDITO

UN APPROFONDIMENTO SULLE TRE COMPONENTI ESSENZIALI DELL'ILLECITO: INSOLVENZA, BANCA, FINANZIAMENTO.

La dogmatica del finanziamento abusivo trova fondamento negli ordinamenti francese e belga: da tali tradizioni giuridiche, in Italia, la dottrina²³ e la giurisprudenza²⁴ hanno mutuato la controversa fattispecie della “concessione abusiva di credito”.

Molte difficoltà interpretative e molte incomprensioni sono sorte negli anni, anche a causa del mancato approfondimento dei cardini giuridici dell’istituto.

Sin dai primi contributi, si riscontra l’affermazione per cui deve considerarsi abusivo, e fonte di risarcimento del danno, il finanziamento operato dalla banca all’impresa insolvente. Partendo da questa prima affermazione, la dottrina discute diversi punti problematici: se si tratti di un danno contrattuale o extracontrattuale, se sia un illecito di dolo, chi sia il soggetto danneggiato e dunque a chi spetti la

²³ Tale dottrina si è sviluppata a partire dalle riflessioni di A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1978, p. 219; A. BARGIOLI, *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. Comm.* 1981, p. 297; F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contratto e Impresa*, 1987, p. 20; G. FRANCHINA, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Dir. Fall.*, 1988, p. 656; G. TERRANOVA, *Profili dell’attività bancaria*, Milano, 1989, p. 210; B. INZITARI, *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell’autonomia contrattuale*, in *Dir. Banc.*, 1993, p. 399 ss.; ID. *Le responsabilità della banca nell’esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *B.B.T.C.*, 2001, p. 265; ID., *L’abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Soc.*, 2007, p. 462; R. SGROI SANTAGATI, *Concessione abusiva del credito e brutale interruzione del credito: due ipotesi di responsabilità della banca*, in *Dir. Fall.*, 1994, p. 625; A. CASTIELLO D’ANTONIO, *Il rischio per le banche nel finanziamento banca tra concessione abusiva e interruzione brutale del credito*, in *Dir. fall.*, 1995, p. 765; V. ROPPO, *Crisi d’impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fall.*, 1996, p. 874; O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca ed impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Fall.*, 1997, p. 884; F. ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell’erogazione del credito*, in *Dir. Banc.*, 1998, p. 137.

²⁴ Si rinvia, per completi approfondimenti bibliografici sulla giurisprudenza, al Paragrafo 4.5 della Seconda Sezione.

legittimazione attiva per la proposizione dell'azione, se rilevi o meno l'affidamento dei creditori sociali ingenerato dal comportamento della banca, e così via.

Molte di queste divisioni in dottrina e giurisprudenza discendono proprio dal primo assunto, dato per postulato, per cui la banca che finanzia l'impresa insolvente commette un atto illecito. Questa pacifica affermazione nasconde, come si cercherà di dimostrare, diverse ombre e molte possibili sfumature non solo definitorie, ma anche sostanziali.

Proprio sui termini della nozione di concessione abusiva del credito si vuole concentrare qui l'attenzione: si approfondiranno i termini "insolvenza", "banca" e "finanziamento", alla ricerca di un significato coerente e condiviso.

Approfondito il significato giuridico ed economico degli elementi fondanti l'istituto, anche i problemi tradizionali, di cui si è riferito, troveranno un più semplice inquadramento e – si crede – una migliore soluzione.

Sorprende che, nonostante la quantità di opinioni che si sono fornite in argomento, non si sia tentato di discernere sistematicamente i grandi termini usualmente impiegati in tema di *default* aziendale e conseguente responsabilità della banca. Per portare un esempio, nella maggior parte dei contributi si legge dei fatti che coinvolgono l'impresa in crisi, la società "decotta", l'imprenditore in assenza di liquidità, l'insolvente che si trova in dissesto irreversibile. Queste fattispecie vengono quasi sempre accomunate, senza una precisa distinzione fra le stesse²⁵. La realtà rivela invece all'osservatore che esistono moltissime sfumature nell'ampio concetto di "difficoltà economica dell'impresa".

Allo stesso modo si parla di banca quale soggetto responsabile ex art. 2043 c.c. per la concessione di credito all'impresa insolvente, ma non si chiarisce come la veste professionale dell'operatore influisca sulla valutazione dell'illecito, e quale tipo di investitore professionale debba intendersi ricompreso nel concetto di "banca".

Infine spesso si tematizza, quale elemento fondante la responsabilità, il "finanziamento" in senso generale, senza precisare se intercorrano differenze (per esempio) tra il contratto di mutuo, il leasing e la sottoscrizione di strumenti finanziari.

²⁵ Conforme alle perplessità esposte R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento, caratteri sistematici e funzionali del presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2003, p. 47: "Ribadire che il significato dell'insolvenza deve indiscutibilmente limitarsi alla incapacità [...] di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, ed affermare al tempo stesso che espressioni quali insolvenza, temporanea difficoltà e addirittura, crisi dell'impresa devono considerarsi come sinonimi, significa, a mio parere, forzare il senso dell'analisi verso un'impostazione, oltre che tendenzialmente contraddittoria, chiaramente condizionata all'antico e acritico pregiudizio della natura essenzialmente liquidativa dei modelli giudiziari di risposta alle patologie aziendali".

Se è naturale che il legislatore e gli interpreti²⁶ trattino in maniera omogenea in diritto situazioni di fatto diverse tra loro, questo procedimento di astrazione non può condurre a generalizzare tanto da perdere il necessario discernimento tra fattispecie che meritano di essere separate, e trattate autonomamente.

Occorre distinguere tra impresa in semplice difficoltà (o in crisi) e impresa irreversibilmente insolvente: è lo stesso legislatore, in più punti, ad affermare la necessità e l'utilità dei procedimenti di risanamento delle imprese in crisi, mentre è evidente che l'operatore che non può, per la gravità delle sue condizioni, beneficiare di un c.d. *turn over*, merita di essere espulso dal mercato.

Per queste ragioni, prima di approfondire i riflessi di responsabilità per la banca che offre credito all'impresa insolvente, occorre individuare in che stato economico soggettivo versi la stessa, chi sia e che ruolo abbia il finanziatore e quali strumenti siano stati utilizzati allo scopo di finanziare.

Si reputa necessario anticipare questa analisi anche per una ragione efficientistica, che pare centrale. Ammettere che sopravviva nel mercato un'impresa definitivamente incapace di adempiere alle sue obbligazioni è un danno per il sistema²⁷. Nello stesso tempo, concedere ad un'impresa in temporanea difficoltà gli spazi giuridici ed economici che le consentano di emergere dalla crisi potrebbe avere conseguenze virtuose per il mercato, come si ritiene di poter dimostrare nelle pagine che seguono.

L'argomento oggetto di questa Prima Sezione ha un riscontro *de iure condito*: la ricerca di interpretazioni e soluzioni condivise che permettano di identificare in maniera inequivoca i soggetti protagonisti della fattispecie "concessione abusiva di credito" e gli strumenti giuridici oggetto di indagine.

L'iter argomentativo partirà dalla situazione soggettiva dell'impresa in difficoltà, indagando cosa significhi "insolvenza" e se vi sia una distinzione tra questa e "stato di crisi", nonché come possa venire in rilievo il concetto di "recuperabilità".

Occorrerà poi chiedersi se i concetti di crisi e di insolvenza (intesi quali presupposti della legge fallimentare per la dichiarazione di fallimento o la proposta di concordato preventivo) possano incidere sulla valutazione, operata dal finanziatore, circa il merito di credito dell'impresa da finanziare – e come ciò possa influire sotto il profilo della responsabilità dello stesso.

Si proseguirà identificando il ruolo, la posizione istituzionale e normativa del soggetto finanziatore, con lo scopo di illustrare perchè ci si riferisce in questa trattazione in via principale agli

²⁶ Per esigenze di semplificazione, per chiarezza, e per offrire portata generale alle loro affermazioni.

²⁷ Si confronti quanto più ampiamente dettagliato al successivo Capitolo I in tema di definizione di crisi irreversibile.

istituti bancari, interrogandosi sulla possibile applicazione di una responsabilità “da status” per l’operatore bancario.

Si concluderà la presente sezione con un’indagine sugli strumenti di finanziamento dell’impresa, verificando anzitutto se apporti a titolo di capitale di rischio e versamenti c.d. fuori capitale possano essere rilevanti ai fini della concessione abusiva del credito e, di seguito, distinguendo i finanziamenti erogati per mezzo di strutture societarie e finanziamenti contrattuali.

Non vi è spazio in questa sede per una profonda indagine *de iure condendo* – non si nasconde però che alcune suggestioni, mutate dall’analisi economica del diritto, potrebbero risultare strumenti utili per un ripensamento delle definizioni che spesso verranno utilizzate nelle pagine che seguono.

CAPITOLO I

INSOLVENZA E STATO DI CRISI

1.1 DIALETTICA E SCONTRO TRA NORMATIVE

Nella sua prima formulazione la Legge Fallimentare (R.D. 16 marzo 1942 n. 267) si concentrava su un unico riferimento giuridico: il concetto di insolvenza.

L'art. 5 della legge precisa infatti:

“L'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito.

Lo stato di 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”.

Tale situazione, da verificarsi nel caso concreto, era ed è contestualmente, da un lato, elemento costitutivo necessario per la pronuncia di fallimento e, dall'altro lato, faro della disciplina concorsuale.

Sino a pochi decenni addietro la dottrina di diritto fallimentare parlava di insolvenza quale unico dato giuridico - economico rilevante in tema di crisi d'impresa.²⁸ Le situazioni intermedie di difficoltà, che non fossero sfociate nella situazione descritta dall'art. 5 l.fall. non assumevano rilevanza giuridica: si poteva leggere l'uso del termine antico “decozione” come sinonimo di insolvenza, e le restanti declinazioni della crisi erano lasciate agli studi degli economisti.

La realtà economica e sociale ha portato però il legislatore, sin dalla fine degli anni novanta, ad una serie di massicci interventi, che hanno inciso fortemente sul pacifico panorama descritto sin qui. La spinta del diritto comunitario²⁹, unita all'esigenza sociale di dare soluzione a numerosi fenomeni di crisi di impresa (sempre più numerosi e complessi) ha condotto il legislatore a diverse contromisure.

Si vedano alcuni esempi:

²⁸ Nel prossimo paragrafo sarà dato più ampiamente atto della disputa sul concetto economico-giuridico di insolvenza, con particolare riferimento alle tesi c.d. patrimonialistiche e alle tesi c.d. personalistiche.

²⁹ Si ricordano, per la loro rilevanza storica, anche per il diritto del lavoro, le direttive emanate a seguito del primo shock petrolifero: dir. 75/129/CE in materia di licenziamenti collettivi, dir. 77/187/CE in tema di trasferimento dell'impresa in crisi, dir. 80/987/CE in tema di crediti dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro. Su tale ultimo tema, tangenziale rispetto alla nostra trattazione, si ricorda l'importantissima sentenza della Corte di Giustizia Europea (CGE – C-247/12) che ha negato l'obbligo per gli stati membri di disporre garanzie per i crediti dei lavoratori subordinati in caso di *default* dell'imprenditore.

- D.Lgs. 8 luglio 1999 n. 270 – amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza;
- D.L. 14 marzo 2005 n. 35 convertito in l. 14 maggio 2005 n. 80 – prima riforma del diritto fallimentare che ha introdotto il concordato preventivo (art.160 ss l.fall.);
- D.Lgs. 20 giugno 2005 n. 122 – tutela degli acquirenti di immobili da costruire, che prevede all’art.1 lett. c) una definizione specifica di stato di crisi;
- D.L. 30 dicembre 2005 n. 273 convertito in l. 23 febbraio 2006 n. 51 – aggiunta dell’ultimo comma dell’art.160 l.fall, su cui *infra*;
- l.27 gennaio 2012 n. 3 – composizione della crisi da sovraindebitamento;

Dalla lettura di questi provvedimenti emerge un approccio legislativo innovativo, che vede l’introduzione del nuovo concetto di “crisi”³⁰, ma insieme si presagisce il crollo della certezza definitoria relativa ai termini di riferimento, caratteristica precipua della precedente legge fallimentare. Infatti, sin dalla legge delega Prodi (l. 274/1998) si è inserita nel sistema una forte e problematica antinomia: la c.d. “grande impresa”, per essere oggetto di amministrazione straordinaria, si deve trovare in stato di insolvenza, ma deve presentare “*concrete prospettive di recupero dell’equilibrio economico delle attività imprenditoriali*” (art. 27 D.Lgs. 270/1999).

Sono stati così per la prima volta affiancati il termine di “insolvenza” – sino ad allora indicativo di una situazione di irreversibile e definitiva impossibilità di adempiere alle proprie obbligazioni – e il concetto di “recupero o risanamento dell’impresa”.

Questo ha suscitato incertezze tra i primi commentatori³¹ i quali hanno continuato a identificare l’insolvenza con la definitiva impossibilità di adempiere, rilevando, quindi, un conflitto tra questa situazione soggettiva e l’ipotesi di emersione (guidata) dalla difficoltà economica. Tale reazione non stupisce: sembra porsi una forte incongruenza tra la definizione normativa dell’art. 5 l.fall. e le sue attuali applicazioni in concreto.

Il *modus procedendi* che caratterizza il metodo ermeneutico del diritto civile richiederebbe che si individuino una distinzione tra insolvenza come situazione definitiva di inadempimento alle proprie obbligazioni (sinonimo di decozione) e crisi, quale situazione di difficoltà temporanea e sanabile in cui si

³⁰ “Il termine ripete una matrice aziendalistica (in quanto, e ovviamente, l’ordine di significati del termine ‘crisi’ qui considerato è selezionato in esclusivo riferimento alla scienza aziendale e al diritto di impresa)” commenta F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d’impresa*, Milano, 2011, p. 17.

³¹ A. JORIO, *Luci ed ombre della nuova Prodi*, in *Giur. Comm.*, 1999, 1, p. 6.

trova l'impresa. Questa è stata, in sintesi, la formulazione del problema ad opera della dottrina³² prima dell'introduzione delle riforme in oggetto.

Sino al D.Lgs. 270/1999 si sarebbe potuto parlare di un difetto di coordinamento, di un errore del legislatore, o di qualunque altro genere di *lapsus calami* – ma la tendenza di cui si tratta è invece stata ribadita ed accentuata con l'evoluzione del dettato dell'art. 160 l.fall.

A seguito della prima riforma alla legge fallimentare del 2005, alcune pronunzie giurisprudenziali³³ avevano desunto, dall'introduzione del concetto di crisi quale presupposto del concordato preventivo (art. 160 co. 1), l'incompatibilità tra detto concetto e quello di insolvenza, ritenendole situazioni di diritto differenti e non comunicanti, in ossequio ai ragionamenti della dottrina tradizionale. L'impresa in difficoltà economico-finanziaria reversibile sarebbe dovuta accedere al concordato preventivo; l'impresa insolvente (stato irrecuperabile di dissesto) sarebbe stata dichiarata fallita.

Il legislatore, in contraddizione a questo orientamento – pur lasciando immutata la previsione per cui la disciplina del concordato preventivo si applica alle imprese che si trovino “in stato di crisi” – nell'ultimo comma dell'art.160 l.fall. ha disposto che “*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”. Si dispone così che il concordato, strumento c.d. alternativo al fallimento e diretto ad una soluzione negoziale della crisi d'impresa, sia applicabile tanto ad imprese in (semplice) crisi, quanto ad imprese effettivamente insolventi ex art. 5 l.fall.

Il legislatore del 2005 ha voluto cioè parificare, sotto il profilo del ricorso alle soluzioni alternative al fallimento, imprese in *default* e imprese in difficoltà. Ciò pare confermato dal fatto che tutti gli interventi normativi sulla legge fallimentare sino ad oggi non hanno mai messo in discussione tale regola, anzi l'hanno più volte implicitamente confermata.

E' allora possibile che l'impresa insolvente sia oggetto di un concordato diretto, sulla base del piano economico, ad un'emersione dalla crisi d'impresa, esattamente come può succedere ex art.27 D.Lgs. 270/1999 per le c.d. grandi imprese.

Sulla scorta del consolidato ripetersi delle soluzioni analizzate, si deve parlare di una vera e precisa volontà regolamentare del legislatore. Negli ultimi venticinque anni si è assistito ad un progressivo ampliamento del novero delle situazioni di difficoltà imprenditoriale rilevanti ai fini della

³² Centrale il testo di A. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979, p. 17 ss.

³³ Trib. Treviso 21 luglio 2005 (decreto) - sul tema cfr. G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007, p. 73.

legge fallimentare – ma il legislatore non ha voluto esprimere né definizioni né differenze tra stato di insolvenza e mera crisi d'impresa.

Questa volontà pare confermata, ad esempio, dal D.Lgs. 122/2005 in tema di tutela degli acquirenti di immobili da costruire. L'art. 1 lett. c) di tale decreto prevede che per “situazione di crisi” debba intendersi “*La situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa*”. Chi ha scritto questa norma ha voluto utilizzare la parola “crisi” per ricomprendere tutti i diversi stadi della difficoltà economica d'impresa, anche quelli non rilevanti sotto il profilo concorsuale.

Si può concludere ricordando le definizioni della recentissima normativa in tema di c.d. sovraindebitamento. Ex art. 6 co. 2 l. 3/2012 “...per «sovraindebitamento» si intende una situazione perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, nonché la definitiva incapacità del debitore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni”. Anche in quella sede, nonostante la situazione del debitore sia chiaramente intesa come definitivamente pregiudicata, si ammette un intervento per la sua emersione dalle difficoltà finanziarie mediante la predisposizione di un piano economico di risanamento³⁴.

Dalle normative prese ad esempio emerge un interessante rapporto *genus - species*: la crisi d'impresa è fenomeno più vasto dell'insolvenza di cui all'art. 5 l.fall. D'altro lato, però, l'insolvenza è pienamente rientrante nel concetto di crisi, dunque non è accettabile una distinzione che pone agli antipodi la fattispecie della insolvenza e quella della crisi d'impresa.

Per comprendere quale sia lo stato oggettivo rilevante ai fini della concessione abusiva del credito occorre proseguire oltre, analizzando lo sviluppo delle nozioni di crisi e di insolvenza per individuare i casi in cui a queste possa essere affiancato il concetto di recuperabilità dell'impresa in dissesto.

³⁴ Sul punto più ampiamente G. TERRANOVA, *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, Torino, 2013.

1.2 INSOLVENZA E CRISI AL VAGLIO DELLA DOTTRINA E DELLA GIURISPRUDENZA: TESI PATRIMONIALISTICHE, TESI PERSONALISTICHE E RILEVANZA DEL CREDITO DI CUI GODE L'IMPREDITORE SUL MERCATO

In epoca medievale “*il presupposto del fallimento veniva identificato in quella che, all'epoca, era la più tipica manifestazione del dissesto*”³⁵: la fuga del mercante. Negli statuti medievali si specificava che la fuga rilevante doveva essere solo quella *propter debita*, e che si poteva considerare in fuga (quindi fallibile) anche il mercante che, qualora fosse comparso davanti alla corte, non avrebbe potuto pagare quanto necessario a soddisfare i creditori³⁶. Da tale sviluppo storico è entrato nella terminologia del diritto francese napoleonico il concetto di “*cessare in solutione*” : la cessazione dei pagamenti.

Prima dell'introduzione della legge fallimentare (R.D. 267/1942) l'art. 683 del Codice di Commercio del 1882 disponeva dunque: “*il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per le obbligazioni commerciali è in stato di fallimento*”. Il legislatore, sulla scorta del *Code de Commerce* del 1807, aveva configurato quale presupposto del fallimento una condizione esteriore e statica: quando cessano i pagamenti, l'impresa è fallita.

Il diritto antico e quello delle codificazioni ottocentesche miravano a disciplinare esclusivamente i segnali esteriori del *default* imprenditoriale: alla fuga, nel tempo, si è sostituita la cessazione dei pagamenti, ma entrambe le fattispecie storiche citate prescindevano completamente da ogni indagine circa la situazione economica effettiva dell'impresa e da qualsiasi valutazione circa la reversibilità della crisi.

L'entrata in regime del citato art. 5 l.fall. suscitò accesi dibattiti tra gli interpreti: la lettera della norma fa intendere che l'indagine deve spingersi oltre una semplice presa d'atto dell'interruzione dei pagamenti: è richiesto un approfondimento sulla capacità futura di soddisfare regolarmente i propri debiti³⁷.

³⁵ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, Quinta Edizione, Torino, 2013 p. 39.

³⁶ “*Si comparuerit et non satisdederit de solvendo*” ricorda L. GUGLIELMUCCI, *op. e loc. ult cit.* .

³⁷ Nel diritto comparato, questa dicotomia tra criterio dei “cessazione dei pagamenti” e criterio dell'insolvenza pare ancora attuale. Si ricorda che, almeno nella formulazione linguistica, aderiscono alla nozione statica di cessazione dei pagamenti l'ordinamento francese (*cessation de paiements* art. 631-1 *Code de Commerce*) e l'ordinamento argentino (*cesación de pagos* art.1 l.24.522 del 1995). Si parla invece di insolvenza, in senso analogo a quello italiano, nell'ordinamento tedesco (*Zahlungsunfähigkeit* art.17 *Insolvenzordnung* del 1994) nell'ordinamento statunitense (*insolvency*

Anzitutto è stato chiarito, dalla relazione del Guardasigilli alla legge fallimentare, che “*l’avverbio ‘regolarmente’ indica non solo ‘alle debite scadenze’, ma anche ‘con mezzi normali’ in relazione all’ordinario esercizio dell’impresa*”³⁸.

L’elaborazione teorica ha giustamente sottolineato che il passaggio dalla cessazione dei pagamenti all’insolvenza significa progresso dalla valorizzazione di un “fatto-evento” all’indagine di un “fatto-situazione”³⁹. L’insolvenza dev’essere valutata cioè come uno status dell’imprenditore, una situazione dinamica, che si sviluppa e si modifica (accrescendosi o scomparendo) in un arco temporale piuttosto ampio (a differenza della mera interruzione degli adempimenti della codificazione precedente).

Specialmente è stato poi discusso in dottrina come il nuovo concetto di insolvenza dovesse essere interpretato. In tema è nota la *summa divisio* tra tesi patrimonialistiche e tesi personalistiche.

I sostenitori delle tesi c.d. patrimonialistiche⁴⁰ hanno ritenuto che l’insolvenza dovesse essere valutata attraverso un giudizio sulla capacità patrimoniale del debitore: una semplice presa d’atto del rapporto tra attività e passività. L’imprenditore è considerato insolvente solo qualora non abbia sufficienti mezzi, all’attivo, per soddisfare regolarmente le sue obbligazioni.

Gli autori che hanno aderito alle tesi c.d. personalistiche⁴¹ hanno invece contrapposto una visione dell’insolvenza incentrata sulla condotta del debitore. Non rileverebbe, in tale prospettiva, esclusivamente o primariamente la perdita patrimoniale (e rilevante in bilancio), bensì l’attitudine dell’impresa ad essere solvente, ossia a pagare. Sarebbe sufficiente che il debitore sia più volte rimasto insolvente senza giustificazione per configurare la fattispecie di cui all’art. 5 l. fall.⁴²

in the equity sense, art.303 (h) *Bancruptcy Code* del 1978) nell’ordinamento britannico (*insolvency* art.267(2)(c) dell’*Insolvency Act* del 1986) e nell’ordinamento spagnolo (*insolencia del deudor* cum art.2.2 *Ley Concursal* 22/2003). Sul punto *amplius* in L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, in *Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007 p. 121 e 122.

³⁸ Tema ripreso spesso dalla giurisprudenza – cfr. Cass. 24 marzo 1994 n. 2470, in *Il fallimento*, 1994, p. 721: il debitore è insolvente quanto “*non è in grado di adempiere regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni alle scadenze pattuite*”.

³⁹ G. BONELLI, *La cessazione dei pagamenti in rapporto all’art.705 c.comm.*, in *Foro It.*, 1898, 1, p. 732; più recentemente G. TERRANOVA, *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, cit., p. 29.

⁴⁰ S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1957 p. 44 ss; F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1966, p. 128 ss..

⁴¹ G. ROSSI, *Equivoci sul concetto di insolvenza*, in *Dir. Fall.* 1954, 1, p. 200 ss.; R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1962 p. 207 ss.; N. JAEGGER, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1964 p. 83 ss – la tesi, con diversi correttivi, pare all’oggi prevalente in dottrina.

⁴² Un esempio può essere in tal senso chiarificatore. Si pensi ad un’impresa ampiamente patrimonializzata, in cui i due soci titolari in quote uguali del capitale sociale, in continua lite, non avevano per lungo tempo curato le sorti dell’impresa e dunque permesso l’adempimento delle obbligazioni sociali. In tal caso è possibile richiedere il suo fallimento, nonostante la situazione dell’attivo. In tema la recente Cass. 21 gennaio 2013 n. 1347, in www.dirittoegustizia.it “*In tema di dichiarazione*

Il dibattito non è del tutto concluso, ed ancora oggi le due letture del tema si contrappongono, affiancate a tesi c.d. miste, caratterizzate da diversi correttivi mutuati dalla prassi aziendalistica. E' chiaro in ogni caso che occorre interpretare il concetto di insolvenza nel modo più fedele possibile alla *ratio* ispiratrice della riforma⁴³: essa è da valutare come uno status, non come un evento puntuale, un fatto giuridico⁴⁴. La tesi patrimonialistica non è quindi, di per sé sola, soddisfacente: sin dai primi del Novecento si è proposto⁴⁵ di affiancare alla valutazione della situazione patrimoniale dell'impresa un'ulteriore variabile extra-bilancio – il credito di cui gode l'imprenditore sul mercato.

La dottrina prevalente nota infatti come, in tema di insolvenza, rivesta un ruolo centrale la fiducia di cui gode l'imprenditore presso terzi; per "credito" in tal senso non si deve intendere esclusivamente il finanziamento, bensì "*l'apprezzamento generale (sociale) così delle attività occulte, come delle qualità, facoltà, attitudini personali*"⁴⁶ dell'impresa.

Si è più volte in dottrina sottolineato, seppur con toni diversi, che il credito dev'essere uno dei primi fattori considerati nella valutazione dell'insolvenza dell'impresa⁴⁷. Si è persino affermato che si troverebbe in stato di insolvenza il debitore che, semplicemente, non riesce più ad ottenere credito⁴⁸.

La centralità del rapporto tra impresa e credito non emerge dal bilancio, né è voce in alcun modo risultante dai registri delle imprese. Come l'avviamento⁴⁹, è una qualità ed una potenzialità dell'impresa, nota al mercato ma priva di risultanze contabili.

Proprio in tema di rapporto col mercato, la dottrina più recente, riprendendo le suggestioni della dottrina classica⁵⁰, parla di "bocciatura" dell'imprenditore che non viene finanziato da parte del

di fallimento, l'insolvenza che deriva da illiquidità non è esclusa dalla consistenza del patrimonio immobiliare e dalla capienza dei debiti sociali?"

⁴³ Fondata sul pensiero di G. BONELLI, *Del fallimento*, I, Milano, 1923 – *infra* riportato.

⁴⁴ Per una disamina delle argomentazioni *contra* le tesi che interpretano l'insolvenza come mero inadempimento si confronti G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., p. 51 ss.

⁴⁵ Prima di tutti, proprio G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 5.

⁴⁶ G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 5.

⁴⁷ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit. p. 38 ss.; conforme ma più critico G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, cit., p. 23 e 29 (che definisce il credito entità evanescente, destinata a scomparire alla prima crisi di fiducia, che non incide sul patrimonio netto). La tesi ricorre anche tra le fila dei sostenitori delle tesi patrimonialistiche: S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 44.

⁴⁸ E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi d'impresa*, Padova, 1999, p. 107.

⁴⁹ O peggio, dato che l'avviamento può, in casi limitatissimi, essere appostato all'attivo del bilancio (*i.e.* qualora sia stato acquistato a titolo oneroso, nei limiti dei costi sostenuti e previo consenso dell'organo di controllo: voce B-I-5, art. 2424 c.c.).

⁵⁰ G. BONELLI, *op. e loc.cit.*

mercato⁵¹: è insolvente, in altri termini, colui che non riesce ad ottenere credito in quanto il mercato ha emesso un giudizio negativo sulle sue risorse, sul suo *business*, sulla sua impresa in generale.

Proprio il credito dell'impresa in crisi è oggetto centrale della nostra trattazione, e avremo modo di tornare sul suo ruolo. Si può però sin d'ora sottolineare come l'imprenditore che goda di credito agli occhi del mercato è difficilmente considerato insolvente⁵².

La stessa ABI (Associazione Bancaria Italiana) afferma infatti: *“è ormai dato assolutamente consolidato nel comune sentire che il venir meno del sostegno della banca rappresenta il primo significativo indice di una sopravvenuta valutazione di non meritevolezza dell'imprenditore da parte del soggetto finanziatore. Da ciò la considerazione per cui la scelta della banca di concedere o mantenere il proprio sostegno finanziario ad un'impresa, anche solo attraverso il mantenimento delle linee di credito, finisce inevitabilmente per determinare nei terzi l'idea di solvibilità e quindi di solidità dell'impresa stessa.”*⁵³

Si inizia a giustificare così l'affermazione secondo cui il finanziamento bancario ad un'impresa insolvente genera un affidamento nei terzi (creditori attuali o potenziali): il finanziatore starebbe infatti condizionando il mercato e falsando le valutazioni degli altri operatori sulla solvibilità del finanziato⁵⁴, così producendo un danno.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha contribuito a valorizzare il ruolo del merito di credito nella valutazione sull'insolvenza. Una pronuncia recente ha puntualizzato che lo stato di insolvenza *“va desunto, piuttosto che dal rapporto tra attività e passività, dalla concreta possibilità dell'impresa di continuare ad operare proficuamente sul mercato”*⁵⁵.

Una tra le più importanti definizioni giurisprudenziali dell'insolvenza si trova nella pronuncia della Suprema Corte di Cassazione 26 febbraio 1990 n. 1439, la quale afferma che la fattispecie in esame consiste nello *“squilibrio finanziario non superabile con mezzi ordinari nei termini ragguagliati all'ordinaria scadenza dei debiti”*.

⁵¹ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 123 e 124; conforme anche B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *B.B.T.C.* 2001, 1 p. 276. Non ritiene invece che la valorizzazione del credito sia uno strumento di valutazione idoneo G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovra indebitamento*, cit., p. 54.

⁵² F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 2, p. 322 ss. (par. 5).

⁵³ ABI, *Circolare serie legale n. 9 – 8 settembre 2009*, in www.abi.it.

⁵⁴ Valutazione che verrà svolta, come detto, sulle risultanze della situazione patrimoniale ma anche sul credito che l'impresa gode sul mercato.

⁵⁵ Cass. 21 gennaio 2013 n. 1347, in www.dirittoegiustizia.it

La giurisprudenza si è attestata quindi, nel tempo, su un orientamento misto: attribuisce importanza al rilievo patrimoniale puro, ma non nega e, anzi, considera centrali le valutazioni “personalistiche” che concernono il credito che l’impresa vanta sul mercato e la predisposizione soggettiva dell’imprenditore.

Può dirsi all’oggi condivisa l’idea per cui il giudizio sull’insolvenza ha natura prognostica, e delinea il venir meno dell’attitudine fondamentale all’adempimento delle obbligazioni: è dunque uno status (dinamico), non identificabile con il fatto dell’inadempimento.

Per concludere e riassumere quanto detto sino ad ora, si può indicare:

- se l’impresa si trova liquidazione, la giurisprudenza afferma che l’indagine da svolgere sia semplicemente un confronto tra attivo e passivo di bilancio. L’impresa in liquidazione può essere dichiarata insolvente solo in presenza di uno squilibrio patrimoniale tra attivo e passivo: essa infatti “*non si propone di restare sul mercato, ma ha come suo unico obiettivo quello di provvedere al soddisfacimento dei creditori sociali, previa (se necessaria) realizzazione delle attività sociali, e alla distribuzione dell’eventuale residuo attivo tra i soci*”⁵⁶;
- se l’impresa non è in liquidazione, come già detto, non è necessaria né sufficiente la sussistenza di uno sbilancio patrimoniale. L’impresa può essere insolvente anche se l’attivo è di gran lunga superiore al passivo, e viceversa può non essere considerata insolvente anche se in perdita, qualora l’imprenditore goda ancora del credito del mercato⁵⁷.

Un approfondimento merita poi l’avverbio “regolarmente”, che trova due distinti significati in dottrina: il primo, come anzi detto, è “normalità dei mezzi” il secondo è “tempestivamente”.

Sul tema dei mezzi, si sostiene in dottrina che non è da considerarsi “normale” l’uso di strumenti giuridici alternativi al pagamento in denaro (quali la cessione di credito, la *datio in solutum* ecc.) se inizialmente non previsti nel rapporto negoziale con il creditore⁵⁸. Anche qualora il pagamento avvenga in denaro, ci si trova in una situazione di anormalità quando il soggetto, per soddisfare i propri debiti, ponga in essere condotte che portino alla dissoluzione del patrimonio aziendale e quindi alla distruzione dell’impresa e della sua produttività futura⁵⁹. L’imprenditore in tal caso avrebbe la liquidità necessaria

⁵⁶ Cass. 10 aprile 1996 n. 3321, in *Fallimento*, 1996, p. 1175 – conformi le successive Cass. 11 maggio 2001 n. 6550, in *Il Fall.*, 2001; p. 1029, Cass. 17 aprile 2003 n. 6170, in www.jstor.org; Cass. 14 ottobre 2009 n. 21834, in www.ilcaso.it e la recente Cass. 4 luglio 2013 n. 16752, in *Diritto e Giustizia*, 2013, p. 998.

⁵⁷ Come sopra ricordato, traendo spunto dalle pagine di BONELLI, *op. e loc. ult. cit.*

⁵⁸ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit. p. 42.

⁵⁹ Si vedrà in seguito che proprio la disgregazione del patrimonio ad opera dell’imprenditore è segnale dell’irreversibilità della crisi, *infra* interpretata con il termine “necrosi” – par 1.4.

per pagare a breve termine, ma è comunque da giudicare chiaramente insolvente. Sul punto si tornerà trattando del concetto di irreversibilità della crisi.

Quanto alla tempestività di adempimento, si distingue⁶⁰ tra difficoltà momentanea e difficoltà temporanea. La prima è la situazione in cui l'imprenditore è in grado di reperire liquidità per pagare in un ragionevole lasso di tempo le passività non più dilazionabili⁶¹. Quando il recupero dei mezzi di pagamento occorrenti sia comunque possibile, ma il lasso di tempo necessario per far fronte alle proprie obbligazioni non sia "ragionevole" (si fa l'esempio di un anno) egli è invece da considerarsi insolvente.

Si ricorda, per altro, che il termine "temporanea difficoltà ad adempiere" era il presupposto normativo dell'abrogata procedura dell'amministrazione controllata⁶². Tale concetto è stato oggi sostituito con il concetto di crisi d'impresa.

Da quanto così sintetizzato si può desumere, insieme alla dottrina più recente, una conferma delle posizioni espresse nel precedente paragrafo: "*la reversibilità della crisi non esclude la configurabilità dell'insolvenza*"⁶³.

La valutazione sull'insolvenza è dunque complessa e i metodi di indagine non sono unanimemente condivisi, anche se gli autori più attenti all'applicazione concreta delle regole hanno notato che l'indagine nel caso concreto porta sempre a una soluzione piuttosto netta⁶⁴.

La situazione inoltre è stata, come detto, notevolmente complicata dalla fine degli anni Novanta del Secolo scorso, quando è stato introdotto, anche nel linguaggio normativo, il concetto di crisi e il conseguente obiettivo del risanamento dell'impresa in difficoltà.

Si è cercato a più riprese di colorare di significati contrapposti il termine "crisi" ed il termine "insolvenza". Il dato normativo non permette una soluzione dualistica: si ribadisce che è necessario respingere tanto l'idea che crisi e insolvenza configurino esattamente la stessa fattispecie, quanto l'idea che possano individuarsi due istituti giuridici opposti⁶⁵.

Neppure è accettabile l'idea per cui l'insolvenza sia solo una interruzione del flusso dei pagamenti, mentre la crisi sia una situazione in cui i pagamenti sono ancora regolari, pur in presenza di difficoltà economiche. Una simile conclusione pare da escludersi alla luce della storia dell'istituto dell'insolvenza, riportata sinteticamente in queste pagine.

⁶⁰ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit. p. 41.

⁶¹ Cass. 24 marzo 1983 n. 2055, in *Mass. Foro it.* 1983.

⁶² Sul tema della difficoltà d'adempire si permette di rinviare a G. TERRANOVA, *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, cit., p. 86 ss. per un'ampia disamina sul punto.

⁶³ L. GUGLIELMUCCI, *op. e loc. ult. cit.*

⁶⁴ F. DI MARZIO, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, p.18.

⁶⁵ G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, cit, p. 41 s.

Lo stato di crisi è un *genus* ampio, in cui si ricomprendono, secondo gli studi aziendalistici, tutte le fasi del dissesto economico, dalla mancanza di liquidità al completo *default*⁶⁶, dunque anche il concetto di insolvenza.

Secondo una prima ipotesi interpretativa⁶⁷, si dovrebbe ritenere che la crisi di cui parla l'art. 160 l.fall. abbia natura economica, mentre l'insolvenza (di cui agli artt. 5 e 160 ultimo comma l.fall.) avrebbe fondamento finanziario. Semplificando, si avrebbe insolvenza qualora la società non avesse modo di recuperare sul mercato mezzi finanziari necessari alle sue esigenze (e si trovi perciò di fronte a una mancanza di liquidità e di capacità di adempiere nei termini previsti)⁶⁸. Si avrebbe invece crisi qualora si manifestino difficoltà afferenti al decremento della domanda dei beni o dei servizi sul mercato o concernenti l'aumento dei costi di produzione di beni o servizi stessi. In questo senso si conclude che *“un concordato potrebbe essere richiesto anche da un debitore ancora in grado di pagare regolarmente i propri creditori, purché le sue condizioni patrimoniali siano tali da far temere, per il futuro, un completo arresto dei flussi solutori”*⁶⁹.

Per un'altra tesi⁷⁰, più affine al dato aziendalistico, l'insolvenza non sarebbe che una fase (grave) del più vasto concetto di crisi, nel quale andrebbero però ricomprese circostanze soggettive diverse: il rischio di insolvenza⁷¹, lo sbilancio patrimoniale (c.d. sovraindebitamento)⁷², la riduzione del patrimonio netto al di sotto del minimo legale⁷³. Non pare invece sufficiente a determinare una situazione di crisi il mero declino economico dell'impresa, inteso come perdita della capacità reddituale.⁷⁴

⁶⁶ Per una lettura approfondita del fenomeno aziendalistico si ricordano le ancora attuali riflessioni di R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento, caratteri sistematici e funzionali del presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria*, cit., p. 114 ss.

⁶⁷ G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, cit., p. 75.

⁶⁸ In questo senso, assumerebbe un forte rilievo proprio la variabile del credito vantato dall'imprenditore sul mercato, in senso conforme a quanto detto in precedenza.

⁶⁹ G. TERRANOVA, *op. e loc. ult. cit.*

⁷⁰ L. GUGLIELMUCCI, *op. cit.*, p. 323 ss.; R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento*, cit.

⁷¹ Situazione prodromica in cui è prevedibile sulla base delle stime attuali che l'imprenditore, in pochi mesi, si troverà in una situazione rilevante ex art. 5 l. fall. (è ovvio che, in questo caso, una svolta nell'attività economica comporterebbe il mancato verificarsi dell'insolvenza). Questa situazione soggettiva è nota sia all'ordinamento tedesco (§ 18 *Insolvenzordnung*) che al legislatore spagnolo (art.2 *ley concorsual*).

⁷² Si intende in linguaggio economico l'eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale (e quindi un'erosione completa del capitale sociale nelle società capitalistiche). Tale situazione è rilevante nell'ordinamento tedesco (§ 19 *Insolvenzordnung*) per l'apertura della procedura.

⁷³ L'ordinamento italiano ritiene che, in una situazione economica simile, la società di capitali debba essere sciolta (art. 2484 co. 1 n. 4 c.c.) a meno che non decida di ricapitalizzare, riducendo il capitale e poi riportandolo al minimo legale con nuovi conferimenti, oppure non deliberi la trasformazione. Si ricorda che sul punto, forse in linea con quanto stiamo qui argomentando, un recente orientamento dottrinale ha sostenuto che sia possibile procedere in via diretta all'aumento di capitale che permetta di uscire dalla situazione di perdita rilevante, senza che occorra una preventiva riduzione di capitale (Massima n. 122 del Consiglio Notarile di Milano). Dato che l'esito naturale, in assenza di interventi, è lo scioglimento, si può ben parlare di stato di crisi anche in presenza di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale. Non è invece,

Le tesi ricordate non sono che alcune delle possibili visioni della dicotomia “insolvenza-crisi d'impresa”. Le possibilità interpretative sono molto ampie e derivano da un dettato normativo sintetico, il quale ha prodotto moltissime stratificazioni di significato in dottrina e giurisprudenza.

Non è questa la sede per approfondire i risultati degli studi aziendalistici in tema di crisi d'impresa. E' importante ricordare che l'interprete del diritto deve individuare una regola generale e astratta, ripetibile, idonea ad identificare una fattispecie nel caso concreto, cui possa seguire l'applicazione di una disciplina giuridica uniforme. Nell'ottica dell'economista, invece, ogni crisi d'impresa è diversa, per cause, dati, effetti, e a ciascuna di esse si dovrebbe rispondere con provvedimenti e piani *ad hoc*.

L'utilizzo, oggi invalso nella prassi, di espressioni in lingua inglese quali *distress* e *default* (rispettivamente traducibili come crisi e insolvenza) non garantiscono una maggiore chiarezza sullo stato soggettivo dell'impresa in difficoltà: anch'esse sono clausole generali, che vanno riempite di significato, esattamente come le espressioni italiane.

Sul tema pare soddisfacente e idonea ai nostri fini la definizione secondo cui le crisi d'impresa sono “*situazioni nelle quali i flussi finanziari consentirebbero ancora di pagare regolarmente i creditori, ma con il rischio di compromettere irrimediabilmente l'organismo produttivo*”⁷⁵.

secondo la dottrina, una situazione di crisi quella in cui vi sono perdite significative, che hanno eroso più di un terzo del capitale sociale. In tal caso il legislatore richiede l'intervento dell'assemblea e l'assunzione di opportuni provvedimenti, ma ciò non sfocia naturalmente in uno scioglimento, e non si è intaccato il limite minimo di sopravvivenza legale dell'impresa. Cfr. sul punto L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, cit., p. 144 ss.

⁷⁴ In tal senso L. GUATRI, *Crisi e risanamento dell'impresa*, Milano, 1986, p. 106 ss.

⁷⁵ G. TERRANOVA, *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, cit., p. 6. Sulla effettiva conformazione economica della crisi, e sul giudizio di reversibilità, si richiama il successivo Paragrafo 4 di questo Capitolo.

1.3 INSOLVENZA NELL'AZIONE REVOCATORIA, INSOLVENZA NELLA CONCESSIONE ABUSIVA DEL CREDITO

Una regola fondamentale nello studio dell'insolvenza dell'imprenditore commerciale è dettata dall'art. 67 l.fall. La norma disciplina la revocatoria fallimentare, e prevede tre categorie di atti posti in essere dall'imprenditore insolvente:

- atti che possono essere revocati, salvo che l'altro contraente provi che non conosceva lo stato di insolvenza del debitore;
- atti che possono essere revocati solo se il curatore fallimentare provi che l'altro contraente era a conoscenza dell'insolvenza;
- atti esenti da revocatoria.

La dottrina si è interrogata sul significato da attribuire alla definizione di “*conoscenza dello stato di insolvenza del debitore*”. Nello specifico, ci si è chiesti se il contraente debba svolgere un'indagine della situazione di mercato della sua controparte contrattuale connotata dalla stessa profondità e dalle stesse regole che valgono per la pronuncia di fallimento – e cioè se l'insolvenza di cui parla l'art. 67 l.fall. sia la stessa insolvenza di cui all'art. 5 l.fall., e quindi se il legislatore ponga a carico del contraente l'onere di una profonda e vasta indagine come quella richiesta all'organo giudicante.

Una parte della dottrina ritiene corrispondente la c.d. “*scientia decoctionis*” con l'indagine di cui all'art. 5 l.fall.⁷⁶. Altra parte della dottrina⁷⁷ sostiene che l'indagine da svolgersi ex art. 67 l.fall. abbia caratteri autonomi, ma ciò non comporti la formulazione di una differenza linguistica: “*non v'è alcuna necessità di sostenere che le insolvenze siano tante quanti sono i processi d'identificazione: un'insolvenza per la dichiarazione di fallimento e un'insolvenza per la revocatoria fallimentare. Basta, invece, che, individuati i fini che devono essere conseguiti attraverso la dichiarazione di fallimento e la revocatoria fallimentare, il processo d'identificazione dell'insolvenza sia conformato in modo qualitativamente e quantitativamente sufficiente per raggiungerli*”. L'Autore propone dunque di svolgere una “*pertinentizzazione*” del significato semantico di insolvenza, a seconda dei casi di applicazione⁷⁸, in qualche modo riconoscendo una diversificazione nelle fattispecie concrete.

⁷⁶ R. CECCON, *La prova della scientia decoctionis nell'azione revocatoria fallimentare contro i cd. "operatori qualificati"*, in *Opinio iuris: esperienze di attività professionale 2000 – 2010*, in www.aclaw.it, 2011, p. 118.

⁷⁷ F. MELONCELLI, *La natura semantica dell'insolvenza*, nota a Cass. 7 febbraio 2001 n. 1719, in www.judicium.it.

⁷⁸ Sul punto F. MELONCELLI, *La conoscenza dell'insolvenza nella revocatoria fallimentare*, Milano, 2002.

La maggioranza della dottrina⁷⁹, nella ricerca di una regola chiara, propone invece di desumere dal dato normativo due fattispecie distinte di insolvenza: quella dell'art. 5 l.fall., di cui si è ampiamente discusso, e quella dell'art. 67 l.fall., pertinente al concetto di *scientia decoctionis*. Ciò con l'obiettivo di individuare nella frode il vero presupposto dell'impugnativa, di escludere che l'efficacia dell'atto si fondi su una limitazione del potere del debitore di disporre dei propri beni, e infine di tenere distinta la condizione economica che giustifica l'apertura del concorso da quella che giustifica l'impugnativa di alcune tipologie di atti.⁸⁰

Questa differenziazione è meritoria: se ne riscontra un duplice fondamento di analisi economica del diritto. Anzitutto, richiedere all'operatore giuridico una indagine approfondita quanto quella giudiziale ex art. 5 l.fall. comporta una notevole voce di spesa, che si riverbera in forma di costo transattivo sul mercato, rendendo più complessa e meno efficiente la negoziazione. In secondo luogo, imporre una valutazione unitaria di insolvenza comporta una forte incertezza e un margine notevole di alea nel diritto fallimentare: il contraente svolgerebbe una (costosa) indagine sulla controparte (*due diligence*) nel mezzo di una situazione economico-giuridica dinamica, ancora in evoluzione. Tale valutazione potrebbe quindi notevolmente divergere da quella che svolgerà poi il giudice, in una situazione statica, in sede di domanda di fallimento e di azione revocatoria fallimentare.

L'incertezza, unita al costo di cui sopra, comporta l'inefficienza della regola unitaria, e rende preferibile la tesi della scissione tra art. 5 l.fall. ed art.67 l.fall.

Pur non essendo questa la sede opportuna per approfondire la complessa evoluzione giurisprudenziale dell'istituto della revocatoria e della *scientia decoctionis*, si deve accennare al dibattito ancora presente su due ordini di argomenti: rapporto tra conoscenza e conoscibilità, da un lato, e ruolo e la diligenza del c.d. operatore qualificato, dall'altro.

Sul primo tema da lungo tempo la giurisprudenza di merito e di Cassazione è altalenante tra due criteri interpretativi del fenomeno della *scientia decoctionis*. Da un lato, in base al tenore letterale della norma, si sostiene che il contraente debba avere una conoscenza effettiva e concreta dell'insolvenza di

⁷⁹ M. MAIENZA, *Il tramonto della revocatoria fallimentare e le ripercussioni sulla scientia decoctionis*, nota a App. Ancona, 20 gennaio 2011, Trib. Siracusa 9 novembre 2010, Trib. Roma, 13 settembre 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 983; E. SABATELLI, *La prova della "scientia decoctionis" nella disciplina della revocatoria fallimentare*, in *B.B.T.C.*, 2008, 1, p. 420; F. PACILEO, *«Sofferenze bancarie»: presupposti di legittimità della segnalazione alla centrale dei rischi della Banca d'Italia*, in *Giur. Comm.* 2010, 4, p. 674.

⁸⁰ Enumera tali finalità G. TERRANOVA, *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, cit., p. 92.

quest'ultimo per essere legittimato passivo dell'azione revocatoria⁸¹; l'onere della prova grava, a seconda delle fattispecie, sul curatore fallimentare (secondo comma) o sul contraente stesso (primo comma).

Dall'altro lato la corte invoca “*l'imperscrutabilità dell'animo umano*” (sic!⁸²) e la conseguente impossibilità di giungere ad una valutazione effettiva di quanto e cosa il contraente effettivamente sapesse. Si ricorre per ciò di frequente, nella prassi dei tribunali, ad una serie nutrita di presunzioni (di cui solo alcune appaiono convincenti) per stabilire se il convenuto effettivamente potesse conoscere dell'insolvenza del soggetto poi fallito⁸³. Nello specifico si tratta dunque di un passaggio dal concetto di conoscenza al concetto, necessariamente più astratto, di conoscibilità, fondato su presunzioni.

Molti autori hanno criticato il secondo orientamento giurisprudenziale citato che, per quanto ricco di affermazioni di principio (“*l'indagine dev'essere effettuata in concreto*”), ricorre costantemente a presunzioni. Da quanto consta, non sembra però che sia mai stata fornita una vera alternativa per superare il problema dell'elemento soggettivo, e quindi dare forma concreta al concetto di *scientia decoctionis*.

Si può menzionare una sentenza di Cassazione molto recente⁸⁴, che ha tentato di trovare una soluzione all'antinomia sopra riassunta sostenendo che ciò che va provato è “*la probabilità della scientia decoctionis la quale può trovare fondamento nei presupposti e nelle condizioni in cui si sia concretamente trovato ad operare, nella specie, il creditore del fallito*”. Si deve, in altre parole, valutare caso per caso quali possibilità il creditore avesse effettivamente di conoscere la situazione di dissesto del debitore. Ciò ha il pregio di non richiedere una *probatio diabolica* sui contenuti delle pieghe della mente e della coscienza del creditore, e di impostare di conseguenza il problema in termini probabilistici e presuntivi, senza tuttavia fare riferimento ad un'ideale astratto di “creditore diligente”.

La seconda tematica accennata concerne il ruolo istituzionale e la posizione di forza del creditore del fallito. La giurisprudenza ha preso posizione⁸⁵, sottolineando che gli operatori professionali, quali le banche, hanno necessariamente una conoscenza migliore della situazione finanziaria ed economica

⁸¹ Si vedano, tra le più recenti, Cass. 17 maggio 2013 n. 12085, in *Giust. Civ. Mass. 2013*; Cass. 4 marzo 2010, n. 5256, in www.ilcaso.it; si noti in giurisprudenza di merito l'illuminante pronunzia Trib. Milano 3 aprile 2012 n. 4005 “*La conoscenza da parte del creditore dello stato di insolvenza del debitore deve essere effettiva e non soltanto potenziale con la conseguenza che, agli effetti della revoca, assume rilievo soltanto la concreta situazione psicologica da parte del terzo e non la semplice conoscibilità oggettiva del predetto stato*”.

⁸² Cass. 7 febbraio 2001 n. 1719, in www.judicium.it, cit.

⁸³ Tra le più recenti pronunzie di Cassazione, depone in tal senso Cass. 7 gennaio 2013 n. 182, in *Diritto e Giustizia* 8 gennaio 2013 (che sostiene la presenza di presunzioni *iuris tantum*, e non *iuris et de iure*, in presenza di protesti); nella giurisprudenza di merito, tra le ultime, si notino Trib. Monza 9 ottobre 2012 in www.ilprocessocivile.it e Trib. Milano 20 aprile 2012, in *Guida al diritto* 2012, 26, p. 65.

⁸⁴ Cass. Ordinanza 3 maggio 2012 n. 6686, in www.altalex.com

⁸⁵ Una prima pronunzia rilevante è Cass. 27 aprile 1998 n. 4277, in *Il fall.*, 1999, p. 297.

dell'imprenditore, e per ciò si deve loro richiedere una maggiore precisione e puntualità nella diagnosi della decozione⁸⁶.

Si arriva a sostenere che lo status di banchiere costituisce un dato che porta a ritenere in via automatica la conoscenza del dissesto, sulla base della naturale propensione e capacità della banca di analizzare i fenomeni di mercato⁸⁷. Le ragioni addotte sono: la capacità della banca di controllo dei bilanci⁸⁸; il monitoraggio continuativo del conto corrente dell'imprenditore⁸⁹; la possibilità di controllare la revoca dei fidi bancari e la segnalazione della società fallenda alla Centrale dei Rischi (su cui *infra*)⁹⁰.

Si nota che tali indizi non sono ritenuti idonei quando il creditore che ha ricevuto i pagamenti è un comune operatore commerciale, il quale non potrebbe avere accesso a tali informazioni di settore. Comunque, l'indirizzo giurisprudenziale è nel senso di escludere una presunzione oggettiva e assoluta di *scientia decoctionis* anche qualora il creditore sia una banca.⁹¹

Queste decisioni, non tutte forse condivisibili, introducono una concezione da tenere in considerazione: quando si parla di condizione economica del cliente, la banca è certamente il soggetto che più di tutti può avere informazioni precise e aggiornate, sia per la sua forza contrattuale che per le sue cognizioni tecniche. Da questo maggior potere discende un più vasto margine di imputabilità a titolo di responsabilità civile (sotto il profilo dell'elemento soggettivo): difficilmente il banchiere potrà dire che non era a conoscenza della condizione di insolvenza del suo cliente, col quale ha continuato a contrattare.

⁸⁶ In senso conforme Cass. 30 luglio 2012 n. 13540, in *Diritto e Giustizia* 1 agosto 2012: “Un operatore bancario è professionalmente attrezzato a valutare i dati del bilancio di una società ed a trarne precise indicazioni circa lo stato economico e patrimoniale in cui essa versa”.

⁸⁷ In questo senso Trib. Mantova 13 Marzo 2003, in www.ilcaso.it.

⁸⁸ App. di Bologna 13 aprile 2000, in *Il Diritto Fallimentare*, 2000, 2, p.782 e ss.

⁸⁹ B. QUATRARO - N. CIACCIA, *La prova della conoscenza dello stato di insolvenza nei giudizi di revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Dir. Fall.* 2003, 1, p. 1206.

⁹⁰ Si veda quanto precisato sullo status di banchiere nel Capitolo II.

⁹¹ Cass. 12 maggio 1998, n. 4765, in *Fall.*, 1999, p. 378. Si noti anche la recente Cass. 9 gennaio 2013 n. 327, in *Guida al Diritto* 2013, 7, p. 45 “la circostanza che il creditore rivesta la qualità di istituto bancario non è di per sé determinante, neppure se correlata al parametro del creditore avveduto, ma viene in considerazione solo in presenza di concreti collegamenti con i sintomi conoscibili dello stato d'insolvenza, quali notizie stampa, risultanze di bilancio, protesti, procedure esecutive ecc.; è soltanto in quest'ambito che può attribuirsi rilevanza anche all'attività professionale esercitata dal terzo, nonché alle regole di prudenza e avvedutezza che caratterizzano concretamente l'operare della categoria di appartenenza. In tal senso la conoscenza dello stato d'insolvenza può ritenersi desumibile anche dai rapporti di conto corrente intercorsi direttamente tra la banca e il fallito”. Ciò esclude la sussistenza di una responsabilità oggettiva in capo alla banca, ma permette comunque di considerarla come titolare di una posizione peculiare, e dunque di un dovere più stringente di indagine.

Si giunge ora a una domanda: la valutazione che la banca finanziatrice è tenuta a svolgere prima di concedere credito all'impresa in difficoltà è la stessa indagine in termini di insolvenza/crisi che dev'essere svolta dal giudice a norma degli artt. 5 e 160 l.fall.?

Pare che la risposta debba essere negativa, per quanto anzi detto. Pur trovandoci in un contesto diverso dalla revocatoria, non disciplinato dal legislatore, non si può pretendere che la banca svolga un'indagine della stessa profondità e ampiezza di quella giurisdizionale. In particolare si deve affermare che l'approfondimento della banca ha natura, estensione e finalità del tutto diverse da quelle dell'indagine giudiziaria sulla situazione di insolvenza: la banca deve verificare se il cliente è in grado di far fronte ad un certo debito restitutorio (secondo le modalità meglio approfondite nel Capitolo II).

Ci si deve chiedere allora se per la concessione abusiva del credito si possano utilizzare i risultati cui sono giunte la dottrina e la giurisprudenza in tema di *scientia decoctionis*.

Autorevole dottrina⁹² sostiene che, allo stato della attuale “*non potrebbe affatto stupire se criteri analoghi [a quelli utilizzati per l'individuazione della *scientia decoctionis*] dovessero essere impiegati nell'accertare la conoscibilità dell'insolvenza ai fini della responsabilità civile per finanziamento abusivo e, dunque, in un contesto in cui la condotta dell'agente va, viceversa, valutata per il rispetto o meno di regole di prudenza, diligenza e perizia, professionalmente qualificate*”.

Non mi pare che questa soluzione sia auspicabile. L'orientamento comporterebbe uno smodato inasprimento del rigore con cui si guarda alla condotta del banchiere: se bastasse la sola presenza di protesti o di ipoteche in capo all'imprenditore per sancire l'abusività di un finanziamento, la maggior parte dei finanziamenti diretti alle imprese sarebbe a rischio di responsabilità per la banca. Il che condurrebbe, come è noto, ad un *credit crunch*, che comporterebbe esternalità negative sul mercato, e l'insuccesso di ogni tentativo di risanamento in cui è necessaria nuova finanza.

Per avere un quadro sistematico in cui collocare una proposta di soluzione, è utile ripercorrere i passaggi svolti sin qui:

- la valutazione di cui all'art. 5 l.fall. non conduce necessariamente ad una situazione di *default* irreversibile⁹³;
- il concetto di crisi di cui all'art. 160 l.fall. comprende anche il concetto di insolvenza, e anche in questo caso richiama una situazione possibilmente reversibile;

⁹² A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004, p. 78.

⁹³ L. GUGLIELMUCCI, *op. e loc. ult. cit.*; R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento, caratteri sistematici e funzionali del presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2003, p. 59 e 62 dove si parla di “compatibilità tra stato di ‘insolvenza’ e prospettive di risanamento”.

- il credito di cui l'impresa gode sul mercato è un elemento centrale nell'indagine sull'insolvenza, quindi fornire credito a chi non lo merita produce una distorsione del mercato e un probabile danno ai terzi creditori dell'impresa;
- le valutazioni di cui agli artt. 5 e 160 l.fall. devono essere svolte dall'organo giurisdizionale, che guarda una situazione economico/finanziaria in un preciso momento concreto. La stessa approfondita indagine non può essere richiesta ad un creditore che contratti con l'impresa o che finanzia la stessa in quanto: 1) la valutazione fatta dal contraente avviene in un momento dinamico, in cui l'impresa è ancora attiva e produttiva, mentre la valutazione del giudice guarda ad una situazione statica, molto diversa; 2) si richiederebbe all'operatore commerciale una indagine costosa e aleatoria, che porterebbe a disincentivare la negoziazione con le imprese in difficoltà e dunque ad accentuare il problema della crisi economica.

Tali conclusioni, maturate ragionando in tema di revocatoria fallimentare e art. 67, sono estensibili anche al tema della concessione abusiva del credito. Non è invece parimenti estensibile e applicabile alla concessione abusiva del credito la nozione giurisprudenziale di *scientia decoctionis*.

Nemmeno è accettabile, ai nostri fini, una soluzione di disimpegno, che rimetta al caso concreto e quindi alle valutazioni del giudice di merito i criteri per l'individuazione della situazione di insolvenza rilevante ai fini della pronuncia della concessione abusiva del credito.

Nel prossimo paragrafo, concludendo sul tema del presupposto soggettivo *ex latere imprenditoris* si tenterà di dimostrare che l'unica situazione in cui la banca, erogando un finanziamento, può (per diverse ragioni⁹⁴) generare un danno rilevante ex art.2043 c.c. è in ipotesi di dissesto irreversibile dell'imprenditore finanziato.

⁹⁴ Il concetto di "plurioffensività" e di pluralità di illeciti è centrale per il presente lavoro. Si permette di ritardarne ancora un poco la trattazione, per fornire un vaglio completo dei presupposti: si veda dunque *infra*, la Seconda Sezione.

1.4 IRREVERSIBILITÀ DELL'INSOLVENZA QUALE PRESUPPOSTO SOGGETTIVO DELLE FATTISPECIE DI ABUSO NELLA CONCESSIONE DEL CREDITO

L'interprete, nell'analisi del comportamento della banca finanziatrice, non dovrebbe fermarsi a nozioni di insolvenza (art. 5 l.fall.), crisi (art. 160 l.fall.)⁹⁵ o *scientia decoctionis* (art.67 l.fall.)⁹⁶. Ciascuna di queste definizioni, e dei corollari che le contornano, hanno punti in comune con l'indagine che ci occupa, ma non sono soddisfacenti.

Tutte le fattispecie analizzate, per il loro *cursus* legislativo e storico, fanno riferimento ad un'impresa che, per quanto si trovi in difficoltà anche gravi, non è necessariamente arrivata alla sua ultima ora.

Per la dottrina e la giurisprudenza, neppure la nozione di insolvenza ex art. 5 l.fall. contiene necessariamente una valutazione sulla irreversibilità dello stato di dissesto. Si è ricordato che, sin dal D.Lgs. 270/1999, il legislatore stesso ha affiancato la nozione di insolvenza alla nozione di recuperabilità del *default*: la dottrina ha notato come “*la reversibilità della crisi non esclude la configurabilità dell'insolvenza*”⁹⁷.

Nel presente paragrafo si tenterà di dimostrare come, per l'individuazione delle ipotesi di concessione abusiva del credito, appaia necessario individuare un presupposto soggettivo diverso sia dall'insolvenza ex art. 5 l.fall, sia dalla crisi d'impresa ex art.160 l. fall., sia dall'insolvenza in sede di revocatoria ex art.67 l.fall.: il *default* irrecuperabile dell'imprenditore finanziato.

Per sgomberare il campo da incomprensioni è necessario premettere che, sotto un profilo strettamente economico, ogni situazione di difficoltà dell'impresa è teoricamente reversibile⁹⁸. Il c.d. *turnaround*, o ristrutturazione, è sempre percorribile, e dipende dalla volontà congiunta degli operatori economici (imprenditore e creditori) coinvolti nel caso concreto: non vi è nessuna situazione patrimoniale, economica e finanziaria che possa dirsi tanto disastrosa da non poter essere risanata a

⁹⁵ Par. 1.2 .

⁹⁶ Par. 1.3 .

⁹⁷ L. GUGLIELMUCCI, *op. e loc. ult. cit.*

⁹⁸ N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della “commercialità”*, Milano, 2013, p. 282.

mezzo dell'apporto di ingenti capitali, di nuovi finanziamenti e di una ristrutturazione gestionale e amministrativa ben fatta.

L'irreversibilità di cui si tratta in queste pagine non è da intendersi in senso assoluto: occorre trovare una diversa definizione di irreversibilità dell'insolvenza, che tenga conto della realtà giuridica ed economica del mercato, e che permetta la messa a punto di una regola funzionale alle esigenze emerse.

Anche nell'opinione della dottrina⁹⁹ *“non esiste una situazione di dissesto che non possa, almeno in astratto, essere risanata: tutto sta, infatti, nel capire quali strategie porre in essere, quanti capitali impiegare, come sostituire il personale dirigente, quali nuovi schemi organizzati introdurre nell'impresa, e così via dicendo, per vedere se, dati i costi economici e sociali di una simile operazione, valga davvero la pena di avventurarsi”*.

Si deve determinare cioè se gli operatori economici vincolati all'impresa siano disposti a partecipare al *turnaround*: il problema sta nel definire quando i costi e i sacrifici imposti dal risanamento dell'impresa siano da considerare sostenibili e affrontabili nell'ottica del mercato.

In assenza di ogni previsione normativa in materia, è necessario ricorrere ad una ricerca di un principio gius-economico: ci si deve chiedere se il risanamento sia nel caso concreto efficiente o meno. Si può cioè definire “insolvenza irreversibile” la situazione dell'impresa in difficoltà che il mercato non ritiene efficiente risanare.

Siamo di fronte a una indagine di analisi economica del diritto, fondata sul rapporto tra costi e benefici¹⁰⁰. Quando i costi della ristrutturazione superino il beneficio che ad essa deriva, è inefficiente mantenere in vita l'impresa, ed è quindi opportuno condurla al fallimento.

Se l'impresa si trova in una situazione di dissesto irreversibile, in un'ottica di costi-benefici, il suo destino in un mercato efficiente è il fallimento, e quindi l'espulsione dal novero dei c.d. giocatori. Pertanto è da definire illecito il comportamento del soggetto che finanzia un'impresa solo qualora la stessa si trovi in stato di dissesto irreversibile.

Resta da individuare, dunque, una declinazione del parametro dell'efficienza nel risanamento, che guidi l'interprete e il giudice nella individuazione del presupposto della concessione abusiva del credito.

Occorre riconoscere quando, in concreto, l'impresa non meriti di essere salvata dal fallimento: se si riuscirà a fornire una definizione sufficientemente tipizzata e chiara della fattispecie, sarà più facile delineare le condotte della banca rilevanti sotto il profilo risarcitorio.

⁹⁹ G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, cit., p. 31.

¹⁰⁰ R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006, p. 134 ss.

Una parte della dottrina¹⁰¹ afferma, in linea con quanto sopra esposto, che non si può confondere l'insolvenza di cui all'art. 5 l.fall. con una crisi irreversibile, e sostiene che la vera differenza non sarebbe da ricercarsi tra insolvenza e crisi d'impresa, ma tra crisi reversibile e crisi irreversibile.

Si argomenta che la situazione *“caratterizzata dalla mancanza di un residuo patrimoniale netto positivo, e dunque da un patrimonio insufficiente a fronteggiare sia le perdite pregresse sia quelle attese per il prossimo futuro”*¹⁰² non sia ancora irreversibile, in quanto superabile qualora intervenga nel breve periodo il ripristino di una situazione di equilibrio economico. L'opinione è da condividersi: la discesa del capitale sotto lo zero a causa delle perdite (e quindi un patrimonio netto negativo) non è affatto indice dell'irreversibilità della crisi. Il legislatore stesso ha previsto che in tal caso l'impresa debba considerarsi in scioglimento (art.2484 co. 1 n. 4 c.c.) ma che la continuazione dell'attività sociale sia senza dubbio possibile attraverso la deliberazione di ricapitalizzazione o di trasformazione della società (art. 2447 c.c. in S.P.A., 2482ter c.c. per S.R.L.). Ciò dimostra chiaramente una valutazione positiva del legislatore in merito alla potenziale reversibilità della crisi.

Quando il corso dell'argomentazione giunge alla sua conclusione, si sostiene che *“solo l'assoluta mancanza di prospettive favorevoli in ordine all'andamento dei costi e dei ricavi può configurare una situazione di vera e propria irreversibilità”*¹⁰³, e più dettagliatamente che lo squilibrio di natura finanziaria e patrimoniale deve riflettere una assoluta *“mancanza di prospettive favorevoli sotto il profilo economico”*¹⁰⁴.

Tale assunto è corretto, ma impone una valutazione *pro futuro*, di natura prospettica: l'interprete dovrebbe di volta in volta indagare se sia possibile escludere radicalmente per l'impresa ogni esito diverso e migliore del fallimento. L'opinione, che ha il pregio di marcare la differenza tra sofferenza finanziaria e dissesto economico, non pare essere risolutiva: ha una forte portata descrittiva, ma giungendo alla valutazione dei dati concreti, rischia di non distinguersi dal vaglio di una non meglio precisata irreversibilità della crisi.

Se si vuole offrire all'interprete una chiave per attribuire un significato efficientistico all'istituto dell'irreversibilità dell'insolvenza, si deve evitare di sostituire a una clausola generale (irreversibilità) altre clausole generali (probabilità di prospettive favorevoli), e cercare una diagnosi che permetta di identificare gli elementi segnalatori dell'irrecuperabilità della crisi.

¹⁰¹ R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento*, cit., p. 65 ss.

¹⁰² R. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 143.

¹⁰³ R. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 144.

¹⁰⁴ R. ROSSI, *op. ult. cit.*, p. 154.

Il concetto di crisi, anche sotto un profilo etimologico, richiama l'immagine del corpo malato¹⁰⁵. Vi sono momenti in cui la difficoltà è transitoria, altri in cui il morbo si radica e, se non rimosso tempestivamente, può condurre alla fine. Pare che l'irreversibilità possa essere associata al concetto di necrosi: l'impresa che distrugge ricchezza, e che – col passare del tempo – brucia risorse senza crearne di nuove non può più definirsi in crisi, ma si trova nello stato finale dell'insolvenza¹⁰⁶.

Si può affermare, fuor di metafora, che quando l'impresa si trova in una situazione in cui distrugge la propria ricchezza, merita di essere espunta dal mercato: i costi necessari per risanarla sono certamente superiori ai ricavi che si possono attendere dalla ristrutturazione.

Ciò conduce a concludere un ragionamento svolto in precedenza: si è già detto che l'insolvenza ex art. 5 l.fall. non è necessariamente derivante dalla sola interruzione dei pagamenti. Seguendo gli ultimi passaggi proposti, la motivazione è evidente: l'impresa in necrosi si trova in un circolo vizioso di distruzione di risorse; in tale circostanza è ben possibile che essa continui a pagare le obbligazioni alla loro naturale scadenza, ma ciò comporterà necessariamente l'adozione di comportamenti (quali la vendita dei macchinari e delle strutture produttive, o il ridimensionamento delle forniture) che comprometteranno ulteriormente, e in via definitiva, la capacità di adempiere dell'organizzazione produttiva nel medio – lungo periodo¹⁰⁷.

Utilizzando il linguaggio dell'economia, l'impresa distrugge valore quando il rendimento del capitale è costantemente inferiore al costo delle risorse¹⁰⁸.

Una formulazione ulteriore dello stesso concetto di irreversibilità della crisi in senso efficientistico è la seguente: è economicamente necessario il fallimento dell'impresa che non è suscettibile di tornare a produrre ricchezza o che potrebbe tornare a generare ricavi solo con investimenti che costano di più dell'incremento di valore che produrrebbero¹⁰⁹. Da ciò si deduce una regola chiara:

¹⁰⁵ Sulla imperfezione che contraddistingue la metafora medica utilizzata cfr G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, cit., passim.

¹⁰⁶ A. DELL'ATTI, *I piani di risanamento nelle operazioni di ristrutturazione dell'impresa*, Milano, 2012, p. 64.

¹⁰⁷ Sul punto R. ROSSI, *Insolvenza, crisi d'impresa e risanamento*, cit., p. 122 che parla di “necessità di un'azione difensiva tale da compromettere anche la struttura produttiva e l'equilibrio economico e patrimoniale dell'impresa”. G. TERRANOVA in *Insolvenza, stato di crisi, sovra indebitamento*, cit., p. 6 definisce come crisi la situazione in cui i flussi finanziari permetterebbero ancora di pagare regolarmente i creditori “ma con il rischio di compromettere irrimediabilmente l'organismo produttivo”. Per chi scrive, mutuando la definizione anzidetta, l'insolvenza irreversibile si ha quando dal “rischio” si passa alla “certezza” di distruggere ulteriormente ricchezza.

¹⁰⁸ P. BIFFIS, *Analisi del merito di credito*, 2009 p. 128 in www.eifebook.com.

¹⁰⁹ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, in *Le procedure di insolvenza*, cit. p. 97 e 98.

dev'essere liquidata l'impresa che *“in esercizio, abbia valore inferiore a quello dei beni che la compongono”*¹¹⁰.

In quel caso, infatti, il circolo vizioso della necrosi porta a distruggere ricchezze presenti e a non generarne di nuove: allora è preferibile garantire ai creditori una parziale soddisfazione delle loro pretese a mezzo della liquidazione atomistica piuttosto che lasciare che l'impresa continui a dissipare risorse.

A conclusioni simili giunge la dottrina che più recentemente si è espressa in materia di concessione abusiva del credito. Un Autore, in particolare, afferma la responsabilità della banca non in ogni situazione di difficoltà o insolvenza, ma solo qualora le circostanze concrete *“rendano irragionevole il sostegno creditizio”*¹¹¹. La clausola generale della ragionevolezza, cui pure può farsi riferimento, dev'essere dall'interprete riempita: pare a chi scrive che un criterio giuridico ed economico efficace per dare significato al termine *“ragionevolezza”* possa essere proprio quello qui proposto, e identificato col termine di *“irreversibilità dell'insolvenza”*.

Ancora un altro Autore ha posto l'accento sulla situazione patrimoniale dell'imprenditore finanziato, affermando che *“la responsabilità della banca sussisterà solo per le concessioni di credito effettuate a favore di un'impresa la cui situazione appaia ormai irrecuperabile”* e che *“per l'individuazione dello stato oggettivo rilevante ai fini della responsabilità della banca per concessione abusiva del credito non possano essere utili le categorie concettuali elaborate con riferimento alla fase di ammissione alle procedure concorsuali, quali lo stato di insolvenza o di crisi, ma si debba fare riferimento alle possibilità di risanamento dell'impresa”*¹¹². Sembra cioè che la dottrina, nell'ultimo lustro, abbia iniziato a rilevare la necessità di identificare precisamente quale sia la condizione economico-patrimoniale rilevante ai fini della affermazione di responsabilità per concessione abusiva di credito.

Si può riscontrare in un recente pronunziato di merito una timida adesione alle opinioni sin qui esposte. Precisa il Tribunale di Rovereto¹¹³ che *“lo stato di insolvenza quale irreversibile incapacità del debitore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, ossia come stato di impotenza patrimoniale non transitorio (cfr. art. 5 r.d. 16 marzo 1942 nr. 267) deve essere escluso sul piano tecnico giuridico, nonostante l'eccedenza delle passività sulle attività ed i ricorrenti passivi prodotti nei singoli esercizi,*

¹¹⁰ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, in *Le procedure di insolvenza*, cit. p. 98.

¹¹¹ A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in “crisi”*, in *Giur. Comm.*, 2011, 3, p. 305.

¹¹² P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, p. 655 ss.

¹¹³ Trib. Rovereto, 6 agosto 2012 con nota di V. AMENDOLAGINE, *Concessione abusiva del credito nel sale and lease back*, in *Contratti*, 2012, 11, p. 932.

sino a quando vi sia un socio disposto a ripianare le perdite anno per anno [...]. Questa conclusione è ancora più rafforzata nel caso in cui il ripianamento delle perdite, passate e future, non sia rimesso ad una libera decisione del socio di riferimento in questione, ma sia fatto oggetto di un preciso obbligo contrattuale, come avvenuto nel caso di specie con la firma dei patti parasociali”.

Si accoglie in quella sede il concetto di insolvenza irreversibile, qualificandolo come “impotenza patrimoniale non transitoria” – e si precisa ulteriormente che la presenza di un patto parasociale (adempuito) che imponga a un socio di ripianare le perdite dovrebbe essere fonte di una presunzione di (crisi ma non di) insolvenza.

Deve dirsi, quindi, irreversibile la condizione in cui l’impresa distrugge ricchezza, quando la vendita atomistica dei singoli *asset* sarebbe più redditizia della vendita dell’azienda. Si può affermare senza dubbio che il comportamento della banca che finanzia un’impresa che si trovi in un simile stato di “necrosi” è rilevante ai fini dell’art.2043 c.c.

In primo luogo, il finanziamento non potrà portare l’impresa ad emergere dalla situazione di *default* (che è ormai irrecuperabile); in secondo luogo, il nuovo credito condurrà ad almeno due conseguenze dannose – ritardare la pronuncia di fallimento, e indurre nuovi soggetti a contrarre con l’impresa¹¹⁴ – così allontanando nel tempo il momento in cui i creditori potranno soddisfarsi sul patrimonio residuo¹¹⁵.

La dottrina¹¹⁶ ha da tempo sostenuto che la concessione abusiva del credito sia rinvenibile solo a fronte di un finanziamento ad impresa insolvente, e non in mera crisi; si nota però l’importanza della distinzione proposta nelle pagine precedenti tra insolvenza ex art. 5 l.fall. e insolvenza irreversibile, in forma di “necrosi”. Il rischio che si ravvisa nell’affidarsi al criterio generale di cui all’art. 5 l.fall. è già stato ricordato: si potrebbe giungere a sanzionare come illecito un finanziamento svolto ad un’impresa (insolvente ma recuperabile) che si trovi in una situazione tale da poter accedere ad un concordato preventivo ex art.160, ultimo comma, l.fall. con scopo di recupero.

¹¹⁴ Si ricorda che il credito di cui gode l’impresa sul mercato è uno dei primi e principali elementi rilevanti ai fini della valutazione sull’insolvenza: il terzo che si trovi di fronte ad una proposta contrattuale di un’impresa che gode dei favori delle banche probabilmente sarà indotto a fidarsi della situazione patrimoniale del proponente. Sul tema dell’affidamento si tornerà infra Sezione Seconda, Par. 4.3.

¹¹⁵ Nella Seconda Sezione, Capitolo IV, ci si chiede se il finanziamento diretto ad un soggetto irreversibilmente insolvente possa causare un danno anche per il patrimonio dell’imprenditore finanziato, e se tale danno sia risarcibile ex art. 2043 c.c.

¹¹⁶ F. DI MARZIO, specificamente in 1-2 *sulla fattispecie “concessione abusiva del credito”*, in *B.B.T.C.*, 2009, 3, p. 382. “*Sin dal primo significativo contributo in materia è stata prospettata la tesi secondo cui non la semplice crisi ma soltanto l’irreversibile insolvenza del finanziato può determinare, nel concorso con gli altri elementi rilevanti, la responsabilità per erogazione abusiva di credito*”. Conforme anche A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit.

La nozione di irrecuperabilità della crisi pare dunque necessaria per dettare il fondamento generale della responsabilità della banca nella concessione del credito¹¹⁷. In tal senso milita anche la costante opinione della giurisprudenza francese: in una nota pronunzia della Suprema Corte¹¹⁸ si è sancita la responsabilità del soggetto che finanzia un'impresa dalla situazione finanziaria *irrémediablement compromise*, precisando che il vaglio sull'irreversibilità della crisi è da compiere mediante un'analisi del bilancio e dagli altri documenti contabili e finanziari della società¹¹⁹.

Nelle pagine della Seconda Sezione (Capitolo VI) sarà approfondito il rapporto tra finanziamento della banca e procedure concorsuali alternative al fallimento, e si tornerà sulla discussa configurabilità di un illecito in capo alla banca in caso di concessione di credito ad un soggetto (non irreversibilmente) insolvente, anche in presenza di un piano di risanamento ex art.67 l.fall.

In chiusura del presente paragrafo si vuole accennare un ultimo passaggio: si è detto che la banca risponderà ex art.2043 c.c. (per le ragioni discusse in seguito) in caso di finanziamento all'impresa in crisi irreversibile. Resta però da chiedersi quali oneri di diligenza, di indagine, di cura del merito del credito possano essere richieste al finanziatore.

Ciò che interessa è quindi la *scientia irreversibilitatis*, la conoscenza da parte del finanziatore della sussistenza di una crisi insuperabile.

Non si può riprodurre, a mio avviso, il dibattito in tema di effettiva conoscenza / mera conoscibilità della situazione di irreversibilità, similmente a quanto discusso in tema di art. 67 l.fall. Quello della *scientia decoctionis* è un dibattito tipico della revocatoria: in tema di illecito, in via generale, è rilevante sia la situazione soggettiva di dolo che la situazione soggettiva di colpa, quindi è generalmente impossibile affermare che l'agente "potesse e dovesse conoscere ma non risponde perché non conosceva".

E' chiaro che anche in questo caso occorre un giudizio fondato su presunzioni, e rivolto caso per caso, senza necessario riferimento ad un astratto modello di "buon finanziatore", ma si nota che il livello di diligenza qui richiesto è molto superiore, e anche la relativa prova dev'essere più penetrante.

Ciò in quanto è diverso il contenuto della domanda in giudizio: nel caso dell'art.67 l. fall. la curatela fallimentare chiede sia pronunziata l'inefficacia nei propri confronti dell'atto di disposizione;

¹¹⁷ Anche in giurisprudenza tende ad emergere la distinzione tra insolvenza reversibile e irreversibile (Cass. 27 febbraio 2008 n. 5215, in *Fallimento*, 2008, p. 715).

¹¹⁸ Ch. Comm. Cass. 25 marzo 2003, in *JD*, 2003, 018505.

¹¹⁹ Ch. Comm. Cass. 24 settembre 2002, in *Banque et droit*, 2003, p. 60; Ch. Comm. Cass. 24 settembre 2003, in *Bull. Civ.*, IV, 136, 155.

nel caso della concessione abusiva del credito l'attore richiede un risarcimento del danno: devono sussistere dunque le tutele e i criteri di cui all'art.2043 c.c.¹²⁰.

La banca, sia nel caso dell'art.67 l.fall. che nel caso di una semplice segnalazione alla Centrale dei Rischi, deve svolgere un giudizio prognostico sulla difficoltà non momentanea dell'impresa, sulla sussistenza di una crisi dagli incerti sviluppi. Nel nostro caso invece il finanziatore deve valutare l'irreversibilità della crisi dell'impresa, e quindi svolgere una valutazione più profonda. L'onere di provare la conoscenza dello stato di irreversibilità della crisi cede secondo le regole ordinarie, ed è pertanto a carico dell'attore che richiede il risarcimento del danno ex art. 2043 c.c.

¹²⁰ Sul tema si richiama la disamina degli elementi costitutivi dell'illecito nella Seconda Sezione, Capitolo IV.

CAPITOLO II

IL RUOLO DELLA BANCA

2.1 I SOGGETTI FINANZIATI E LA BANCA IN VESTE DI SOGGETTO FINANZIATORE

Non è possibile trattare di contratti di finanziamento all'impresa in crisi e dei loro potenziali effetti in tema di responsabilità senza rivolgere una preliminare attenzione alle caratteristiche dei soggetti coinvolti nel programma negoziale.

Il lato passivo, concernente il soggetto finanziato, è di facile individuazione: la ricerca prende infatti in considerazione l'impresa – ex art. 2082 c.c. “*è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*”.

Il beneficiario del finanziamento può dunque essere, potenzialmente, sia un imprenditore individuale persona fisica, che una società di persone o di capitali, naturalmente svolgente attività d'impresa ex art. 2247 c.c. Il fatto che il soggetto finanziato sia una società piuttosto che un imprenditore individuale non modifica né i termini dell'insolvenza né i profili rilevanti in tema di diritto fallimentare (ad esempio, di accesso alle procedure c.d. alternative al fallimento, di cui infra) – saranno perciò da considerare, salve le necessarie precisazioni in caso di differenze di disciplina, fattispecie equiparate in tutto il presente lavoro.

Una precisazione relativa al campo d'indagine: non si è presa in considerazione la posizione dei beneficiari di finanziamento i quali non siano soggetti a fallimento (piccoli imprenditori, professionisti, semplici privati). Il tema del finanziamento e del sovraindebitamento di soggetti non fallibili (c.d. consumatori) è stato di recente oggetto di estesa regolamentazione legislativa, con la l.27 gennaio 2012 n. 3, titolata “Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento” (in seguito modificata dall'art.18 D.L. 18 ottobre 2012 n. 179). La nuova normativa ha introdotto regole particolari, che non permettono una facile integrazione ed omogenea trattazione dei

differenti fenomeni di insolvenza d'impresa e sovraindebitamento del consumatore: si necessiterebbe dunque di un approfondimento in sede diversa.

Non altrettanto semplice è la delimitazione del campo d'indagine relativo al soggetto finanziatore, o erogatore del credito.

Con espressione icastica un Autore ha affermato che “*dell'intera attività d'impresa postindustriale il coordinatore e il demiurgo è la Banca*”¹²¹. A maggior ragione all'interno della prospettiva del finanziamento all'impresa in crisi, non si può prescindere dal considerare come centrale, se non unico, punto di riferimento l'operatore bancario.

Se la prassi porta a considerare quale principale soggetto finanziatore la banca, appare necessario rispondere a una pluralità di interrogativi, suscitati dalla particolare condizione soggettiva di queste. Anzitutto, occorre determinare quale sia il ruolo della banca sul mercato, e quali gli scopi perseguiti nell'erogazione del credito. Non meno importante è dare risposta alle successive e connesse domande: “[...] *la banca è soggetta al regime di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale così come previsto dall'ordinamento giuridico? Ad essa si applicano le norme di diritto comune?*”¹²².

La nostra ricerca, come precisato nell'introduzione, è diretta a determinare le possibili ripercussioni in tema di responsabilità che possano discendere dalla conclusione del contratto di finanziamento all'impresa in crisi: è pertanto necessario individuare a quale regime di responsabilità sia sottoposta l'attività bancaria di erogazione del credito.

La risposta a tale quesito non è sempre stata storicamente univoca: per trarre delle conseguenze attuali occorre ripercorrere la storia dell'ordinamento bancario, con particolare riferimento al ruolo che il legislatore italiano ha, di tempo in tempo, conferito all'operatore bancario.

¹²¹ B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *B.B.T.C.*, 2001, p. 265.

¹²² G. LIACE, *La responsabilità civile della banca*, Milano, 2003, p. 1 .

2.2 RUOLO E ATTIVITÀ DELLA BANCA NEL MERCATO: EVOLUZIONE STORICA

Per meglio comprendere cosa significhi, oggi, svolgere attività bancaria, non è possibile prescindere da un inquadramento storico del concetto di banca. In via preliminare, si devono tenere presenti due criticità che sono state oggetto di discussione e di indagine per gli operatori del settore e che a tutt'oggi risultano non del tutto superate:

- 1) anzitutto, in un'ottica qualificatoria, ci si chiede quale criterio discrezionale debba assumersi per definire validamente il concetto di banca: sotto un profilo soggettivo, infatti, potrebbe definirsi come "banca" l'operatore che sia dotato di determinati requisiti organizzativi e di patrimonializzazione, in forza dei quali gli è permesso svolgere una serie di attività individuate dalla legge; secondo una lettura oggettivistica, al contrario, l'operatore che svolge dette determinate attività è qualificabile come "banca"¹²³;
- 2) in secondo luogo è rilevante determinare il ruolo della banca sul mercato, per come concepito dal legislatore: se la banca rivesta una funzione di natura pubblicistica, o sia considerata come un operatore privato.

La rilevanza degli aspetti sopra descritti si rinviene lungo tutto l'iter legislativo di disciplina bancaristica, dall'Unità d'Italia fino ad oggi.

Dal 1865, anno di promulgazione del primo Codice Civile post unitario, fino al 1926, anno in cui vede la luce la prima legge bancaria (R.D.L. 7 settembre 1926 n. 1511 e R.D.L. 6 novembre 1926 n. 1830), vige nell'ordinamento italiano una sostanziale incertezza rispetto al fenomeno creditizio istituzionale; la banca viene assimilata ad una ordinaria impresa commerciale, assoggettata alle norme di diritto comune e l'operazione bancaria è considerata 'commerciale' solo nel caso in cui venga posta in essere da un banchiere. Non può non osservarsi che l'attività bancaria assurge al rango di attività

¹²³ Si ricorda che la risposta a quali effettivamente siano le attività bancarie è oggetto di un dibattito storico. Ad esempio, secondo la famosa definizione, qualificabile come "soggettiva", di R.S. SAYERS, *Modern banking*, Oxford, 1967, p. 1 ss., la banca è l'impresa i cui debiti sono comunemente accettati in pagamento a estinzione d'obbligazioni, è cioè un'istituzione che fornisce liquidità con breve preavviso o a vista.

commerciale – e quindi degna di tutela da parte dell’ordinamento – solo laddove l’agente vanti determinati requisiti operativi¹²⁴.

Con l’introduzione delle specifiche normative di settore del 1926, dal punto di vista normativo, l’attività bancaria comincia ad assumere una propria autonomia, seppur manchi ancora il riconoscimento di una compiuta disciplina dedicata. Parallelamente, dal punto di vista istituzionale, tale autonomia risulta autoimporsi: proprio dell’ultimo trentennio del XIX secolo è lo sviluppo e la distinzione di strutture “specializzate” nell’erogazione di particolari tipologie di credito, che vengono nominativamente riconosciute da specifici provvedimenti speciali¹²⁵.

Ciò che emerge con chiarezza è che, nonostante nel corso dei decenni successivi si sia moltiplicato il numero dei provvedimenti, sempre mancava una disciplina unitaria dell’attività bancaria. Il problema evidenziato in principio di paragrafo permaneva: come qualificare la funzione bancaria? A quale disciplina essa doveva essere sottoposta?

Anche nella fase critica dei grandi crolli bancari¹²⁶, il legislatore, attento al profilo istituzionale, ha mancato di dotare il comparto creditizio di norme specifiche e comuni che potessero validamente regolamentare un’attività così complessa, ma così poco definita. E’ diffuso il convincimento¹²⁷, rispetto a quel periodo, che non vi fosse un’adeguata consapevolezza degli interessi sottesi ad una tutela del pubblico risparmio, mancando ancora una cultura legislativa bancaristica in tal senso.

La svolta si ha con il R.D.L. 12 marzo 1936 n. 375 (così come evolutosi con il D.L. 17 luglio 1937 n. 1400, convertito in legge 7 aprile 1938 n. 636). Detto provvedimento costituisce, unitamente agli altri provvedimenti emanati nella seconda metà degli anni ’80, l’ossatura dell’ordinamento bancario fino all’emanazione del D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

Per ciò che qui concerne – e soprattutto per l’inclinazione che la disciplina bancaristica ha assunto nel corso della sua evoluzione storica – è opportuno tener presente due aspetti.

¹²⁴ Dalla lettura in combinato disposto degli artt. 8 e 177 del Codice del Commercio del 1882 era possibile dedurre che qualora un soggetto avesse svolto, come professione abituale, l’esercizio del credito, sarebbe stato tenuto al deposito, presso il Tribunale del Commercio, una situazione mensile “*esposta secondo il modello stabilito con decreto dell’autorità governativa*”; tuttavia detto obbligo non si differenziava più di tanto da quello a carico di altri imprenditori commerciali esercenti attività che, seppur diverse, venivano considerate comunque di particolare interesse per la produzione nazionale.

¹²⁵ Nascono infatti gli istituti di credito fondiario (l.14 giugno 1866, n. 2983 e T.U. 16 luglio 1905, n. 646), gli istituti di credito agrario (l.21 giugno 1869, n. 5160), il Consorzio diredito per le Opere pubbliche e l’istituto di credito per le imprese di pubblica utilità (R.D.L. 20 maggio 1924, n. 731).

¹²⁶ Ci si riferisce alle vicende di dissesto che hanno investito l’intero panorama bancario italiano negli anni seguenti alla crisi finanziaria degli anni ’20 e ’30; vedansi, per tutte, la Società Bancaria Italiana e la banca Italiana di Sconto.

¹²⁷ Come riferisce R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, Bologna 2007, pp. 38 ss.

In primo luogo si consideri che la c.d. seconda legge bancaria del 1936 viene emanata in tempo di regime, in un'ottica dominata da una concezione corporativistica ed accentratrice, che mette a disposizione dell'autorità governativa – la quale esercitava un forte potere di indirizzo monopolistico – il lato forte della leva del credito. Detto potere di coordinamento e vigilanza non viene più riconosciuto all'esecutivo, a mezzo del Ministero delle Finanze di concerto con la banca centrale, ma direttamente alla Banca d'Italia. Come osserva autorevole dottrina¹²⁸, dato che anche il sistema dei cambi era sottoposto ad un regime di forte controllo, “è facile rendersi conto della fortissima venatura dirigistica che caratterizzava il sistema finanziario italiano alle soglie della seconda guerra mondiale”.

In secondo luogo, la specializzazione bancaria fissata dal legislatore nei provvedimenti '36 - '38, pur finalizzata ad altri intenti, consente di rinvenire una prima qualificazione dell'attività bancaria, quale attività caratterizzata dalle operazioni di “raccolta del risparmio”, a breve, medio e lungo termine.

Osservando la legislazione degli anni Trenta alla ricerca di una definizione dell'attività bancaria si nota che il legislatore ha ritenuto preferibile predisporre una normativa istituzionale, che disciplinasse strutturalmente i soggetti operatori secondo l'attività dagli stessi svolta, invece che regolamentare l'attività operativa in sé e per sé considerata: pur affermando che l'attività bancaria è tipicamente volta alla raccolta del risparmio, non offre una definizione chiara della stessa. Tale incertezza trova conferma anche nel Codice Civile del 1942, il quale, nella sua redazione originaria, sottopone all'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese gli imprenditori che esercitano “un'attività bancaria” (art. 2195, n. 4) e individua in “una banca” una delle arti normalmente o necessariamente presente nei contratti bancari.¹²⁹

Guardando invece al profilo della funzione che il legislatore riconduce all'attività bancaria, si deve notare che la legge bancaria del 1936 all'art. 1 disponeva “*La raccolta del risparmio fra il pubblico e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico regolate dalle norme della presente legge*”.

¹²⁸ Cfr. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 59.

¹²⁹ Ecco dunque che l'incertezza relativamente alla qualificazione dell'attività bancaria permane. La dottrina ha cercato di porre rimedio a detta lacuna attestandosi, nel corso del tempo, su due principali posizioni. Da un lato si è ritenuto che, per dare corso ad un'attività bancaria, si dovessero necessariamente concludere contratti che il codice civile tipizzasse come “bancari”. Osservano alcuni autori (per tutti R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit.) come tale impostazione escludeva molte operazioni che, pur non essendo qualificabili civilisticamente come contratti bancari, si traducevano in “esercizio del credito” (carattere tipico, quest'ultimo, di un'attività sicuramente bancaria). Da un altro lato, si considerava bancaria l'operazione che venisse tradotta sul piano giuridico come “intermediazione del credito”. Tale ultima impostazione è apparsa la più condivisibile seppur con profili di criticità. Infatti non può negarsi che la banca, tipicamente, possa operare realizzare mobilitazione del credito solo attraverso la trasformazione del risparmio raccolto in valori positivi di reinvestimento. In conclusione, appare evidente come la definizione di attività bancaria non possa limitarsi ad un solo aspetto della stessa, la quale ha, di per sé, natura assolutamente complessa.

L'art. 28 della stessa legge prevedeva che l'attività bancaria fosse soggetta ad un rigido regime autorizzativo, che dalla dottrina dell'epoca era ritenuto di natura concessoria, vista la discrezionalità della valutazione richiesta alla Banca d'Italia¹³⁰.

Da tali presupposti normativi consegue che il legislatore storico ha voluto rivestire l'attività bancaria di un particolare significato, configurandola come un servizio pubblico, diretto perciò alla realizzazione di finalità di ordine pubblicistico.

In quest'ottica, per i fini che rilevano nella presente ricerca, anche la semplice operazione di finanziamento era coperta dallo schermo del pubblico interesse: l'esercizio del credito non era letto come svolgimento di un'attività imprenditoriale, e dunque era almeno parzialmente estraneo alla disciplina civilistica del tempo.

Il legislatore riteneva infatti che l'attività di finanziamento non potesse essere caratterizzata dai principi di equilibrio e parità di trattamento che fondano la contrattazione privatistica: l'erogazione del credito in tale prospettiva era vista come operazione di rischio, poiché necessariamente diretta a tutti i consociati. La banca, secondo le regole del tempo, pur essendo soggetta ad alti standard di diligenza e di controllo, aveva il compito di raccogliere il risparmio e finanziare: rientrava nei suoi compiti anche il sostegno all'impresa in difficoltà.

Soffermandosi dunque sulle conseguenze in tema di responsabilità della banca per erogazione di finanziamento, dalla disciplina previgente si può facilmente desumere un "*clima ostile al riconoscimento della responsabilità per cattiva gestione del credito*"¹³¹.

Sia la giurisprudenza che la dottrina tradizionale, ragionando sull'esercizio di un'attività di pubblico interesse, non vedevano spazi per l'affermazione di potenziali illeciti extracontrattuali: ciò in quanto la definizione dell'art. 1 legge bancaria portava a riconoscere una scala di valori in cui al primo posto era saldamente ancorata la tutela del risparmio e l'erogazione del credito (interesse pubblicistico) e solo in subordine potevano assumere significato e rilevanza gli interessi soggettivi dei privati, clienti del banchiere, che vedevano i loro diritti naturalmente subordinati all'interesse collettivo imposto dal legislatore.

Per far luce sulla sensibilità giuridica del tempo, si ricordano quattro opinioni relative alla possibilità di identificare una responsabilità della banca per cattiva erogazione del credito:

¹³⁰ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 52 nota 2); A. CASTIELLO D'ANTONIO, *L'attività bancaria nell'evoluzione della giurisprudenza*, in *Quaderni di ec. e cred.*, 1, 1989.

¹³¹ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 52.

- non si potrebbe configurare responsabilità, perché si porrebbe a carico della banca un rischio non suscettibile di accertamento preventivo¹³²;
- sarebbe inefficiente stabilire una responsabilità in quanto si graverebbe le banche di una perdita patrimoniale ulteriore rispetto a quella (fisiologica) derivante dall'inadempimento, e ciò susciterebbe “*pericoli per la loro solvibilità, e quindi per la massa dei risparmiatori*”¹³³;
- la responsabilità frenerebbe un interesse pubblico, quello cioè che le banche sovvenzionino imprese in difficoltà: si impedirebbe o si renderebbe più oneroso, in altre parole, l'esercizio della loro fisiologica funzione di supplenza economica¹³⁴;
- la responsabilità non sarebbe mai affermabile in caso di osservanza dei vincoli e delle cautele imposte dall'ordinamento creditizio: si assisterebbe sostanzialmente ad una forma di esenzione per giusta causa¹³⁵.

Questa struttura di pensiero è stata a suo tempo fortemente avversata dalla dottrina più lungimirante, che criticava “*l'elastica ma robusta rete di protezione*” che tutelava l'ordinamento bancario¹³⁶ e la conseguente “*minimizzazione*”¹³⁷ della responsabilità civile degli istituti di credito. Addirittura si legge, nelle pagine del primo Autore che si è occupato di finanziamenti abusivi in Italia¹³⁸, che l’“*estrema sinteticità della disciplina legale [...] ha [...] deliberatamente favorito la formazione di un diritto bancario saldamente imperniato sulla difesa ad oltranza delle prerogative della banca. Ma alla quale hanno contribuito, ciascuna per sua parte, dottrina e giurisprudenza, sostenendo e convalidando, in via di massima, tutti quei meccanismi eufemisticamente definibili di «autotutela» che la fertile inventiva degli operatori bancari ha saputo escogitare [...]*”.

Gli autori, guardando alle esperienze europee di *civil law*, osservavano un'operazione ermeneutica esattamente contraria a quella italiana: in Francia, ove si riteneva l'attività bancaria di

¹³² A. BORGIOLO, *Responsabilità della banca per concessione “abusiva” del credito?*, in *Giur. Comm.*, 1981, 1, p. 299; C. M. PRATIS, *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione “abusiva” di credito?*, in *Giur. Comm.*, 1982, 1, p. 841.

¹³³ N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. Dir. Civile* diretto da VASSALLI, VIII, Torino, 1983, p. 253.

¹³⁴ C. M. PRATIS, *Responsabilità extracontrattuale.*, cit., p. 842 – tale necessità deriverebbe dal persistente squilibrio nelle imprese italiane tra capitale di rischio e capitale di credito.

¹³⁵ F. MARTORANO, *Insolvenza dell'impresa e revoca del fido bancario*, in *Fallimento*, 1985, p. 255.

¹³⁶ A. NIGRO, *La responsabilità della banca*, cit., p. 310.

¹³⁷ F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, cit., p. 2.

¹³⁸ A. NIGRO, *La responsabilità della banca*, cit., p. 311.

interesse pubblico, si riconosceva – in forza dei superiori interessi tutelati – un irrobustimento delle regole di diligenza loro imposte e un correlativo inasprimento della responsabilità del banchiere¹³⁹.

La prospettiva tradizionale, che ha fondamento nella legge bancaria del 1936, è stata capovolta dall'intervento della Direttiva CEE 77/780 in tema di armonizzazione della legislazione bancaria. La Direttiva ha infatti imposto agli stati membri il principio per cui l'attività bancaria ha natura di attività di impresa.

Le naturali conclusioni di tale innovazione non sono state subito recepite nell'ordinamento italiano: la dottrina¹⁴⁰ ricorda una importante pronuncia della Cassazione Penale a Sezioni Unite nel 1981 che ha affermato che l'attività di erogazione del credito, anche se svolta da un operatore privato, sia un “*pubblico servizio in senso soggettivo*” – con la naturale qualificazione di incaricato di pubblico servizio dell'operatore bancario privato¹⁴¹.

Con l'usuale tempestività, la Direttiva è stata attuata in Italia mediante il D.P.R. 27 giugno 1985 n. 350, il quale all'art. 1 disponeva che l'attività creditizia ha carattere d'impresa, indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano. L'abbandono del riferimento al pubblico interesse ha così permesso una progressiva evoluzione – prima dottrinale e poi normativa.

L'attuale art. 10 co. 1 del T.U.B. (D.L. 1 settembre 1993 n. 385) dispone: “*La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere d'impresa.*” In tal modo non solo è stata precisata e qualificata più correttamente la funzione bancaria, ma è stata suggellata la qualifica soggettiva privatistica dell'operatore bancario. Ciò, come si vedrà nel paragrafo che segue, ha importantissime ricadute in termini di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Si assiste nel tempo ad un procedimento che, con espressione efficace, la dottrina qualifica come “responsabilizzazione e moralizzazione” dell'operato delle banche, alle quali è stata riconosciuta (nel passato recente) un'autonomia e una deresponsabilizzazione che “*raggiunge e supera i limiti della tollerabilità*”¹⁴².

¹³⁹ J.L. RODIER-RIVES LANGE, *Droit bancaire*, Parigi, 1973, p. 82 ss.

¹⁴⁰ VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 53.

¹⁴¹ Cass. Pen. S.U. 10 ottobre 1981 n. 10467, in *Foro it.*, 1981, 2, p. 533, con nota di F. CAPRIGLIONE.

¹⁴² F. DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 151; R. SGROI SANTAGATA, «*Concessione abusiva del credito*» e «*interruzione brutale del credito*»: due casi di responsabilità della banca, in *Dir. Fall.*, 1994, 1, p. 629.

Si è detto¹⁴³ che, per giungere ad affermare la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, si è dovuta superare “l’ideologia della “funzione bancaria” secondo cui l’attività creditizia, siccome considerata di interesse pubblico, doveva giovare di una speciale protezione”.

Con lo stesso art.10 T.U.B. il legislatore recepisce appieno quella concezione unitaria dell’attività bancaria sostenuta dalla dottrina più autorevole¹⁴⁴ secondo cui “raccolta del risparmio” ed “esercizio del credito” devono essere considerate congiuntamente. La più importante novità apportata dal nuovo T.U. è essenzialmente quella di aver spostato il *focus* di osservazione per la qualificazione dei concetti di banca e di attività bancaria in un punto diametralmente opposto: non si tratta più di identificare come “bancaria” l’attività di soggetti che vengono costituiti come “banche” – secondo discipline speciali di settore – bensì vale il contrario, ossia saranno identificati come “banche” quei soggetti che svolgono attività bancaria, così come descritta dal menzionato art. 10¹⁴⁵.

Si procederà nel paragrafo seguente a cercare di differenziare le diverse anime dell’operatore bancario, anche sotto il profilo della sua potenziale responsabilità, proprio alla luce dell’attività che di volta in volta essa si trova a svolgere.

2.3 LA BANCA E LE ATTIVITÀ BANCARIE: NEGOZIAZIONE PRIVATA, ATTIVITÀ RISERVATA E INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

La banca, in ultima analisi, svolge attività d’impresa. Si potrebbe allora azzardare una prima risposta all’interrogativo d’apertura: quale impresa, la banca non è di per sé sottratta alla disciplina civilistica della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

Tale conclusione merita un approfondimento: l’indagine storica non solo ha condotto a determinare con chiarezza il ruolo della banca come operatore sul mercato, ma ha anche permesso di

¹⁴³ F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie “concessione abusiva del credito”*, in *B.B.T.C.*, 2009, 1, p. 382.

¹⁴⁴ Per tutti, W. BIGIAMI, *Il fallimento Giuffrè*, in *Giur. It.*, 1959, 1, 2, p. 354 ss.; V. BUONOCORE, *Postilla in tema di attività bancaria*, in *Giur. Comm.*, 1976, 2, p. 817; G. COTTINO, *Manuale di diritto commerciale*, vol. II, Padova, 1978; A. CRESPI, *Legge bancaria e attività bancaria*, in *For. Pad.*, 1961, 1, p. 492 ss.; G. MINERVINI, *Banca, attività bancaria e contratti bancari*, in *B.B.T.C.*, 1962, 1, p. 315 ss.; A. CRESPI, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972, *passim*.

¹⁴⁵ Ciò peraltro in linea con l’orientamento europeo dato dalla Direttiva 77/780, che definiva “ente creditizio un’impresa la cui attività consiste nel ricevere depositi o altri fondi rimborsabili e nel concedere crediti per proprio conto”.

definire diversi ambiti in cui la banca stessa svolge le sue competenze – in parte libere, in parte c.d. riservate ed in parte concorrenti con altri operatori finanziari.

A. NEGOZIAZIONE PRIVATA

La banca-imprenditore può trovarsi a stipulare negozi giuridici nei quali è solo parte occasionale del rapporto giuridico, ed il vincolo negoziale è indipendente dalla qualità soggettiva della banca stessa. Si tratta, in altre parole, di contratti di diritto comune, in cui la banca è coinvolta a prescindere dalla sua qualità di operatore specializzato nella raccolta del risparmio e nell'erogazione di credito¹⁴⁶.

Si possono portare ad esempio il contratto di acquisto o locazione di locali che la banca voglia adibire a filiale, o il contratto con il quale la banca si procura l'opera di una società di pulizie o la fornitura di elettricità. In queste ipotesi, che rivestono una parte economicamente non insignificante della contrattazione della banca, non si assiste alla stipulazione di contratti bancari, né all'esercizio di attività riservate: essa è infatti semplice impresa, e come tale soggetta alle regole generali dettate dal codice civile e dalle normative speciali per il tipo contrattuale prescelto. Vi è dunque applicazione del principio dell'autonomia negoziale, e la banca naturalmente, quale operatore economico razionale, avrà diritto di perseguire il suo interesse egoistico soggettivo, anche a detrimento delle controparti contrattuali. L'impresa qui non svolge attività bancaria, ed è soggetta alle regole del libero mercato.

B. ATTIVITÀ RISERVATA

Ben più articolata è la disciplina delle ipotesi in cui l'impresa eserciti attività specializzate. Si è anzi accennato all'art.10 T.U.B., che al comma primo qualifica come attività principale riservata all'operatore bancario “*la raccolta del risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito*”. Questa attività è definita per legge “bancaria”. Lo stesso articolo, nel suo terzo comma, permette alla banca l'esercizio di “*ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali*” salve le riserve di attività previste per legge.

Pare dunque opportuno distinguere tra le diverse fattispecie di cui all'art.10 co. 1 e co. 3 T.U.B. allo scopo di determinare se sussistano particolari forme di responsabilità connesse allo svolgimento di queste attività.

¹⁴⁶ G. CAVALLI - M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, Seconda Edizione, Torino, 2011, p. 10.

Quanto all'attività di cui al primo comma dell'art.10 T.U.B., è anzi tutto da menzionare la stretta correlazione tra la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'erogazione del credito: *“la banca, proprio attraverso l'attività di esercizio del credito, viene a mettersi nella condizione di poter sempre restituire le somme raccolte”*¹⁴⁷ in quanto l'attività di finanziamento permette l'economicità e l'efficienza dell'attività di raccolta stessa.

Ci si deve interrogare sui limiti entro i quali l'attività prevalente e riservata debba essere svolta. Viene immediatamente in rilievo un'altra regola di grande portata per l'attuale ordinamento bancario, l'art. 5 T.U.B. Detta norma 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 mercato”*. Disciplinando l'attività di controllo sulle banche, il legislatore dichiara come obiettivo finale che queste ultime erogino il credito e raccolgano il risparmio secondo modalità prudenti e sane, così da beneficiare la sicurezza e l'efficienza del mercato.

E' naturalmente dibattuto cosa si debba intendere per *“sana e prudente gestione”*, e se tale clausola generale possa sostanziarsi in significati univoci¹⁴⁸.

La stessa Banca d'Italia¹⁴⁹ ha affermato che il concetto di sana e prudente gestione può concretizzarsi con riferimento al grado di avversione al rischio dei soggetti vigilati. Accettare regole (contrattuali) che facoltizzino i soggetti vigilati a scaricare ogni rischio sul mercato conduce gli stessi ad una gestione imprudente e spericolata – che genera elevati costi transattivi e fallimenti di mercato. Si ritrovano in materia dei principi economici paralleli a quelli che in società di persone impongono un legame indissolubile tra rischio e potere di gestione¹⁵⁰. In altre parole, l'attività bancaria dev'essere efficiente: l'ordinamento permette il profitto dell'operatore specializzato, ma solo a fronte di assunzione di un rischio bilanciato in un'ottica economica e con attenzione al mercato.

Il rischio dev'essere ragionevole sul piano sistematico (quindi anche astratto-matematico), controllabile dall'intermediario che lo assume e dai soggetti che operano la vigilanza sullo stesso, e idoneamente conoscibile ai terzi.

Altro punto sottolineato dalla Banca d'Italia è il concetto di correttezza cui è tenuto l'operatore bancario in forza della clausola generale contenuta nell'art. 5 T.U.B. in commento. Nonostante l'uso

¹⁴⁷ B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, cit., p. 265.

¹⁴⁸ M. PORZIO (a cura di), *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2010, p. 47 ss.; E. GALANTI, *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 489 ss.

¹⁴⁹ BANCA D'ITALIA, *Relazione Annuale sul 1993*, Roma, 1994.

¹⁵⁰ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale II, Diritto delle società*, Settima Edizione, Torino, 2009, p. 80 ss.

dello stesso termine linguistico, non si deve confondere tale obbligo con quello disciplinato in tema di obbligazioni nel codice civile (1175 c.c.).

Nota la dottrina che tale correttezza è implicitamente riferita al rapporto tra il singolo istituto bancario e le banche concorrenti. La normativa di settore, che fa perno sull'art. 5 T.U.B., disciplina rapporti "interni", e detta regole di comportamento dirette alle banche e volte alla protezione dell'interesse generale del mercato.

Non si può tralasciare, nonostante non sia compiutamente esplorabile in questa sede, un riferimento alle predette regole di settore, informate ai principi di cui all'art. 5 T.U.B. di fonte legale e convenzionale, che disciplinano l'attività bancaria (cioè l'attività di raccolta del risparmio ed erogazione di credito).

In particolare, sono definiti "*organismi pubblici preposti al settore bancario*", aventi natura politico – amministrativa, il Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio (CICR), il Ministro dell'Economia e delle Finanze e la Banca d'Italia.¹⁵¹ Tali autorità creditizie hanno, tra gli altri, poteri di regolamentazione e di istruzione:

- il Ministero dell'Economia e delle Finanze "determina con regolamento" i requisiti di onorabilità e di professionalità dei soci e degli esponenti aziendali delle banche, e determina e limita gli interventi del Fondo Interbancario di garanzia;
- il CICR ha ampia competenza deliberativa, anche di carattere normativo (art.11, 12, 17, 19, 27, 38, 40, 53, 55, 60, 61, 67, 107, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 125, 127, 128bis, 129 T.U.B.). Particolare rilevanza per il tema del finanziamento rivestono:
 - La deliberazione CICR 9 febbraio 2000 in tema di corrispondenza tra periodi di corresponsione dei tassi attivi e passivi;
 - La deliberazione CICR 4 marzo 2003, in tema di trasparenza e disciplina delle condizioni e servizi contrattuali, come modificato con decreto 3 febbraio 2011 del Ministero dell'Economia e delle Finanze (con riguardo ai contratti di credito con i consumatori);
- la Banca d'Italia oltre a formulare le proposte per le deliberazioni CICR, "*emana regolamenti, nei casi previsti alla legge, impartisce istruzioni e adotta i provvedimenti di carattere particolare di sua competenza*" ex art. 4 co. 1 T.U.B.¹⁵². Nella specie, ha assunto un ruolo determinante la

¹⁵¹ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, Quinta edizione, 2012, p. 97 ss.

¹⁵² Si ricorda che l'art.117 T.U.B. riserva alla Banca d'Italia il potere di prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi abbiano un contenuto tipico determinato a pena di nullità. Ciò è applicato in concreto, però, solo prendendo in considerazione le clausole c.d. economiche,

circolare n. 229 del 21 aprile 1999, ovvero le c.d. “Istruzioni della Banca d’Italia per le banche” – come nel tempo aggiornate e modificate¹⁵³. Viene in rilievo, in tema di concessione abusiva del credito, quella parte delle Istruzioni emanate dalla Banca d’Italia in materia di trasparenza che impone alle banche di adottare procedure interne volte ad assicurare che *«il cliente non sia indirizzato verso prodotti evidentemente inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie»*¹⁵⁴; si desume che se, come vedremo, la banca non può dirsi tenuta a fare l’interesse del cliente, individuando le operazioni in assoluto più favorevoli, d’altro lato la stessa *“ha il dovere di proteggere il partner contrattuale dal compimento di operazioni di carattere «suicida»”*¹⁵⁵. Secondo le stesse parole della Banca d’Italia la regola in esame non richiede *“agli intermediari di assicurare assistenza al cliente fino al punto di individuare, in ogni caso, l’offerta più adeguata, bensì di adottare procedure organizzative che evitino modalità di commercializzazione oggettivamente idonee a indurre il cliente a selezionare prodotti manifestamente non adatti”*. Sul tema si tornerà nella Seconda Sezione, al Capitolo V, nell’approfondimento delle diverse sfaccettature della responsabilità della banca per finanziamento abusivo.

Altra funzione di centrale rilevanza della Banca d’Italia, ex art.144 T.U.B., è quella sanzionatoria, per ipotesi di violazione di norme interne del T.U.B. e per *“violazione di disposizioni generali o particolari impartite dalle autorità creditizie”*¹⁵⁶.

Si segnala poi il ruolo dell’ABI (Associazione Bancaria Italiana), la quale, a partire dagli anni Novanta, ha offerto una regolamentazione delle operazioni bancarie mediante le c.d. Norme Uniformi Bancarie (NBU), ovvero condizioni generali di contratto, standardizzate, idonee e offerte per l’uso a tutte le banche. La forza di tale regolamentazione interna è andata indebolendosi nel corso del tempo, poiché più volte detta disciplina è stata ritenuta illegittima, o troppo gravosa per i clienti, e quindi non applicabile. All’oggi la stessa ABI (circolare 25 febbraio 2005 n. LG/000906) ha dichiarato che *“detti schemi costituiscono pur sempre una mera traccia, priva di ogni valore vincolante o di raccomandazione, di cui ciascun intermediario potrà valersi o meno ed ai quali potrà apportare tutte le*

quali i tassi, i prezzi, i costi e gli oneri connessi al contratto bancario: F. GIORGIANNI - C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Terza edizione, Milano, 2012 p. 395.

¹⁵³ F. GIORGIANNI - C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, cit., p. 111 ss.

¹⁵⁴ Sezione XI delle Istruzioni in tema di Trasparenza, all’interno del par. 2° dedicato alle “Procedure Interne”.

¹⁵⁵ U. MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del cliente: est modus in rebus*, in *BBTC*, 2014, 2, p. 141 ss.

¹⁵⁶ Sul punto M. FRATTINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.

modifiche ritenute opportune” – per altro dichiarando alcuni NBU incompatibili con i più moderni principi della concorrenza e della correttezza¹⁵⁷.

Si deve evidenziare la portata della previsione del Protocollo d’intesa del 24 maggio 2000 sottoscritto dall’ABI con diverse Associazioni dei Consumatori, in base al quale (art. 1): *“nei rapporti con la clientela, la banca è tenuta ad osservare criteri di diligenza adeguati alla sua condizione professionale ed alla natura dell’attività svolta, in conformità a quanto previsto dall’art.1176 c.c.”*.¹⁵⁸

Sempre con riferimento alla normativa interna, non si può non accennare all’importanza della Centrale Rischi, istituita nel 1962 e operativa dal 1964, la quale ha il compito istituzionale di fornire al sistema finanziario informazioni sulla posizione creditizia dei clienti che ricorrono al credito. Ogni intermediario comunica mensilmente alla Centrale Rischi il totale dei crediti verso i propri clienti, con riferimento ai crediti di importo superiore ad euro 30.000,00 (trentamila) e a tutti i crediti c.d. in sofferenza. In tal modo la banca ha la facoltà e l’onere, prima di concedere finanziamenti, di informarsi presso la Centrale Rischi sulla condizione economica e la condizione degli affidamenti del potenziale cliente.¹⁵⁹ La stessa Banca d’Italia sostiene che l’obiettivo dell’istituzione sia *“favorire l’accesso al credito per la clientela meritevole”*.¹⁶⁰

La dottrina¹⁶¹ nota come, anche per mezzo di strumenti quali la Centrale Rischi, la banca sia naturalmente in una situazione economica di prevalenza sulle controparti contrattuali, in quanto dotata di un novero di informazioni molto superiore: è un chiaro esempio di asimmetria informativa¹⁶², in tal caso voluta e prevista dalla legge.

In conclusione si può affermare che, all’oggi, sussiste una forte strutturazione normativa interna al settore bancario. Questa si declina in un vasto numero di regole, controlli e discipline, che caratterizzano o dovrebbero caratterizzare l’attività bancaria. In caso di loro violazione, sussistono, al fianco della normativa civilistica, regole di settore che impongono responsabilità amministrative alle banche, e controlli specifici operati dalla Banca d’Italia.

¹⁵⁷ F. GIORGIANNI - C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, cit., p. 388 ss.

¹⁵⁸ In “Circolari Abi 26 giugno 2000”, reperibile in fe.abi.it.

¹⁵⁹ E. CENDERELLI, *Principi di economia della banca*, Torino, 2007.

¹⁶⁰ Sic: www.bancaditalia.it.

¹⁶¹ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 45.

¹⁶² R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., p. 134 ss.

C. INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

Si deve fare infine riferimento all'attività finanziaria, che la banca svolge in concorrenza con altri intermediari abilitati.

Qui si deve sottolineare una netta differenza¹⁶³ tra disciplina di settore bancario e disciplina di settore finanziario: la banca che svolge attività finanziaria infatti è assoggettata, quale "soggetto abilitato" alle regole dell'art. 21 D.L. 24 febbraio 1998 n. 58 (TUF). La normativa speciale, in questo caso, configura nel rapporto tra operatore finanziario e cliente un vincolo qualificabile come mandato, ove l'intermediario è tenuto a rappresentarsi ed a conseguire gli obiettivi del cliente – ciò anche in contrasto con l'interesse proprio.

La norma dell'art. 21 TUF dispone un intricato sistema di regole, tutte dirette alla protezione del cliente dell'intermediario finanziario:

"1. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono:

- a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati;*
- b) acquisire, le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati;*
- c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti;*
- d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività.*

1-bis. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori, le Sim, le imprese di investimento extracomunitarie, le Sgr, le società di gestione armonizzate, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 107 del testo unico bancario, le banche italiane e quelle extracomunitarie:

- a) adottano ogni misura ragionevole per identificare i conflitti di interesse che potrebbero insorgere con il cliente o fra clienti, e li gestiscono, anche adottando idonee misure organizzative, in modo da evitare che incidano negativamente sugli interessi dei clienti;*

¹⁶³ D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 4, 2012, p. 730 ss.

b) informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse quando le misure adottate ai sensi della lettera a) non sono sufficienti per assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato;

c) svolgono una gestione indipendente, sana e prudente e adottano misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.

2. Nello svolgimento dei servizi le imprese di investimento, le banche e le società di gestione del risparmio possono, previo consenso scritto, agire in nome proprio e per conto del cliente.”

La norma, nel comma 2 alla lettera c) fa a sua volta riferimento, come l’art. 5 T.U.B., a criteri di “gestione indipendente, sana e prudente”, ma si deve sottolineare che, per la lettera della legge, ciò è connaturato all’obiettivo di salvaguardare “i diritti dei clienti sui beni affidati”.

Si può dunque così riassumere la doppia anima del discusso principio di sana e prudente gestione¹⁶⁴:

- quando l’impresa svolge attività bancaria ex art. 10 co. 1 T.U.B., la sana e prudente gestione ha rilievo interno, e dunque deve conformare il comportamento della banca portandola ad assumere rischi equilibrati e ragionevoli in un’ottica di mercato;
- quando l’impresa svolge attività finanziaria ex art. 10 co. 3 T.U.B. e art. 21 TUF, essa deve tutelare il cliente e perseguire i suoi interessi, informarlo compiutamente ed operare una sana e prudente gestione nell’interesse del cliente.

E’ chiaro che la prima prospettiva non pone in discussione la sussistenza di una propensione che in *common law* è definita come “*adversarial ethic*”: la banca che finanzia è imprenditore e quindi, nei limiti delle norme di settore, ha diritto e dovere di perseguire il suo profitto soggettivo. Nel secondo caso, trattandosi di un rapporto di fiducia e di mandato, la legge stessa impone una “*cooperative ethic*”, e dunque un obbligo di attivarsi per la protezione del cliente¹⁶⁵.

Risulta dunque che la banca, nella sua veste di operatore professionale erogatore di finanziamenti, è soggetta a stringenti regole e a varie forme di vigilanza, in base alle leggi speciali. Nel paragrafo che segue ci si chiederà come tali limiti possano influire sulla responsabilità per concessione abusiva del credito – ma prima di concludere la disamina sulle norme del Testo Unico Bancario si impone un’ultima riflessione: un accenno ai c.d. intermediari finanziari non bancari, e al loro potenziale ruolo di finanziatori dell’impresa in crisi.

¹⁶⁴ U. MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del cliente: est modus in rebus*, in *BBTC*, 2014, 2, p. 141 ss.

¹⁶⁵ I.R. BUCHLER - H.G. NUTINI (edited by), *Game theory in the behavioral sciences*, Pittisburgh, 1969.

Prima della riforma intervenuta con il D.Lgs. 13 agosto 2010 n. 141¹⁶⁶ si deve ricordare che il T.U.B. distingueva dalle banche gli intermediari finanziari, e questi ultimi erano a loro volta differenziati in due categorie: gli intermediari iscritti all'Elenco Generale ex art. 106 T.U.B. (precedente versione) e gli intermediari iscritti all'Elenco Speciale ex art. 107 T.U.B. (precedente versione). Nonostante entrambe le tipologie di ente potessero (tra l'altro) esercitare nei confronti del pubblico “*l'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma*” solo gli intermediari iscritti nell'Elenco Speciale¹⁶⁷ erano sottoposti alla vigilanza prudenziale della Banca d'Italia (art. 107 co. 5 T.U.B. precedente versione) e dunque a norme di settore molto simili a quelle dedicate alle banche nella concessione del credito. Gli intermediari iscritti al Registro Generale erano infatti sottoposti semplicemente alla vigilanza informativa dell'U.I.C. (e a vigilanza ispettiva da parte dello stesso ente solo in caso di necessità).¹⁶⁸

La prospettiva è stata sovvertita dal legislatore del 2010, che ha apportato grandi modificazioni alla disciplina degli intermediari non bancari. Anzitutto le norme, come riformate, non prevedono più la differenziazione degli intermediari finanziari non bancari in diverse categorie: oggi tutti questi soggetti devono rispondere alla medesima disciplina (artt. 106 e 107 T.U.B. post d.lgs. 141/2010).

In secondo luogo, come risulta dal primo comma del novellato art. 106 T.U.B. “*L'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti*¹⁶⁹ *sotto qualsiasi forma è riservato agli intermediari finanziari autorizzati, iscritti in un apposito albo tenuto dalla Banca d'Italia*”. Dunque l'attività presa in considerazione dalla nuova normativa è esclusivamente l'erogazione di finanziamenti (in precedenza si consideravano anche le attività di assunzione di partecipazioni e la prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi).

In terzo luogo si deve sottolineare che, mentre la normativa precedente parlava di “iscrizione” a diversi Elenchi tenuti dall'U.I.C., l'attuale disciplina richiede, per l'esercizio delle attività riservate, l'autorizzazione da parte della Banca d'Italia, al ricorrere delle condizioni precisate nell'art. 107 novellato.

¹⁶⁶ Come modificato ad opera dei successivi decreti legislativi n.218 del 2010 e n. 169 del 2012.

¹⁶⁷ L'iscrizione a tale elenco doveva avvenire al ricorrere dei presupposti che il Ministro dell'Economia e delle Finanze, in conformità alle deliberazioni CICR, determinava sulla base di “criteri oggettivi, riferibili all'attività svolta, alla dimensione e al rapporto tra indebitamento e patrimonio” ex art.107 co. 1 T.U.B. precedente versione. Così R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., Quarta Edizione, p. 223.

¹⁶⁸ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., Quarta Edizione, p. 222 e 223.

¹⁶⁹ La normativa non precisa in questo caso cosa si intenda per finanziamento. L'ampissima formulazione permette però di ritenere che almeno alcune delle possibili declinazioni del finanziamento effettuato dagli intermediari finanziari non bancari (esemplificando: leasing, factoring, credito al consumo) possa essere ricompreso nel novero dei comportamenti rilevanti ai fini della concessione abusiva del credito.

L'attuale art. 108 T.U.B., inoltre, sottopone tutti gli intermediari finanziari autorizzati in base agli articoli citati alla vigilanza della Banca d'Italia. La dottrina¹⁷⁰ sottolinea il portato della modifica normativa: da un lato, la sottoposizione all'autorizzazione della Banca d'Italia ex art. 107 significa l'imposizione di un controllo preventivo dei requisiti necessari all'esercizio del credito (e così anche la possibilità di revoca e decadenza previsti nel terzo comma dell'articolo); dall'altro lato, il nuovo art. 108 impone all'intermediario autorizzato il rispetto delle disposizioni generali dettate dall'Autorità di Vigilanza – rinforzando dunque i controlli e la pervasività della vigilanza istituzionale rispetto alla precedente vigilanza, meramente informativa.

In questo ordine di idee si evidenzia “l'evoluzione del modello del nuovo intermediario “unico” verso quello di “quasi” banca”¹⁷¹: l'innalzamento dei requisiti necessari per l'accesso all'erogazione di credito e il rafforzamento dei poteri di vigilanza importano il necessario incremento del livello di professionalità richiesto all'intermediario non bancario che eroghi credito al pubblico.

Per questa ragione, ai fini della presente ricerca, si può sostenere che l'intermediario non bancario sia sottoposto al rischio di concessione abusiva negli stessi termini della banca, stanti gli obblighi di controllo di merito del credito e di sana e prudente gestione (art. 107 T.U.B. comma 2)¹⁷² – nei limiti in cui la sua attività “di finanziamento” alla società insolvente abbia i caratteri propri che analizzeremo nel successivo paragrafo 3.

Le riflessioni precedenti, nelle quali si è tratteggiato sinteticamente il ruolo della banca e dell'intermediario finanziario nell'erogazione del credito e i diversi principi che sottendono all'attività bancaria e all'attività finanziaria, non sono (come già detto) solo dirette a informare sulla cornice normativa in cui si muove il finanziatore quando eroga prestiti all'impresa in crisi.

¹⁷⁰ ASSONIME, *La disciplina degli intermediari finanziari dopo i decreti 13 agosto 2010 n. 141 e 14 dicembre 2010 n. 218 (modifiche al testo unico bancario – Circolare Assonime 11/2011, in Rivista dell Società, 2011, 4, p. 745; R. BRAMATO, Il nuovo art. 106 T.U.B.: l'Intermediario Finanziario Vigilato, in www.dirittobancario.it, Febbraio 2013 p. 1 ss.; L. PERFETTI in Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, diretto da F. CAMPIGLIONE, Tomo Terzo, Padova, 2012, p. 1397 ss.; G. DE GENNARO, Impatto delle modifiche introdotte dal d.lgs.141/2010 sui soggetti operanti nel settore finanziario. I contratti di credito ai consumatori e le modifiche al titolo V del T.U.B. in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, in Magistra Banca e Fiananza – www.tidona.com – 5 novembre 2010; F. CAPRIGLIONE, Holding di partecipazione e nuova regolazione degli intermediari finanziari, in Banca Borsa Titoli di Credito 2011, 2, p. 196; R. COSTI, L'ordinamento bancario, cit., Quinta Edizione.*

¹⁷¹ R. BRAMATO, *Il nuovo art. 106 T.U.B.: l'Intermediario Finanziario Vigilato*, cit. p. 13.

¹⁷² La dottrina non si è frequentemente espressa sul punto – ma in senso conforme a quanto espresso A. CARBONE, *The liability of professional underwriters for transfer of corporate bonds issued beyond legal limits*, in *Bocconi school of law*, Novembre 2009, in www.bocconilegalpapers.org, p. 20 ss. che, prima della riforma con il d.lgs. 141/2010, sosteneva la possibile responsabilità degli intermediari finanziari non bancari qualora iscritti nell'elenco di cui all'art.107 T.U.B. in quanto (anche) per questi soggetti l'erogazione del credito “rientra nella gestione caratteristica dell'impresa”.

Invero è necessario interrogarsi sul rilievo civilistico che tali norme possano rivestire: per rispondere alle domande poste in apertura, occorre determinare se la sussistenza di regole di settore che impongono all'operatore certe cautele nell'erogazione del finanziamento, o lo stesso principio di "sana e prudente gestione" di cui all'art. 5 T.U.B., siano idonei a fondare una qualche forma di responsabilità (contrattuale o extracontrattuale), o se siano piuttosto da valutarsi come elementi per determinare il livello di diligenza professionale cui è tenuto l'operatore bancario e l'eventuale grado della colpa.

2.4 LA PROSPETTATA RESPONSABILITÀ DA STATUS DEL BANCHIERE E IL RILIEVO CIVILISTICO DELLE NORME DI SETTORE

Ripercorrendo lo svolgimento dei paragrafi precedenti, si è detto che l'attività bancaria era un tempo considerata "funzione di interesse pubblico": per questa ragione dottrina e giurisprudenza faticavano a riconoscere una responsabilità in capo alla banca nello svolgimento dell'attività di finanziamento.

In seguito, dal d.p.r. 27 giugno 1985 n. 350 e poi con l'introduzione dell'art. 10 T.U.B., è stato normativamente sancito che la banca agisce in veste di impresa nello svolgimento delle attività alla stessa riservate¹⁷³.

Si è poi ricordato che la banca è soggetta a regimi normativi e a livelli di diligenza diversi a seconda che operi come privato, che svolga attività bancaria (con ciò intendendosi raccolta di risparmio tra il pubblico e erogazione di finanziamento) o che svolga attività finanziarie. Si è argomentato che il principio fondamentale di "sana e prudente gestione" di cui all'art. 5 T.U.B., così come il complesso sistema di normative di settore dell'attività bancaria, sono considerate come norme interne, mentre ad esempio quando la banca svolge attività finanziaria ex art. 21 TUF lo stesso concetto di sana e prudente gestione è – per disposizione di legge – rivolto a protezione degli interessi del cliente.

Si è concluso che quando la banca svolge attività finanziaria è tenuta a tenere comportamenti diretti alla tutela del cliente, anche contro il proprio interesse – in contrario quando svolge attività bancaria, pur nel rispetto delle rigorose regole speciali, è libera di perseguire il proprio interesse¹⁷⁴.

Occorre ora dare una veste sistematica alle riflessioni anzi svolte sul ruolo e le attività bancarie.

¹⁷³ *Supra* Par. 2.2 .

¹⁷⁴ *Supra* Par. 2.3 .

Si è detto che il passaggio da concezione pubblicistica a concezione privata dell'impresa bancaria ha prodotto un fenomeno di c.d. responsabilizzazione e moralizzazione – in forza del quale la dottrina e la giurisprudenza hanno iniziato ad “*avvalersi di più rigidi parametri di valutazione del comportamento esigibile dalle banche, [...] con significativi riflessi [...] sul piano della responsabilità civile*”,¹⁷⁵.

Parte della dottrina¹⁷⁶ ha tratto dal concetto di “funzione bancaria” e dal fitto elenco di regole di settore dirette a disciplinare il comportamento della banca sul mercato, la possibilità di configurare in capo alla stessa una responsabilità di natura contrattuale in caso di finanziamento abusivo.

In nuce è stato sostenuto: da alcuni, che tra banca e creditori dell'insolvente si generi un “contatto” tale da generare obblighi di protezione¹⁷⁷ (in assenza di obblighi di prestazione) – c.d. tesi della responsabilità da contatto sociale; da altri che la posizione di preminenza ricoperta dall'operatore bancario, cristallizzato nelle norme di settore, dovrebbe fondare una pretesa contrattuale – c.d. tesi della responsabilità da status¹⁷⁸.

A. GLI ARGOMENTI DELLA RESPONSABILITÀ DA CONTATTO SOCIALE

L'idea della responsabilità da contatto sociale discende dall'approfondimento della dottrina sul tema della responsabilità precontrattuale. L'Autore cui principalmente si deve l'elaborazione teorica in discussione¹⁷⁹ dimostra che, da Jhering in poi, si sono individuati, nell'ambito delle trattative contrattuali, degli obblighi c.d. accessori a carico delle parti impegnate nella negoziazione.

¹⁷⁵ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 60.

¹⁷⁶ C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, 3, p. 679 ss.; G. VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale. Volume 1*, Padova, 2009, p. 336; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007 p. 238 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. It.*, 1995, 4, p. 356 e ID., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *B.B.T.C.*, 1997 p. 655 ss.

¹⁷⁷ F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1342 ss.; ID., voce *Doveri di protezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 227 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus.*, 1976, p. 154; ID., voce “*Obblighi di protezione*” in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, 1990, p. 1 ss.; A. GAMBARO, *Gli effetti del contratto rispetto ai terzi*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del IV Congresso Internazionale ARISTEC*. Roma 13-16 settembre 1999, a cura di L. VACCA, Torino, 2001, p. 340.

¹⁷⁸ Tra i più recenti commenti, in dottrina, G. RONGA, *Le varie ipotesi di responsabilità cosiddetta da "contatto sociale"*, in VIOLA L. (a cura di), *La responsabilità civile ed il danno*, Vol. 1, Macerata, 2007, pag. 90; S. ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile, Appendice di aggiornamento V*, Torino, 2010, p. 346 ss.

Si ricorda che un tipo di responsabilità “da contatto” della banca è stata ammessa in giurisprudenza con riferimento alla fattispecie del pagamento dell'assegno non trasferibile a persona diversa da quella del beneficiario: Cass. S.U. 26 giugno 2007 n. 14712, in www.personaedanno.it.

¹⁷⁹ C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, 3, p. 679 ss.

Tali obblighi non possono davvero essere ritenuti accessori al contratto, in quanto gli stessi persistono anche nel caso in cui il negozio non sia stipulato o sia invalido (naturalmente, nessun obbligo accessorio può trovar fonte in un contratto nullo o inesistente perché non stipulato).

Allora si deve affermare che fonte di tali obblighi è l'affidamento insorgente dal caso concreto, “*al quale il principio di buona fede è in grado di connettere obblighi la cui osservanza ha funzione di conservare la sfera giuridica dell'altra parte*”¹⁸⁰.

Si è dunque in presenza di c.d. “obbligazioni senza prestazione”, cioè di vincoli che impegnano il debitore ma che non modificano la sua sfera giuridica sino al punto da costringerlo ad un certo comportamento determinato (di fare, di dare, o di astenersi).

Da questa prospettiva teorica, maturata nell'ambito della *culpa in contrahendo*, la dottrina ha ritenuto di poter desumere che, in ogni caso in cui si generi un affidamento incolpevole a fronte della sussistenza di un dovere di buona fede, possano sorgere obbligazioni senza prestazione – in forza di una situazione di contatto.

Discussa è non solo la configurabilità di tali obblighi discendenti dall'affidamento, ma anche la loro collocazione sistematica. La dottrina discorre di “zona grigia”¹⁸¹ tra responsabilità contrattuale e aquiliana, non essendo chiaro, né in alcun modo previsto dalla legge, se tali obblighi fondino una pretesa contrattuale o extracontrattuale. I sostenitori dell'opinione in discussione propendono per applicare, a tali obbligazioni, la disciplina della responsabilità contrattuale, poiché ammettere ex 2043 c.c. “*la violazione del patrimonio come tale equivarrebbe al ristoro generalizzato di qualunque perdita patrimoniale, ponendo un problema mai risolto di limiti*”¹⁸².

Sulla bontà della ricostruzione dogmatica qui riportata non si discute, nell'economia del presente lavoro, almeno nella misura in cui gli obblighi discendenti dall'affidamento sorgano con effetti relativi, cioè tra i soli soggetti coinvolti nel contratto, nella trattativa, o nel “contatto”.

In contrario si deve sottolineare la portata più rilevante delle diverse tesi ricondotte sotto il nome di “responsabilità da contatto sociale” o di “obbligazione senza prestazione”: si vorrebbe affermare anche una potenziale responsabilità nei confronti di soggetti terzi, estranei al rapporto di base.

¹⁸⁰ C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit.

¹⁸¹ A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, Milano, 2012, p. 1 ss.

¹⁸² C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 683 ss. Nonostante non si condivida la tesi in oggetto, per le ragioni che seguono, si segnala il particolare acume espresso nel frammento citato: il problema dei limiti alla configurabilità della responsabilità extracontrattuale, e l'importanza nell'identificazione di un bene giuridico meritevole di tutela oggetto di danno sono il centro della discussione di cui al seguente Capitolo IV nella Seconda Sezione.

Il concetto sotteso alle elaborazioni dogmatiche si può così sintetizzare: il contratto, o il rapporto giuridico tra due soggetti, può avere degli effetti e delle ripercussioni su soggetti ad esso estranei. Può sussistere dunque un obbligo c.d. di protezione a carico dei contraenti, che sono obbligati, per il principio dell'affidamento, a tutelare anche le posizioni giuridiche dei soggetti a loro più prossimi che verrebbero coinvolti negli effetti indiretti del rapporto giuridico.

Un primo aspetto controverso, sottolineato dalla dottrina anche in Germania,¹⁸³ è quali siano i terzi beneficiari di questo dovere di protezione, e dunque fino a che punto sia esteso lo scudo che le parti devono ergere a protezione di soggetti estranei al loro vincolo giuridico (di qui l'ironica distinzione tra il terzo "passante" ed il terzo "investito" dall'obbligazione).

Altro aspetto, che qui preme maggiormente considerare, è in forza di quale regola di legge o di quale principio un simile obbligo di protezione possa essere postulato.

E' stato sostenuto che l'obbligazione sorgerebbe in forza del dovere di buona fede cui le parti sono tenute non solo tra di loro nelle trattative e nell'esecuzione del contratto, bensì anche verso terzi¹⁸⁴. Si estenderebbe dunque la teoria del "contatto sociale" sino a ricomprendere, nella fattispecie qui discussa, un dovere di protezione, in capo alla banca, a favore dei creditori dell'impresa finanziata. Ciò, come detto, in base ad un'estensione dei doveri di solidarietà sociale e buona fede – cui è tenuto il contraente – anche nei confronti di soggetti "prossimi" al contratto, quali appunto sono i creditori dell'imprenditore finanziato.

A confutazione si può argomentare che il dovere di correttezza e buona fede sussiste ed è recepito dall'ordinamento positivo in più di un punto (artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.) – ma che non può essere idoneo a fondare una responsabilità di natura contrattuale verso soggetti terzi rispetto al negozio. Si deve infatti ricordare il principio cristallizzato nell'art.1372 c.c., in base al quale il contratto "*non produce effetti rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge*".¹⁸⁵ La buona fede (in senso oggettivo) è principio del diritto dei contratti: il legislatore, quando ha voluto estendere tale dovere ad un momento precedente alla formazione del vincolo negoziale lo ha espressamente sancito: in ambito di trattative, all'art.1337 c.c. Ogni ulteriore estensione dei doveri di correttezza al di fuori del contratto dev'essere giustificata

¹⁸³ C.W. CANARIS, *Anspruche wegen "positive Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung fur dritte"*, in *Juristenzeitung*, 1965, p. 475 ss *contra* M. MAGGIOLLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 56; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Terza Edizione, Milano, 2006, p. 545 ss.

¹⁸⁴ C. W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 822 ss.

¹⁸⁵ Sul punto C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus.*, 1976, p. 138.

normativamente, non potendosi ritenere sufficiente a tale fine la semplice elaborazione dell'interprete e della giurisprudenza¹⁸⁶.

Anche il richiamo alla solidarietà sociale non può essere accettato, in questa sede¹⁸⁷: il principio costituzionale di cui all'art.2 Cost. non si reputa¹⁸⁸ sufficiente, di per sé solo, a fondare un dovere di protezione verso la generalità dei terzi. Anzitutto, come anzi accennato, non sarebbe possibile delimitarne la portata, essendo il principio diretto, indistintamente, verso la generalità dei consociati. In secondo luogo appare che, nelle intenzioni del legislatore costituzionale, l'elaborazione delle prime norme della Carta (ad esempio ed in particolare gli artt. 2 e 3 Cost.) non è stata diretta a fondare obblighi di diritto positivo, ma principi cui primariamente lo stesso legislatore ordinario deve attenersi¹⁸⁹.

Deve, sotto questo punto di vista, concludersi che la pattuizione contrattuale che danneggia in via diretta il terzo, è fonte, per i danneggiati, di responsabilità extracontrattuale, dove ricorrano i presupposti di cui all'art.2043 c.c.

Non sussisterebbe in tal caso alcuna responsabilità da contatto, non potendosi ravvisare i presupposti di tale dogmatica, bensì una declinazione della tanto avversata responsabilità aquiliana.

B. L'IPOTESI DELLA RESPONSABILITÀ DA STATUS DELLA BANCA

Secondo altro orientamento¹⁹⁰, l'obbligazione senza prestazione sorgerebbe nel caso del finanziamento abusivo in virtù di norme di legge che sanciscono il dovere di protezione, connesso allo status del banchiere.

¹⁸⁶ F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2014, 1, p. 109 ss. il quale afferma che i doveri di protezione "hanno lo scopo di proteggere le persone ed i beni delle parti da pericoli di danno connessi con tale esecuzione; la loro esistenza, quindi, fa sì che l'obbligazione abbia una struttura complessa nella quale essi si collocano accanto, e non dentro l'obbligo principale di prestazione", ma ricorda che è "necessario precisare quale sia il contenuto che rende questa relazione capace di produrre in capo ai soggetti un vero e proprio dovere reciproco di protezione. Se è vero che la forma giuridica (il tipo di tutela) deve adeguarsi alla sostanza (il tipo di rapporto che tale tutela richiede), occorre pur previamente definire la sostanza cui la forma deve adeguarsi, ed a tal fine forse non basta il riferimento alla categoria, puramente logica, della relazione". Pertanto "è necessario argomentare su basi normative che un "contatto sociale" di un certo tipo sia fonte di un'obbligazione".

¹⁸⁷ Simili argomentazioni saranno ripercorse, nella Seconda Sezione, Capitolo IV, in riferimento ad un'autorevole opinione sul tema dell'ingiustizia del danno.

¹⁸⁸ Sul punto F. FESTI, *Buona fede e frazionamento del credito in più azioni giudiziarie*, in *Danno e Responsabilità*, 2008, 10, p. 998 ss.

¹⁸⁹ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., Tomo Secondo, p. 79: i costituenti "credevano certo di rivolgersi al legislatore ordinario, più che ai privati".

¹⁹⁰ L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007 p. 238 ss.; A. SCARPA - G. FORTUNATO, *Banche e responsabilità civile*, Milano, 2008, p. 9; C. SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. It.*, 1995, 4, p. 356 e ID., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *B.B.T.C.* 1997 p. 655 ss.

In particolare i contraenti sarebbero tenuti a proteggere i terzi dagli effetti potenziali dei loro contratti qualora, per la posizione giuridica che l'ordinamento attribuisce loro mediante specifiche regole e norme di diritto, essi siano a ciò tenuti – in questo senso si parla di responsabilità “da status” della banca. Lo “status” sarebbe qui considerato come una “fonte atipica di obbligazioni”¹⁹¹.

In questo punto l'argomentazione, sino ad ora astratta, assume rilievo e sostanza per la ricerca che ci occupa: si potrebbe sostenere che la banca, per lo status professionale che caratterizza il c.d. *bonus argentarius*, e per lo speciale affidamento che il mercato ripone sui comportamenti degli operatori appartenenti al sistema bancario possa essere considerata responsabile per gli effetti che il contratto di finanziamento da essa stipulato con l'impresa irreversibilmente insolvente produce nella sfera giuridica dei terzi.

La responsabilità qui in discussione avrebbe natura contrattuale, in quanto l'affidamento, come anzi detto, genererebbe un'obbligazione senza prestazione, fondata sulla posizione sul mercato della banca e regolata dalle norme della responsabilità ex 1218 c.c.

Nota in particolare un Autore¹⁹²: “*resta da sciogliere il nodo della qualificazione di tali regole di comportamento: se cioè esse si risolvano in meri doveri di condotta, apprezzabili dunque soltanto in termini di enfaticizzazione o radicalizzazione dello standard di diligenza, e la cui violazione darebbe allora luogo ad un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale; ovvero se si possano considerare come obblighi intercorrenti tra sfere giuridiche determinate, suscettibili pertanto di essere fonte di una responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente*”.

Ecco il punto decisivo, sul quale, in base alle lunghe premesse svolte nei precedenti paragrafi, si può tentare di dare risposta.

L'ordinamento italiano disciplina l'attività bancaria ex art. 10 co. 1 T.U.B. sottoponendo l'operatore bancario ad una serie di controlli, requisiti e oneri – che sono stati enunciati sotto il nome di “normativa di settore”.

Tali norme, che si è detto discendere teoricamente dai principi di “sana e prudente gestione” di cui all'art. 5 T.U.B., hanno – per quanto si è detto e qui si ribadisce – un rilievo interno. Non sono state imposte, né sono per il loro contenuto intrinseco idonee, a fondare pretese risarcitorie *ex contractu* del terzo, neanche se vestite con il nome di “responsabilità da status” o “obblighi di protezione”.

¹⁹¹ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 111.

¹⁹² C. SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *B.B.T.C.* 1997 p. 655.

La disciplina, come anzi spiegato, ha infatti lo scopo di regolamentare l'attività bancaria con equilibrio e razionalità, garantendo una concorrenza leale tra le banche e soprattutto l'assunzione di un rischio ragionevole. La direzione dettata dal legislatore è quindi puramente "interna"¹⁹³ – a tutela dell'intera collettività, cioè del mercato¹⁹⁴.

Anche gli aspetti di disciplina che impongono regole concrete (si è fatto l'esempio dell'art. 117 T.U.B.) sono al più dirette a tutela del cliente, e non sembrano fondare un'idonea pretesa contrattuale del terzo – che non è dal legislatore considerato.

Ciò si è potuto apprezzare con chiarezza anche mediante il confronto tra la sana e prudente gestione che si prospetta nell'art. 5 T.U.B. e la sana e prudente gestione imposta alla banca che svolga attività di finanziamento ex art. 21 co. 2 lett. c) TUF: in quest'ultimo caso, infatti, è lo stesso ordinamento a precisare che la banca è tenuta ad agire nell'interesse del cliente, anche a detrimento del proprio utile.

Si nota in dottrina¹⁹⁵ che l'affermazione di obbligazioni contrattuali discendenti da "status" comporta l'affermazione di una responsabilità sostanzialmente oggettiva, estremizzando in senso opposto (si potrebbe dire "alla francese") proprio il preteso ruolo sovraordinato e latamente pubblicistico dell'attività bancaria, dimenticando, o stravolgendo, le conseguenze dell'evoluzione della normativa bancaria anzi espresse.

Ciò comporterebbe per altro, sotto un profilo economico, lo spostamento del rischio dell'insuccesso delle iniziative economiche a solo carico della banca – il che vedrebbe, come naturale conseguenza microeconomica, l'incremento proporzionale dei costi transattivi e la conseguente incrementata difficoltà di accesso al credito per i privati.

Si deve dunque concludere che anche la normativa speciale concernente l'attività bancaria non è una base idonea per l'affermazione di un obbligo di protezione della banca verso il terzo che approdi nel riconoscimento di una responsabilità di natura contrattuale.

La stessa dottrina bancaristica ha affermato che la normativa del T.U.B. è diretta alla stabilità e all'efficienza del sistema, indipendentemente dai suoi effetti al di fuori di esso¹⁹⁶.

¹⁹³ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 74 - 85.

¹⁹⁴ Il punto sarà rilevante anche per il prosieguo della trattazione, e sarà oggetto di approfondimento nella Seconda Sezione, al Capitolo V.

¹⁹⁵ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 68.

¹⁹⁶ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, 2007, cit. p. 175.

In contrario è da ritenersi maggiormente fondato l'orientamento¹⁹⁷ che sottrae la banca alla responsabilità da status (considerata da alcuni come un ritorno per vie traverse della responsabilità oggettiva¹⁹⁸) e che afferma la possibile responsabilità per i danni cagionati con il proprio finanziamento a terzi in base alle regole della responsabilità extracontrattuale, qualora ricorrano tutti i requisiti di cui all'art.2043 c.c.¹⁹⁹.

Non si può però sostenere che la banca agisca e risponda come un qualunque finanziatore privato: le norme di settore, l'elevata professionalità dell'operatore, il ruolo che lo stesso ha sul mercato, lo stesso affidamento²⁰⁰ che il suo agire produce, sono idonei a fondare civilisticamente – da un lato – il livello di diligenza professionale richiesto nell'adempimento dell'obbligazione ex art. 1176 c.c. e – dall'altro lato – il grado della colpa da commisurarsi quale elemento soggettivo ex art. 2043 c.c.

La banca è tenuta a rispondere cioè, in via contrattuale ed extracontrattuale, in base al criterio del rischio d'impresa, e dunque per ogni danno “*dovuto a disfunzioni nella sua organizzazione e della sua rete di dipendenti o ausiliari, esulando dal rischio bancario quei soli illeciti riconducibili a cause estranee alla sfera di controllo e pianificazione dell'accorto banchiere*”²⁰¹.

C. LA (MANCATA) AFFERMAZIONE DI UNA RESPONSABILITÀ DA STATUS NELLA GIURISPRUDENZA

Si deve soffermare, in chiusura, l'attenzione, sulle opinioni della giurisprudenza che si è espressa in materia: potrebbe sembrare, ad una prima indagine, che tanto le pronunzie di merito quanto quelle di legittimità recepiscano il fenomeno, qui criticato, della responsabilità c.d. da status.

¹⁹⁷ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 74 ss.; A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità della banca per “concessione abusiva del credito”*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2002 n. 5 p. 1081; D. MAFFEIS, *op. e loc. ult. cit.*; B. INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, cit., p. 265.

¹⁹⁸ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 68.

¹⁹⁹ *Infra*, Sezione Seconda, Capitolo IV. L'opinione della responsabilità extracontrattuale porta, come si avrà modo di leggere, ad alcune inefficienze e ad alcuni problemi insolubili sotto il profilo economico-giuridico. Per questo gli interpreti sono ancora oggi alla ricerca di una soluzione più soddisfacente (sul punto, cfr. Seconda Sezione, Capitolo V). La chiave non pare essere quella della responsabilità da status, che sconta limiti affini alla responsabilità extracontrattuale (in particolare con riferimento alla mancanza di legittimazione attiva del curatore fallimentare, che non può sostituirsi alle azioni *ex delictu* – né *ex contractu* – dei creditori).

²⁰⁰ Sul tema dell'affidamento in particolare si tornerà *infra*, nella Seconda Sezione, Capitolo IV, Par. 3, per considerare se si tratti di un affidamento di mero fatto, o se lo stesso sia meritevole di una tutela giuridica. Tale risposta influenza nettamente le conclusioni in tema di responsabilità extracontrattuale.

²⁰¹ A. SCARPA - G. FORTUNATO, *Banche e responsabilità civile*, cit., p. 15.

L'importante pronunzia della Cassazione 13 gennaio 1993 n. 343²⁰² sostiene espressamente “*La colpa extracontrattuale [...] sostanziata nell’omissione della gamma di tutele imposte alle aziende che esercitano il credito, è consistita [...] nella violazione dei doveri gravanti sul soggetto “banca” a causa del proprio status [...]. Anche se non è infatti previsto un generale dovere di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, vi sono situazioni molteplici, da cui possono nascere per i soggetti in essi coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra la nozione di “omissione” e la conseguente responsabilità prevista dall’art. 2043 c.c. [...] qualora la relazione logica fra le regole generali di condotta imposte ai soggetti di quel sistema e l’attività in concreto svolta dagli stessi evidenzia quell’assenza di diligenza, e di cautele in cui si sostanzia la “culpa in omittendo”*”.

Ancora, il Tribunale di Foggia nella sentenza 7 maggio 2002²⁰³ sostiene, venticinque anni dopo la Direttiva 77/780, che la precipua funzione bancaria “*consiste nella raccolta del risparmio per impieghi a loro volta utili per la collettività*”.

Pur tematizzando il contratto di fidejussione, il ragionamento è molto simile a quanto espresso in Cass. 15 marzo 1999 n. 2284²⁰⁴: “*In tema di responsabilità aquiliana, si ritiene pacificamente che per il particolare status dell’imprenditore bancario, facente parte del sistema bancario, ispirato a regole di trasparenza ed alla corretta gestione del credito, questi, ove ritenga (o sia tenuto) di fornire una notizia, non può fornire informazioni inesatte, rispondendo, in questo caso dei danni causati ingiustamente ex art. 2043 c.c., in quanto con detto suo comportamento è venuto meno al dovere di correttezza e buona fede ledendo il diritto del soggetto che riceve la notizia falsa a determinarsi liberamente nello svolgimento dell’attività negoziale relativa al patrimonio (Cass. 4-5-1982, n. 2765; Cass. 7-2-1979, n. 820; Cass. 13-7-1967, n. 1742). Se le inesatte informazioni fornite dalla banca, in assenza di un rapporto contrattuale con il soggetto che le riceve, danno luogo a responsabilità aquiliana della stessa, in presenza di un rapporto contrattuale fondano ovviamente una responsabilità contrattuale, ove esse abbiano impedito alla controparte di determinarsi liberamente nell’esercizio di un diritto contrattualmente previsto o, più in generale, abbiano causato un danno.*

Infatti, 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”.

²⁰² Cass. 13 gennaio 1993 n. 343 in *B.B.T.C.*, 1994, 2, p. 258 con note di N. MARZONA e PERRONE.

²⁰³ Trib. Foggia, 7 maggio 2002, I in *Dir. Comm. Int.*, 2003, p. 593.

²⁰⁴ Cass. 15 marzo 1999 n. 2284, in www.ilcaso.it.

Si è proposta la lettura di stralci delle sentenze (e non delle sole massime) per dimostrare un punto che pare essenziale: la giurisprudenza parla di responsabilità da status, afferma la sussistenza di ragioni pubblicistiche per sanzionare la banca che venga meno ai suoi doveri di correttezza anche verso i terzi, e quindi potrebbe sembrare che aderisca alle tesi, qui confutate, in materia di responsabilità da contatto sociale. Ma è importante compiere la lettura, e porre attenzione sul portato pratico delle decisioni dei giudici, al di là delle formule che vengono utilizzate in massima e in sentenza.

Cogliendo nell'insieme quanto esprimono le pronunzie riportate, si deve convenire che la giurisprudenza, sino ad oggi, in ambito di finanziamento, non aderisce davvero alla responsabilità da contatto sociale.

Nonostante il lessico utilizzato, i giudici svolgono proprio l'operazione tradizionale, e cioè utilizzano le normative interne e le regole che disciplinano il settore bancario allo scopo di qualificare il livello di diligenza cui la banca è tenuta (sotto il profilo contrattuale) e il grado della colpa (sotto il profilo extracontrattuale) quando la sua condotta risulta dannosa per i terzi. Ciò, a ben vedere, non si discosta affatto dalle conclusioni della dottrina cui si aderisce.

La banca, nello svolgimento dell'attività ex art. 10 co. 1 T.U.B. ad essa riservata, e nella sua qualità di impresa, gode di discrezionalità e vasti margini di autonomia, così come disposto dal dettato costituzionale degli artt. 41 co. 1 e 47 Cost. Ne consegue che, anche nella stipulazione di finanziamenti ad imprese in crisi, non può essere messo in discussione un ampio margine di libertà contrattuale nella scelta del soggetto finanziato e delle modalità operative.

D'altro lato, però, ogni attività d'impresa è governata anche dal disposto di cui all'art. 41 co. 2 Cost.: la stessa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale. Questo limite fondamentale, su cui si tornerà nel Capitolo V, è da concretizzare e "riempire" con il riferimento alle normative di settore, dettate specificamente per l'attività bancaria, e con la particolare diligenza e professionalità cui l'impresa bancaria è tenuta, in forza della speciale posizione privilegiata che gode sul mercato (cfr. "sana e prudente gestione" ex art. 5 T.U.B.).

La violazione del limite dell'utilità sociale, quando causi un danno a terzi estranei al rapporto di finanziamento, può essere fondamento di un'azione diretta al riconoscimento del risarcimento del danno: la diligenza professionale richiesta al banchiere (anche) dalle norme di settore assume rilievo per la determinazione del grado della colpa ex art. 2043 c.c. Si vedrà nel prosieguo che lo stesso ragionamento potrà fondare anche altre strade interpretative, parallele a quella della responsabilità extracontrattuale.

CAPITOLO III

FINANZIAMENTO E CONTRATTI DI CREDITO

3.1 IL FINANZIAMENTO E L'ATTUALITÀ DELLA C.D. "IRRELEVANCE THEORY"

Introducendo la presente sezione si è anticipata l'esigenza di chiarire cosa si intende per "finanziamento" all'impresa in crisi. L'affermazione ha una portata sistematica: inferisce che non ogni forma di apporto alla società sia identico, e che quindi sia opportuno procedere a una serie di distinzioni.

Uno dei primi contributi dell'economia alla *corporate finance*, oltre cinquanta anni addietro, ha messo a tema proprio le diverse modalità di finanziamento all'impresa²⁰⁵.

La c.d. "irrelevance theory", detta anche "teorema di Modigliani-Miller", nella sua più semplice formulazione afferma che il valore dell'impresa non può dipendere dal modo in cui la stessa è finanziata. Si sostiene dunque la completa indifferenza della società rispetto ai modelli di finanziamento prescelti dagli investitori.

La teoria, nella sua prima parte, si concentra su una dimostrazione: gli autori sostengono che il valore di un'impresa "unlevered" – la cui struttura finanziaria è formata solo da capitale, senza alcun indebitamento – è identica al valore di un'impresa "levered" – ove la struttura finanziaria è formata in parte da capitale e in parte da debito.

Sotto un profilo bilancistico l'affermazione è falsa: l'impresa capitalizzata ha valore superiore alla seconda. Il teorema però sottolinea che, per un investitore terzo, il costo per l'acquisto della prima impresa è identico al costo che dovrebbe sostenere per acquistare la seconda impresa e pagare tutti i suoi debiti. Da ciò l'affermazione di *irrelevance*.

A fortiori è necessario ritenere che, in questa prospettiva economica, le modalità contrattuali con le quali la banca scelga di finanziare l'impresa (sana o in stato di crisi) siano del tutto neutre, e tra loro perfettamente fungibili.

²⁰⁵ F. MODIGLIANI - M. MILLER, *The cost of capital, corporate finance and theory of investment*, in *American Economic Review*, vol 3 n. 48 p. 261; ID., *Corporate income taxes and the cost of capital: a correction*, in *American Economic Review*, vol 3 n. 53 p. 433.

Se quanto postulato fosse completamente vero, e corretto anche sotto il profilo civilistico, non solo risulterebbe indifferente la modalità con la quale la banca finanzia la società in crisi, ma addirittura non si dovrebbe distinguere tra intervento della banca a titolo di capitale di rischio (sottoscrizione di un aumento di capitale, acquisto di partecipazioni ecc.) e apporto a titolo di debito – e ciò anche con riferimento all’illecito di concessione abusiva del credito qui approfondito.

Da una simile conclusione ci si deve discostare per due ordini di ragioni.

Sotto un profilo economico, lo stesso teorema di Modigliani-Miller²⁰⁶ precisa che l’affermazione di irrilevanza delle modalità di finanziamento all’impresa è valida solo in un mercato ideale, caratterizzato dall’assenza di tasse, costi di fallimento, asimmetrie informative. In altre parole, mutuando gli insegnamenti dell’analisi economica del diritto²⁰⁷, il modello teorico funziona in assenza di costi transattivi, in un mercato pienamente efficiente. Tale non è il mercato che conosciamo, né in Italia né in prospettiva internazionale. Il valore economico di imprese con diversa struttura patrimoniale, per ragioni fiscali e giuridiche, è infatti potenzialmente molto diverso.

In secondo luogo, venendo ad una riflessione più marcatamente privatistica, ogni apporto conseguito dalla società ha natura giuridica, struttura ed effetti diversi. Non è dunque possibile parificare sotto un profilo giuridico conferimenti, finanziamenti, apporti in conto capitale (o a fondo perduto) e sottoscrizioni di prestiti obbligazionari (o di strumenti finanziari partecipativi): il vincolo che lega banca e impresa è diverso in ciascuno di questi casi. Per determinare quali comportamenti possano condurre ad affermare la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito occorre declinare le caratteristiche dei diversi strumenti con i quali la società ricerca ricchezza sul mercato.

3.2 LA DISTINZIONE TRA *EQUITY* E *DEBT*

Si è già detto che una società neocostituita necessita di strumenti per l’esercizio della sua attività economica. Questi strumenti possono derivare, come è noto, dai soci stessi o da soggetti terzi.

²⁰⁶ F. MODIGLIANI - M. MILLER, *The cost of capital, corporate finance and theory of investment*, cit. ID., *Corporate income taxes and the cost of capital: a correction*, cit.

²⁰⁷ R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006, passim.

Uno dei punti fondamentali del diritto societario, sul quale convergono quasi tutti gli ordinamenti giuridici, è la distinzione tra capitale di rischio e capitale di debito (in terminologia di *common law*, rispettivamente, *equity* e *debt*).²⁰⁸

Si parla di capitale di rischio per indicare i mezzi propri, quelli cioè che “*la società acquisisce dai soci e che hanno la loro causa nel rapporto sociale*”²⁰⁹: si tratta, in altre parole, dei conferimenti. I soci, all’inizio (ed eventualmente nel corso) della vita della società conferiscono “beni e servizi” ex art.2247 c.c. allo scopo di fornire la società delle risorse essenziali per lo svolgimento della sua attività. Tali apporti nel tempo dovrebbero essere fecondi, produrre cioè ulteriore ricchezza (lucro oggettivo) diretta, in un secondo tempo, ad essere distribuita tra i soci (lucro soggettivo).

La caratteristica essenziale, sotto un profilo oggettivo, del capitale di rischio è che si tratta di apporto definitivamente acquisito dalla società, e sottoposto ad una disciplina rigorosa (quella del capitale sociale). Esso infatti non può essere restituito ai soci se non, in sede di liquidazione, dopo il soddisfacimento di tutti i creditori, e – durante la vita sociale – a mezzo di riduzione reale del capitale (procedura complessa che riconosce ai creditori un diritto di opposizione)²¹⁰. In altre parole, il socio non matura un credito alla restituzione delle somme conferite fino a quando ciò non gli sia riconosciuto attraverso gli strumenti dell'organizzazione societaria, cioè mediante un "*procedimento sociale che porta alla formazione del credito*"²¹¹.

Sotto un profilo soggettivo, la caratteristica principale è che il soggetto che conferisce capitale di rischio acquista la qualità di socio – e può dunque esercitare i diritti che discendono da tale stato soggettivo.

Un soggetto (ai nostri fini, la banca) può divenire titolare di capitale di rischio mediante due differenti strumenti giuridici: l’acquisto di partecipazioni nell’impresa e la sottoscrizione di azioni o quote in sede di costituzione o di aumento di capitale. Naturalmente le ipotesi che ci riguardano sono,

²⁰⁸ Ex multis F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, in P. PERLINGERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2004, p. 20. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale 2. Diritto delle Società*, Settima Edizione, Torino, 2009, p. 5, 72, 185. In prospettiva comparatistica cfr. J. D. GLEN - B. PINTO, *Debt or Equity? How firms in developing countries choose*, Vol. 63, in *World Bank Publications*, 1 gennaio 1994; R.W. KOPCKE - E. S. ROSENGREN, *Are the distinctions between Equity and Debt disappearing? Proceedings of a conference held at Melvin Village, New Hampshire, October 1989*, in *Federal Reserve Bank of Boston*, 1989.

²⁰⁹ F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, in P. PERLINGERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2004, p. 20

²¹⁰ In tema di riduzione reale, cfr G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, 2, Diritto delle Società*, Settima Edizione, Torino, 2009 p. 514 ss. e L. GENGHINI - P. SIMONETTO, *Le società di capitali e le cooperative*, Padova, 2012 p. 743.

²¹¹ S. LUONI, *Obbligazioni, strumenti finanziari, titoli di debito nelle società di capitali*, in G. COTTINO (diretto da), *Strumenti del diritto Diritto Commerciale*, Torino, 2010.

principalmente, l'acquisto di partecipazioni e la sottoscrizione di aumenti di capitale durante la crisi d'impresa.

Quanto al capitale di debito, esso è definito in termini generali come comprendente tutti i “mezzi di terzi”. La società acquisisce in vari modi²¹² della ricchezza da soggetti estranei al rapporto sociale, ed è tenuta, nel tempo, al rimborso del quantum ricevuto e (normalmente) di interessi.

In parallelo con quanto anzi detto, si afferma che i mezzi di terzi devono essere rimborsati sempre prima del capitale e precisamente alla loro scadenza fisiologica o, in caso di società liquidazione, prima del rimborso ai soci del capitale²¹³. Inoltre l'apporto di capitale di debito non comporta l'acquisto della qualità di socio: genericamente il terzo ha la veste di creditore, ed è protetto dagli strumenti del diritto civile; se il finanziamento è svolto mediante strumenti societari (quali il prestito obbligazionario), come si vedrà, il terzo sottoscrittore acquista una veste anche all'interno della società, comunque fortemente distinta dallo status di socio (esiste infatti una struttura assembleare e sono tutelati diritti specifici in capo agli obbligazionisti²¹⁴).

Ciò premesso, ci si deve chiedere se la banca possa essere chiamata a rispondere di illecito extracontrattuale derivante da apporti di capitale di rischio e/o da apporti di capitale di debito. Guardando alle riflessioni della dottrina²¹⁵ si può dire assolutamente condiviso e pacifico l'assunto per cui la concessione abusiva di credito è un illecito che riguarda l'apporto di capitale di debito. Come più volte ricordato, infatti, dottrina e giurisprudenza reputano che l'atto fondamentale, generatore del danno ingiusto, sia un “finanziamento” – qualificato come apporto all'impresa in crisi soggetto ad obbligo di restituzione.

Al contrario, i contributi in tema di concessione abusiva del credito non prendono in considerazione gli apporti della banca a titolo di capitale di rischio. Pur non reperendosi facilmente una vera giustificazione di tale scelta²¹⁶, si arguisce che gli Autori abbiano reputato impossibile configurare

²¹² Come si vedrà infra, nei prossimi paragrafi del presente Capitolo, le modalità di reperimento del capitale di debito possono distinguersi, sotto un profilo strutturale, tra “societarie” e “contrattuali”.

²¹³ Per quanto il credito di terzi sia postergato, infatti, non è ammessa una postergazione che garantisca la restituzione al terzo solo dopo il rimborso del capitale ai soci.

²¹⁴ Si veda la normativa degli artt 2415 ss. c.c. e, sul punto, S. LUONI, *Obbligazioni, strumenti finanziari, titoli di debito nelle società di capitali*, cit.

²¹⁵ *Ex multis*, A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. Comm.*, 1978, p. 219; F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004; B. INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *B.B.T.C.*, 1, 2001, p. 265; A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004.

²¹⁶ Limitatamente ai contributi studiati si sottolinea la generale tendenza a non definire e specificare il concetto di finanziamento e a distinguerlo dal conferimento: per lo più, comprensibilmente, la dottrina si è impegnata, come si vedrà nei paragrafi seguenti, ad elaborare una casistica di finanziamenti rilevanti ai fini della concessione abusiva del credito.

in questo caso l'illecito di concessione abusiva del credito (non trattandosi, come dice la stessa formulazione dottrinale, di concessioni di credito, bensì di conferimenti).

Tralasciando il “*nomen iuris*”, si può in prima battuta argomentare che la banca che conferisca beni e servizi all'impresa in crisi, acquisendo lo status di socio, si vedrebbe esposta a rischi molto superiori rispetto a quelli che usualmente discendono da un finanziamento contrattuale: in caso di *default* del finanziato, non vi sarebbe alcuna speranza di ottenere la restituzione dei conferimenti. La banca, acquistando lo status di socio, partecipa alle perdite in via diretta. Da ciò una prima empirica ragione per non considerare il conferimento parificabile al finanziamento all'impresa in crisi.

Si possono proporre, in argomento, alcuni ulteriori punti di vista.

I) Anticipando quanto tematizzato nella Seconda Sezione, requisito della concessione abusiva del credito è, per opinione maggioritaria, il generarsi di un legittimo affidamento in capo a creditori e terzi sulla solvibilità della società beneficiaria dell'apporto. Ci si deve chiedere dunque se la banca, conferendo beni e servizi e così acquisendo la qualità di socio, possa generare un affidamento meritevole di tutela.

Indubbiamente, per un creditore sociale e per un soggetto estraneo interessato a contrattare con la società, avere riscontro di un operatore economico forte come la banca che acquisisce una quota di capitale può essere uno sprone a confidare nelle potenzialità della società. Il soggetto informato del fatto che una banca sia “entrata” nel capitale di una società (acquisendo partecipazioni o sottoscrivendo un aumento di capitale) sarà portato a ritenere la società stessa affidabile (o per lo meno più sicura e stabile di prima).

Parlare di legittimo affidamento, però, richiede un passo ulteriore. Oggetto della fiducia generata nei terzi dev'essere infatti, precisamente, la solvibilità della società – cioè la capacità di adempiere tempestivamente alle proprie obbligazioni. L'affidamento, per essere tutelato, dev'essere “legittimo”, o “meritevole di tutela”²¹⁷. Ciò comporta che il soggetto tutelato debba essere condotto in errore su un fatto oggettivo esterno (nel nostro caso, la solvibilità della società) a causa del comportamento dell'attore (nel nostro caso, l'acquisto di partecipazioni da parte della banca)²¹⁸. Ci si deve chiedere allora se l'atto

²¹⁷ Si vedano le riflessioni in tema di affidamento svolte nella Sezione Seconda, Capitolo IV, Par. 3

²¹⁸ R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, Vol I, Milano, 1958; ID., *La dichiarazione apparente*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto civile* diretto da R. SACCO, Tomo 1, Terza edizione, Torino, 2004 p. 123 ss.; ID., voce *Apparenza*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, I, 1987; M. DI PAOLO, voce *Apparenza*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, p. 2; A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Terza Edizione, Milano, 1985; E. RAJNERI, *Il principio*

di acquisto di partecipazioni o di conferimento da parte della banca sia idoneo a far pensare alla generalità dei consociati che l'impresa sia solvibile.

Si reputa che la risposta debba essere negativa. Ciò in quanto la condotta della banca non ha come presupposto, e neppure sottende, una valutazione circa la possibilità per la società di adempiere alle proprie obbligazioni con regolarità. In un mercato aperto, ove vige il principio di libertà di iniziativa economica privata, ex art. 41 Cost., la banca può scegliere in autonomia se e quando divenire socio di società – senza di ciò dover rendere conto a terzi²¹⁹. La valutazione che deve compiere è soggettiva, fondata su ragioni che non attengono *stricto iure* alla solvibilità dell'impresa stessa (ad esempio, a fronte di un'offerta molto vantaggiosa, la banca potrebbe pensare di rilevare a basso prezzo le quote di maggioranza della società in difficoltà, confidando in un *business plan* efficiente per il risanamento).

La ricerca che la banca deve effettuare è dunque sulla convenienza economica dell'affare, e analizza il rapporto tra rischio dell'investimento e guadagno sperato. Questa valutazione (che può essere giusta o sbagliata, e quindi ad esiti economici incerti per la banca – investitore) non può fondare un preteso affidamento di terzi.

La condotta della banca, in sintesi, non permette in questo caso di inferire la solvibilità dell'impresa: l'errore in cui dovesse cadere il creditore o il terzo non è giustificabile in forza di alcuna apparenza di diritto generata dalla banca.

II) Se ciò non bastasse, e si volesse asserire la sussistenza di un affidamento in capo ai terzi, vi sarebbe un ulteriore scoglio ad impedire l'affermazione di una responsabilità extracontrattuale (assimilabile a quella per concessione abusiva del credito) per la banca.

L'operatore bancario è soggetto, infatti, a regole di settore e discipline di dettaglio, non per ogni attività esercitata, ma (come detto) solo per il caso in cui svolga attività di raccolta del risparmio e l'esercizio del credito²²⁰. Quando, come nel caso del conferimento o dell'acquisto di partecipazioni

dell'apparenza giuridica, Università degli Studi di Trento, 2002; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1985, p. 181; M. D'AMELIO, voce *Apparenza del Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1, Torino, 1957; G. STOLFI, *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, 1, in A. CICU - F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1973, p. 377; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973.

²¹⁹ Seppure nei limiti delle norme di settore che impongono come esclusiva l'attività di raccolta del risparmio ed erogazione del credito, permettendo dunque l'acquisto di partecipazioni solo come attività collegata e funzionalmente connessa con l'oggetto sociale esclusivo della banca.

²²⁰ Che nell'oggetto sociale della banca possa rientrare, seppur non in via principale, l'acquisto di partecipazioni sociali, è ormai assodato: si veda sul punto "*Intermediari finanziari ex art. 106 - modelli di oggetto sociale*" in www.bancaditalia.it.

sociali, non si può qualificare l'attività svolta come riservata ex art.10 T.U.B. non trovano applicazione le relative norme speciali.

Ciò significa, al portato pratico, che il vaglio del merito del credito non è imposto quando la banca operi al di fuori dei settori riservati. Non essendo la banca tenuta ad operare secondo i dettami delle regole specifiche del suo settore, anche il livello di diligenza ex art. 1176 c.c. (per quanto altissimo, stante la forte professionalità ed il potere di mercato che comunque connota l'operatore giuridico) dev'essere ridotto, e commisurato all'esercizio di un'attività privata²²¹. Da ciò è facile arguire che, nell'acquisto o nella sottoscrizione di capitale, alla banca non possa essere richiesto lo stesso scrupoloso vaglio cui è tenuto il *bonus argentarius* nell'erogazione di credito – per questo non si potrebbe ritenere legittimo l'affidamento nutrito dai terzi, né la banca responsabile.

III) Anche volendo aderire alle opinioni, allo stato minoritarie, che affermano che l'illecito qui in esame sia indipendente dall'affidamento²²², pare di poter giungere alla stessa conclusione. Se la responsabilità non si fonda sull'affidamento nutrito dai terzi a causa della condotta della banca, deve trovare presupposto in un danno diretto cagionato al patrimonio dell'impresa dal contratto stipulato tra imprenditore e banca. Le argomentazioni in tal senso, ripercorse nella Seconda Sezione, conducono ad affermare che il finanziamento non sia sempre positivo per la società, ma possa esserle addirittura lesivo. Da ciò, in sintesi, il danno all'impresa insolvente – che la banca sarebbe tenuta a ristorare.

Lo stesso ragionamento non può affatto applicarsi agli apporti di capitale di rischio. Nessuna opinione infatti ritiene che l'ingresso nel capitale di una società, per quanto insolvente, possa produrre un danno al suo patrimonio. Sotto un profilo bilancistico, infatti, il conferimento non è appostato a Passivo Reale, ma a capitale (nel Patrimonio Netto): l'apporto sarà restituito solo a seguito della liquidazione, e solo nell'eventualità in cui residui qualcosa dopo il pagamento dei creditori sociali.

Sotto un profilo civilistico, specularmente, manca un obbligo di restituzione immediata dell'apporto, e soprattutto al socio non spettano mai interessi a fronte del suo conferimento (il suo

²²¹ Una simile affermazione non può essere condivisa da quella parte della dottrina che ha teorizzato la responsabilità "da status" della banca. Si dovrebbe argomentare infatti che, se la responsabilità discende dal fatto stesso che la banca rivesta un preciso ruolo sul mercato, tale circostanza non dovrebbe mutare in base al tipo di apporto concesso dalla banca all'impresa in crisi.

²²² Per lo più richiamandosi ad una lesione diretta del patrimonio dell'impresa, come si vedrà nella Seconda Sezione, al Capitolo IV (cui si rimanda anche per i richiami bibliografici).

guadagno sta nell'eventuale ripartizione degli utili e nell'altrettanto eventuale incremento di valore della sua partecipazione in sede di liquidazione).

La struttura sociale non può pertanto essere danneggiata in alcun modo dall'intervento di nuovi conferimenti, né dall'acquisto di partecipazioni.

La banca potrà in tali casi rispondere non per un illecito assimilabile alla concessione abusiva del credito, ma piuttosto, ad altro titolo, quale socio tiranno, o amministratore di fatto, qualora ingerisca nella gestione dell'impresa insolvente.

Si conclude, in linea con l'opinione diffusa in dottrina, che l'unico apporto rilevante ai fini della presente indagine sia il c.d. capitale di credito. Possiamo perciò definire rilevante, per la concessione abusiva di credito, ogni tipo di finanziamento, da intendersi come attribuzione di ricchezza subordinata per il finanziato ad un obbligo di restituzione (eventualmente maggiorato dagli interessi)²²³.

3.3 UNO SPUNTO SULLA POSSIBILE RILEVANZA DEI VERSAMENTI C.D. “FUORI CAPITALE”

La prassi commerciale e la dottrina si sono interrogate, negli ultimi decenni, sulla natura e gli effetti dei c.d. “versamenti fuori capitale”.

Si tratta di apporti non rientranti nella definizione di capitale di rischio anzidetta, e che vengono qualificati dalla dottrina come erogazioni di denaro, diverse dai conferimenti, diretti all'apporto di mezzi finanziari necessari per l'esercizio dell'attività sociale²²⁴.

Anzitutto è necessario distinguere tra apporti a titolo di finanziamento (caratterizzati da un obbligo di restituzione da parte della società)²²⁵ e versamenti (di soci o di terzi) in cui per la società l'apporto non genera obbligazioni di rimborso né interessi di sorta.

²²³ Sul significato del termine finanziamento, ed il rapporto con i c.d. contratti di credito, si confronti il Capitolo III di questa Sezione.

²²⁴ L. GENGHINI - P. SIMONETTO, *Le società di capitali e le cooperative*, Padova, 2012, p. 631.

²²⁵ In caso di finanziamento nel bilancio della società che ha ricevuto le somme apparirà una posta passiva (a c.d. passivo reale) rappresentato dal debito da restituire al finanziatore: L. GENGHINI - P. SIMONETTO, *Le società di capitali e le cooperative*, cit., p. 634.

La giurisprudenza si è più volte trovata a prendere in considerazione versamenti fuori capitale: nella maggioranza dei casi, quando sono svolti dai soci, l'apporto non è preceduto da una chiara ed esplicita dichiarazione di volontà negoziale diretta a qualificare la causa della prestazione²²⁶.

I versamenti fuori capitale, diversi dai finanziamenti, si possono sinteticamente riassumere nei seguenti:

- Versamenti in conto capitale²²⁷. Si tratta di versamenti che vanno ad accrescere il patrimonio netto, senza alcun vincolo di destinazione e senza obbligo di restituzione per la società. Sono acquisiti dunque definitivamente a patrimonio sociale, e vanno a formare una riserva in bilancio. Recente giurisprudenza di legittimità²²⁸, nel distinguerli dagli apporti a titolo di mutuo, ha dichiarato che sono assimilabili nella loro causa al capitale di rischio. Nello specifico, potrebbero essere rimborsati dalla società solo “*per effetto dello scioglimento della società, nei limiti dell'eventuale attivo del bilancio di liquidazione*”.
- Versamenti a fondo perduto. Sono apporti effettuati alla società al fine di coprire una perdita già verificatasi. Anche in tal caso non sorge obbligo di restituzione, e sono somme definitivamente acquisite a patrimonio sociale. Sono simili ai versamenti in conto capitale – l'unica distinzione riscontrata in dottrina riguarda il momento in cui l'apporto è effettuato: il versamento a fondo perduto è tale solo se avviene dopo il sopravvenire di una perdita, ed è utilizzato per il ripianamento della perdita stessa²²⁹.
- Versamenti in conto aumento di capitale. Si tratta di versamenti destinati a copertura anticipata di un aumento di capitale oneroso non ancora deliberato. Tali somme non sono acquisite a patrimonio sociale e sono indisponibili per la società: sono vincolate e devono essere destinate

²²⁶ Cass. 13 agosto 2008 n. 21563, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 9, p. 1300; Cass. 6 luglio 2001 n. 9209, in www.ilmulino.it; Cass. 14 dicembre 1998 n. 12539, in *Notariato*, 1999 p. 538; Cass. 19 marzo 1996 n. 2314, in *Società*, 1996, p. 1267. Sulla posizione ambigua di versamenti in conto capitale e a fondo perduto cfr. M.S. SPOLIDORO, voce *Capitale sociale*, in *Enc. Dir. Agg.*, Milano, 1999, p. 200.

²²⁷ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale II, Diritto delle società*, cit., p. 507; COMITATO TRIVENETO DEI NOTAI, Massima H. L. 1, *Versamenti soci senza diritto di rimborso c.d. in conto capitale*.

²²⁸ Cass. 20 marzo 2007 n. 7980, in *Rivista del Notariato*, LXII, 1, 2008, p. 176. Occorre una precisazione: parte della dottrina e della giurisprudenza utilizza una terminologia diversa per definire gli istituti in commento: si parla di “versamento a copertura perdite” per ricomprendere i casi che abbiamo chiamato “versamenti in conto capitale” e “versamenti a fondo perduto”, mentre si definiscono “in conto capitale” apporti effettuati da un solo socio, in via non proporzionale, diretti a costituire una riserva “targata”, e cioè destinata al socio stesso (non potranno essere utilizzate per aumenti gratuiti del capitale, e in sede di ripartizione delle riserve non beneficeranno tutti i soci, ma solo il soggetto che ha versato). La sentenza citata, ad esempio, utilizza questo secondo approccio definitorio. In ogni caso, per quel che qui rileva, si possono parificare tutte le letture: nessuno di questi versamenti è idoneo a fondare una responsabilità della banca per concessione abusiva del credito.

²²⁹ In tal senso L. GENGHINI - P. SIMONETTO, *Le società di capitali e le cooperative*, cit., p. 638. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale II, Diritto delle società*, cit., p. 507.

esclusivamente a copertura del futuro aumento di capitale. Devono pertanto essere restituite nel caso in cui l'aumento di capitale non venga deliberato²³⁰.

E' raro nella prassi che tali versamenti siano effettuati da soggetti estranei alla società: per lo più sono strumenti utilizzati dai soci per fornire in via informale alla società i mezzi necessari alla sua attività. Non è però da escludersi che simili versamenti siano svolti da una banca, interessata – per le ragioni più varie – alla ripresa o allo sviluppo della società beneficiaria.

Dato il forte parallelismo (affermato anche in giurisprudenza²³¹) tra questi versamenti e il capitale di rischio, si possono ripercorrere i ragionamenti anzi svolti: si può cioè escludere che simili apporti da parte della banca possano fondare una responsabilità per concessione abusiva del credito. Infatti, l'eventuale affidamento che i terzi ripongano nella solvibilità della società in seguito ad un versamento di questo tipo sarebbe infondato, e non meritevole di tutela (la banca che effettua il versamento non sta implicitamente dimostrando la solvibilità della società). Inoltre tali atti giuridici non possono essere ricondotti all'attività di esercizio del credito, proprio in quanto nettamente distinti dai finanziamenti: la ragione centrale è che manca, in tutti questi casi, un diritto alla restituzione delle somme versate.

Si è sin'ora tratteggiata la distinzione tra capitale di rischio, capitale di debito e versamenti fuori capitale, e si è in conclusione potuto affermare che solo l'apporto di capitale di debito in senso stretto – e dunque il finanziamento – può essere fondamento dell'illecito di concessione abusiva del credito. Si può quindi in prima analisi convenire che non ogni apporto è ai nostri fini rilevante: solo il finanziamento, cioè il negozio caratterizzato da un obbligo di rimborso da parte della società destinataria, può essere fonte di responsabilità per concessione abusiva del credito.

Ci si propone ora di distinguere il finanziamento derivante da strumenti tipici del diritto societario (sottoscrizione di obbligazioni, titoli di debito, minibond, strumenti finanziari partecipativi) e il finanziamento contrattuale, convenuto tra la banca e l'impresa in crisi.

La distinzione non è solo classificatoria: il legislatore stesso ha dimostrato uno specifico interesse verso i casi in cui a sottoscrivere strumenti finanziari (in senso lato) siano "investitori professionali".

E' importante cioè chiedersi se la disciplina (di favore) dettata dal legislatore per le ipotesi infra trattate possa o meno influire sulla valutazione di responsabilità della banca per concessione abusiva del credito.

²³⁰ Cass. 6 luglio 2001 n. 9209, in *Foro It.*, 2001, p. 3621; L. TRONCI, *Le riserve "targate" tra diritto e ragioneria*, in *Rivista delle Società*, 2012, 6, 1124.

²³¹ Cass. 20 marzo 2007 n. 7980, cit.

3.4 MODALITÀ DI FINANZIAMENTO “SOCIETARIE” E PROSPETTIVE DI RESPONSABILITÀ

La società che intenda ricorrere al capitale di credito ha due possibili macro-alternative: rivolgersi al pubblico, utilizzando gli strumenti del diritto societario per la raccolta del capitale di prestito, oppure rivolgersi al finanziamento privato (e tipicamente bancario).

Approfondendo la prima strada citata – e rimettendo al seguente paragrafo il compito di analizzare la seconda – si devono anzitutto delineare alcune caratteristiche essenziali, comuni a tutti i tipi di “finanziamento societario”.

Anzitutto, il finanziamento è incorporato in titoli di credito, che rappresentano frazioni di uguale valore nominale e con uguali diritti di un’unitaria operazione giuridica²³².

La società dunque emette titoli, documenti incorporanti diritti: essi non sono (salvo i casi in cui è previsto il diritto di opzione²³³) rivolti a soggetti determinati, ma – al contrario – destinati ad essere collocate dall’organo amministrativo al pubblico.

Ulteriore carattere, oltre alla incorporazione del diritto nel titolo e alla indeterminatezza del sottoscrittore, è il regime di circolazione. Al contrario del contratto di finanziamento, che può circolare ex art. 1406 c.c. solo mediante una cessione avente struttura trilaterale, che esige il consenso del contraente ceduto, i titoli emessi dalla società hanno un regime di circolazione semplificato, in base alle norme dettate in tema di titoli di credito (artt. 1992 ss. c.c.). Non solo sono destinate al pubblico, ma è anche stabilito che il sottoscrittore di una di queste forme di “finanziamento societario” abbia l’assoluta libertà di disporre del titolo senza che occorra il consenso o l’intervento della società emittente.

Il legislatore, sin dal 1942, ha in altre parole mirato a garantire alla società strumenti duttili e vantaggiosi per reperire credito sul mercato, anche indipendentemente dal finanziamento bancario. Ciò non significa, però, che questi titoli non possano essere sottoscritti da un operatore bancario; in contrario, come vedremo, il legislatore in varie norme prende proprio in considerazione l’ipotesi di sottoscrizione di titoli di debito e obbligazioni da parte di investitori professionali.

²³² L. GENGHINI - P. SIMONETTO, *Le società di capitali e le cooperative*, cit., p. 501.

²³³ Si fa riferimento alle obbligazioni convertibili in azioni (art.2420bis c.c.) e ai c.d. warrant di sottoscrizione.

A. IL PRESTITO OBBLIGAZIONARIO

La prima forma giuridica di cui si tratta è il prestito obbligazionario, qualificato in dottrina come operazione societaria di emissione di titoli di credito nominativi o al portatore che rappresentano frazioni (di uguale valore nominale e con uguali diritti) di un'unitaria operazione di finanziamento a titolo di mutuo²³⁴.

La causa dell'operazione è desumibile da un dato testuale: la lettera dell'art.2415 n. 2 c.c. menziona le "condizioni del prestito", chiarendo che l'emissione di obbligazioni ha causa di finanziamento. Da varie norme codicistiche si desumono ulteriori elementi, come l'obbligo di restituzione e la remunerazione del prestito, che rafforzano la certezza che si tratti di un'operazione assimilabile al mutuo (in particolare, cfr. art. 2411 co. 1 e 2 c.c.).²³⁵

È chiaro che il sottoscrittore del titolo obbligazionario non acquista la qualità di socio, bensì la qualità di creditore sociale: infatti, avendo pagato il titolo, acquista il diritto ad una remunerazione periodica²³⁶ (interessi) e al rimborso del capitale nominale indicato nel titolo alla scadenza stabilita.

Si può, a fronte di questi pochi dati iniziali, affermare una forte somiglianza tra il prestito obbligazionario e il finanziamento bancario, e dunque si è portati a parificare i due istituti anche sotto il profilo del rischio di concessione abusiva del credito. Per fondare però tale convincimento occorre analizzare la disciplina che riguarda i limiti all'emissione di obbligazioni.

Si deve ricordare che, ante riforma del 2003, l'art. 2410 c.c. prevedeva: "*la società può emettere obbligazioni [...] per somma non eccedente il capitale versato ed esistente secondo l'ultimo bilancio*

²³⁴ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale II, Diritto delle società*, cit., p. 522; L. GENGHINI - P. SIMONETTO, *Le società di capitali e le cooperative*, cit., p. 501; V. FRATTAROLO - E. IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009, p. 32.

Altra dottrina, invece, nega la sussistenza di una causa di mutuo, e reputa il prestito obbligazionario istituto tipico e autonomo: N. DE LUCA - A. STAGNO D'ALCONTRES, voce "*Obbligazioni di società*", in *Enc. del dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, p. 794. Questa dottrina, che sottolinea la diversità causale tra mutuo e prestito obbligazionario, nega l'applicabilità diretta a quest'ultimo delle regole legali del mutuo, ma ne ammette l'applicabilità analogica, ove però sussista effettivamente una lacuna nella disciplina delle obbligazioni. Tali considerazioni permettono di riaffermare la vicinanza tra i due istituti, e legittimare, qualunque sia la tesi seguita, l'applicabilità al prestito obbligazionario delle regole sulla concessione abusiva del credito.

²³⁵ Rispetto ad altre forme di approvvigionamento di capitale di prestito, le obbligazioni si caratterizzano per la presenza di un'organizzazione di gruppo, regolata dalla legge e dotata dei propri organi (art. 2415 e 2417 c.c.). L. PISANI, *Art. 2410*, in G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Undicesima Edizione, Padova, 2014, p.3001. In questo si può notare la principale differenza (di natura strutturale, non giuridica) tra il semplice mutuo ed il prestito obbligazionario.

²³⁶ Fissa o variabile, a seconda del modello prescelto in sede di emissione. Per BOGGIALI - PAOLINI, *CNN Questo 221/2009/I, Prestito obbligazionario non remunerativo – ammissibilità* in www.notariato.it si deve ammettere anche che le parti determinino la gratuità del prestito obbligazionario, esattamente come per un mutuo ordinario ex art.1815 c.c.

approvato”. Tale limite poteva essere superato solo per obbligazioni garantite da ipoteca su immobili sociali, per obbligazioni garantite da titoli di Stato e per ragioni di interesse nazionale.

La disciplina fortemente prudenziale dettata nel 1942 era diretta, come sottolinea la dottrina, a mantenere un rapporto equilibrato ed efficiente tra capitale di rischio e capitale di credito a garanzia degli obbligazionisti: l'emissione obbligazionaria era strettamente dipendente alla capitalizzazione della società.

Per la società non era perciò indifferente ricorrere al prestito obbligazionario o al finanziamento bancario: nel primo caso la legge stessa limitava fortemente l'ammontare massimo dell'emissione, mentre per il secondo caso non vi sono mai state regole dirette a limitare quantitativamente o qualitativamente gli importi mutuati dalle banche (se non il vaglio del merito del credito). Il requisito letterale che imponeva di considerare il “capitale esistente” portava alla conclusione che la società, trovata con capitale (anche solo parzialmente) eroso dalle perdite, è limitata nella sua facoltà di emissione di obbligazioni. Il limite, già esiguo, si riduceva ulteriormente.

Sotto la passata legislazione sarebbe stato difficile ritenere la banca, sottoscrittrice di prestito obbligazionario, potenzialmente responsabile per concessione abusiva di credito. Il forte limite di cui all'art. 2410 c.c. (pre riforma) raramente avrebbe permesso un'emissione in stato di insolvenza e, anche nell'infrequente caso in cui la società insolvente si trovasse con il capitale ancora perfettamente integro, l'entità dell'emissione sarebbe stata così ridotta da non poter indurre un affidamento solido e meritevole sulla solvibilità della società.

La Riforma delle società di capitali del 2003 ha fortemente inciso sulle regole in tema di prestito obbligazionario: il legislatore ha voluto “agevolare l'accesso al mercato dei capitali”²³⁷ ampliando le possibilità di ricorso allo strumento in esame.

Anzitutto, il limite di emissione è stato esteso: l'art. 2412 prevede oggi infatti che “*la società può emettere obbligazioni [...] per somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato*”. Si è voluto dunque stabilire un rapporto tra capitale di credito e “*tutto ciò che in sostanza rappresenta l'impegno economico dei soci nella società*”²³⁸ – prendendo in considerazione non più solo il capitale, ma anche le riserve disponibili.

²³⁷ Relazione al d. lgs. 6/2003 par. 7, rinvenibile in www.tuttocamere.it

²³⁸ Relazione al d. lgs. 6/2003 par. 7, cit.

Ancor più rilevante ai nostri fini è la disciplina di cui al comma secondo del novellato art.2412 c.c.: il limite suddetto “*può essere superato se le obbligazioni emesse in eccedenza sono destinate alla sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali. In caso di successiva circolazione delle obbligazioni, chi le trasferisce risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali*”.

Tale scelta è così giustificata dalla Relazione al d.lgs. 6/2003 par. 7: “*Si è poi previsto, per agevolare il ricorso a queste fonti di finanziamento, che il limite possa essere superato se l’eccedenza è sottoscritta da parte di investitori che per la loro qualifica non hanno bisogno di speciale tutela, proteggendo il principio con la responsabilità del sottoscrittore in caso di successiva circolazione. A tal fine si sono individuati tali investitori per le loro caratteristiche di professionalità e per la loro soggezione a forme di vigilanza prudenziale; con ciò avvalendosi dei criteri che per fini analoghi sono previsti nell’art.1 del d. lgs. N. 386*”.

Il legislatore ha dunque permesso ad investitori professionali (primi tra i quali le banche) di accedere a prestiti obbligazionari di società per azioni senza che i prestiti in loro favore emessi siano sottoposti ai limiti di cui all’art. 2412 co. 1 c.c. Fondamento di tale scelta è espresso nella Relazione anzi citata: le banche, al contrario dei comuni obbligazionisti, sono soggetti professionali, capaci di operare un vaglio stringente e obiettivo circa il merito del credito della società, pertanto non vi è ragione di proteggerle con l’imposizione di limiti quantitativi all’emissione²³⁹.

Altra ragione che si può arguire è la seguente: si è voluto evitare che le emissioni di obbligazioni in favore di investitori professionali tolgano spazio alla possibilità per la società di collocare i titoli obbligazionari tra il pubblico non specializzato.

Le banche “*per la loro qualifica non hanno bisogno di speciale tutela*”²⁴⁰: possono dunque, nell’esercizio della loro libertà contrattuale e nel rispetto della normativa di settore, sottoscrivere un prestito obbligazionario anche qualora l’emittente non abbia capitale o riserve di alcun genere, e versi in situazione di insolvenza. In altre parole la norma “*sembra escludere l’applicazione del limite di cui al*

²³⁹ S. LUONI, *Obbligazioni, strumenti finanziari, titoli di debito nelle società di capitali*, cit.; P. G. MARCHETTI, *Le obbligazioni*, in *Il nuovo ordinamento delle società – Lezioni sulla riforma e modelli statuari*, Milano, 2003, p. 219.

²⁴⁰ Al contrario degli investitori non professionali ai quali le banche stesse potrebbero trasferire i titoli emessi in sovrannumero: in tal senso è imposta la responsabilità solidale della banca che trasferisca le obbligazioni. Sul punto si ricorda il disposto dell’art. 11 comma 4 quinquies del D.Lgs. 37/2004: “A fini di tutela del risparmio, gli investitori professionali, che ai sensi del codice civile rispondono della solvenza della società per le obbligazioni, i titoli di debito e gli altri strumenti finanziari emessi dalla stessa, devono rispettare idonei requisiti patrimoniali stabiliti dalle competenti autorità di vigilanza” nonché la deliberazione C.I.C.R. 19 luglio 2005 n. 1058 art. 5 comma 2: “L’identità del garante e l’ammontare della garanzia devono essere indicati sugli strumenti finanziari di raccolta di cui all’art. 3 e sui registri ad essi relativi

*primo comma quando, per la natura del soggetto creditore, non sussiste un deficit informativo e il sottoscrittore è pienamente in grado di valutare il merito creditizio dell'emittente, e sembra voler garantire i successivi prenditori dei titoli che difettano di tali qualità prevedendo una responsabilità ope legis a carico di chi trasferisce il rischio di credito.”*²⁴¹

La dottrina che si è occupata dell'art. 2412 co. 2 c.c.²⁴² ha inoltre sottolineato che la norma troverebbe un'ulteriore giustificazione. In materia contrattuale il legislatore italiano non ha mai posto limiti al ricorso al finanziamento bancario da parte di società attraverso l'intermediazione creditizia; la norma previgente sanciva un'eccezione a tale principio, che nel 2003 si è deciso di espungere: “*la previsione del secondo comma dell'art. 2412 c.c. impedisce l'introduzione nel nostro ordinamento di una ingiustificata discriminazione tra forme di debito cartolari e non, in quanto si tratta pur sempre di raccolta intermediata*”²⁴³.

Oggi, dunque, vi è una totale parificazione tra strumento societario e strumento contrattuale quando a sottoscrivere le obbligazioni è un investitore professionale: in entrambi i casi non vi sono limiti di diritto privato all'erogazione di credito all'impresa²⁴⁴. Non vi è quindi un limite temporale, né un limite patrimoniale cui la società deve attenersi per ottenere credito da parte di investitori professionali (banche): tutto è rimesso al giudizio discrezionale dell'operatore specializzato, capace (sia in un caso che nell'altro) di vagliare adeguatamente il merito del credito.

Unico baluardo resta dunque, anche per gli strumenti di finanziamento a base societaria, la normativa di settore, che impone alla banca oneri e cautele nella valutazione dei soggetti destinatari di finanziamento (il c.d. vaglio del merito del credito).

Non è superfluo sottolineare che da più di un secolo la dottrina di diritto bancario²⁴⁵ ha ricompreso, nel concetto di “esercizio del credito” che caratterizza l'attività bancaria, non solo la stipulazione di contratti bancari, ma anche la sottoscrizione di titoli di debito (in primo luogo, le obbligazioni di s.p.a.).

²⁴¹ A. CARBONE, *The liability of professional underwriters for transfer of corporate bonds issued beyond legal limits*, cit., p. 7.

²⁴² N. SALANITRO, *Strumenti di investimento finanziario e sistemi di tutela dei risparmiatori*, in *B. B. T. C.*, 2004, 1, p. 284.

²⁴³ A. CARBONE, *The liability of professional underwriters for transfer of corporate bonds issued beyond legal limits*, cit., p. 8.

²⁴⁴ Salvo quanto disposto dalla legge in tema di mutuo fondiario, con riferimento al rapporto tra finanziamento e valore dell'immobile concesso in ipoteca a garanzia del credito della banca – art. 38 co. 2 TUB.

²⁴⁵ In tal senso R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., Quarta Edizione, p. 206; A. ARCANGELI, *La natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, 1, p. 23 ss.; G. MOLLE, *Il «Caso Giuffrè» e la legge bancaria*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1960, 1, p. 407 ss.; A. CRESPI, *Attività bancaria e raccolta di risparmio non autorizzato*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1960, 1, p. 497 ss.

Si può, alla luce di questi approfondimenti, dare risposta alla domanda iniziale: la sottoscrizione di un prestito obbligazionario da parte della banca è attività di finanziamento, non soggetta a limiti endogeni²⁴⁶, e dunque suscettibile di fondare responsabilità per concessione abusiva del credito²⁴⁷.

Le ragioni di questa affermazione riposano nell'iter argomentativo anzi svolto, e sono così sintetizzabili.

In primo luogo, con riferimento alla natura giuridica del prestito obbligazionario, si è dimostrato si tratta di una emissione di titoli di credito che rappresentano frazioni uguali di un'unitaria operazione di finanziamento a titolo di mutuo. Le conseguenze, fisiologiche e patologiche, dell'istituto devono essere fatte discendere dal suo fondamento giuridico e non dal regime di circolazione cartolare (né dalla struttura organica che la legge dispone a tutela degli interessi degli obbligazionisti). L'incorporazione dei diritti nei titoli e la presenza di un'assemblea degli obbligazionisti, infatti, non incide sulla funzione economico-giuridica del negozio, né sulle sue ripercussioni sul mercato (nel nostro caso, il riferimento è alla concessione abusiva del credito).

In secondo luogo, si è argomentato che l'attuale disciplina codicistica, al contrario della previgente, non pone più limiti alla sottoscrizione di obbligazioni da parte di investitori professionali: non si può dunque riscontrare alcun esimente di responsabilità per banca nelle norme di cui agli artt 2410 s.s. c.c. L'operatore bancario può cioè sottoscrivere obbligazioni senza limiti, così come è libero, in sede contrattuale, di convenire liberamente l'ammontare del finanziamento con il debitore. Se fosse permessa la libera sottoscrizione di obbligazioni della s.p.a. in crisi, ma non il suo libero finanziamento, il prestito obbligazionario diverrebbe un *safe harbour* per le banche che desiderino finanziare soggetti insolventi senza assumersi il rischio di rispondere per concessione abusiva del credito.

In terzo luogo si deve guardare all'evoluzione normativa e alla *ratio legis*, in ottica funzionale. Dalla Relazione alla Riforma del 2003 emerge chiaramente che il legislatore pretende dall'investitore istituzionale (esente dai limiti di cui all'art.2412 co. 1 c.c.) un corretto vaglio del merito del credito. Inoltre, dagli studi della dottrina, emerge che la riforma ha voluto parificare il capitale di credito concesso con strumenti negoziali e quello emesso con strumenti di diritto commerciale.

Per le ragioni anzi sintetizzate, pare configurabile una concessione abusiva di credito qualora la banca sottoscriva un prestito obbligazionario di una società (che sapeva – o doveva sapere – essere)

²⁴⁶ S. LUONI, *Obbligazioni, strumenti finanziari, titoli di debito nelle società di capitali*, cit. .

²⁴⁷ A. CARBONE, *The liability of professional underwriters for transfer of corporate bonds issued beyond legal limits*, cit., p. 20 ss.

irreversibilmente insolvente, al ricorrere di tutti i presupposti di fatto e di diritto che sono oggetto di questo studio.²⁴⁸

Una conferma di questo orientamento, poco esplorato, si può trarre da un tema oggetto di maggiori attenzioni da parte della dottrina²⁴⁹ e della giurisprudenza²⁵⁰: è ormai piuttosto condivisa l'opinione per cui le norme che reprimono le pattuizioni usurarie (l. 108/1996, art. 644 c.p.) sono applicabili anche ai prestiti obbligazionari di s.p.a. Si desume un riferimento testuale dalle Istruzioni elaborate dalla Banca d'Italia e dall'UIC²⁵¹, le quali annoverano – al punto B.2.12 – tra le operazioni escluse dall'obbligo di segnalazione periodica i "finanziamenti effettuati con fondi raccolti mediante emissione di obbligazioni di serie speciale con la clausola di convertibilità in azioni di società terze regolati a condizioni prossime a quelle della relativa provvista" – con ciò implicitamente dimostrando che il prestito obbligazionario è tra le operazioni sottoposte alla disciplina dell'usura²⁵².

Ciò da un lato dimostra chiaramente la natura creditizia dell'operazione, e dall'altro lato permette di ritenere che possano essere estese al prestito obbligazionario anche altre considerazioni sui contratti di credito in generale, prima tra queste la responsabilità per concessione abusiva del credito.

²⁴⁸ Circa il rapporto tra responsabilità delle banche e prestiti obbligazionari emessi in stato di crisi è intervenuta una recente pronuncia del Trib. Roma, 3 novembre 2009, in www.ilcaso.it. Si deve da principio notare che l'ipotesi presa in esame dai giudici non riguarda però la concessione abusiva del credito. In fatto, un gruppo di società aveva emesso obbligazioni ex art. 2412 c.c. fruendo dell'opera di alcune banche, le quali rivestivano il ruolo non di sottoscrittrici, bensì di *lead manager*, cioè collocatrici sul mercato dei *bond* emessi dalle diverse società.

Le società emittenti, che già si trovavano in dissesto al momento dell'emissione, hanno agito in giudizio, pretendendo dalle banche (*lead manager*, non sottoscrittrici) il risarcimento dei danni derivanti dall'aggravamento della rispettiva insolvenza. Si noti che le stesse attrici hanno precisato che il risarcimento richiesto non riguarda il danno patito dai creditori delle società insolventi, bensì un danno diretto al patrimonio delle società stesse, cagionato dall'incauto comportamento delle banche.

Le attrici hanno sostenuto in giudizio che le banche, nella loro qualità di intermediari finanziari e collocatori del prestito tra il pubblico, hanno concorso con gli amministratori e i sindaci a determinare il differimento dell'emersione dello stato di insolvenza – così ledendo il patrimonio stesso delle emittenti.

Il tribunale ha ammesso la competenza dei commissari straordinari (tema centrale, sul quale si tornerà nella Seconda Sezione) ma ha rigettato le domande attoree per assenza di nesso di causalità: il comportamento degli organi sociali è stato considerato da solo sufficiente ad integrare il danno, e il ruolo degli operatori bancari all'interno del prestito obbligazionario è stato definito accessorio e privo di una autonoma incidenza causale.

²⁴⁹ M. DELUCCHI, *Interessi usurari su prestito obbligazionario: un dibattito in corso*, in *Le Società*, 2001, 7, p. 825 ss.; S. DE ANGELI - L.E. RUSCONI, *Il mezzanine finance. Profili tecnici e giuridici*, Milano, 2008, p. 50. Nello stesso senso la prassi operativa: STUDIO LEGALE CHIOMENTI, *Newsletter Private Equity IT*, 2010 n. 4 in www.chiomenti.net.

²⁵⁰ Per quanto in senso dubitativo - Trib. Saluzzo ordinanza 27 febbraio 2001, in www.iusimpresa.com.

²⁵¹ Precisamente "Istruzioni per la rilevazione del tasso effettivo globale medio ai sensi della legge sull'usura", emanate da Banca d'Italia con nota del 30 settembre 1996. Naturalmente, il fatto che l'operazione sia esclusa dalla rilevazione dei tassi non significa che essa sia sempre lecita (sul punto C. BONORA, *La nuova legge sull'usura*, Padova, 1998, p. 73).

²⁵² M. CHIAIA - L. M. FRANCIOSI, *Strumenti finanziari a debito e usura*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2005, 4, p. 224 ss. nota 20 – i quali danno atto di questo spunto testuale, ma sostengono la tesi opposta: affermano cioè che il prestito obbligazionario sia escluso dall'applicazione delle norme penali in tema di usura in quanto non potrebbe essere agevolmente fatto rientrare in nessuno dei tassi di soglia di riferimento dettati dalla legge.

B. I TITOLI DI DEBITO IN S.R.L.

Le considerazioni svolte sin'ora attengono all'emissione di titoli obbligazionari da parte di società per azioni e in accomandita per azioni. Sino al 2003, infatti, le società a responsabilità limitata, per limite tipologico, non conoscevano strumenti di finanziamento "societari": non era ammessa la raccolta di capitale di credito tra il pubblico in nessuna forma. La SRL per finanziarsi poteva esclusivamente ricorrere alla strada del finanziamento contrattuale.

Con la Riforma delle società di capitali del 2003 questo limite è stato abbattuto: il nuovo art. 2483 c.c. permette alla SRL di emettere "titoli di debito"²⁵³ i quali possono essere però sottoscritti "*soltanto da investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali*". I sottoscrittori sono inoltre responsabili della solvenza della società emittente in caso di successiva circolazione dei titoli tra soggetti che non siano investitori professionali o soci della società.

Come nota la stessa Relazione al d.lgs. 6/2003²⁵⁴, "*si è dettata sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo una soluzione analoga a quella prevista dall'articolo 2412, 2° comma, per l'emissione di obbligazioni da parte di società per azioni*".

La dottrina²⁵⁵ riconosce a tali titoli di debito il carattere causale del mutuo: sussiste un obbligo di restituzione, in quanto la stessa lettera del codice parla di "prestito" e di "modalità di rimborso".

Si possono dunque ripercorrere le argomentazioni svolte circa l'art. 2412 co. 2 c.c.: non ponendosi limiti all'emissione di titoli di debito, e trattandosi di titoli riservati ad intermediari professionali, non vi è ragione di escludere la responsabilità per concessione abusiva di credito nel caso in cui la banca decida di sottoscriverli. Nonostante l'ampia possibilità di dettagliare l'emissione e caratterizzarla in sede deliberativa, non si può infatti ai nostri fini distinguere la posizione del sottoscrittore del titolo di debito dal mutuante in sede contrattuale. La dottrina più rigorosa giunge infatti ad affermare che il diritto al rimborso del capitale non solo sia connaturato all'istituto giuridico, ma addirittura non possa essere condizionato all'andamento economico della società²⁵⁶.

²⁵³ Sul punto, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, cit., p. 506 ss.

²⁵⁴ Relazione al d.lgs. 6/2003 par. 11.

²⁵⁵ P. SPADA, *L'emissione dei titoli di debito nella «nuova» società a responsabilità limitata*, in *Rivista delle società*, 2003, 4, p. 799; B. LIBONATI, *Diritto commerciale, Impresa e Società*, Milano, 2005 p. 462; G. CARRARO, *Titoli di massa e nuovo diritto delle società*, Padova, 2004, p. 118, DOLZANI - CORSO, CNN Studio n. 5957/2005/I, *Titoli di debito: regime di responsabilità e limiti nella circolazione*; STELLA RICHTER JR., CNN Studio n.5562/2005/I, *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*.

²⁵⁶ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, cit., p. 506 ss.

C. GLI STRUMENTI FINANZIARI PARTECIPATIVI

La Riforma del 2003 ulteriormente inciso sulle modalità di finanziamento per le società di capitali, introducendo l'istituto degli strumenti finanziari partecipativi. Ciò ha generato un'ulteriore sfumatura di colore tra il capitale di rischio e il capitale di credito²⁵⁷.

Nello specifico l'art. 2346 co. 6 c.c. ammette che la società per azioni, a fronte di un apporto (che può consistere anche nella prestazione d'opera o di servizi), emetta strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali e anche amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. Per il resto, regolamentazione degli strumenti finanziari in questione è rimessa all'autonomia statutaria.

La dottrina²⁵⁸ che si è occupata del complesso tema ha sottolineato due aspetti centrali.

Da un lato, il legislatore ha permesso che, a mezzo degli strumenti finanziari partecipativi, fossero apportati alla società anche opere e servizi (al contrario di quanto accade per i conferimenti ex art. 2342 co. 5 c.c.²⁵⁹). L'introduzione di tali strumenti finanziari permette di attribuire diritti (non solo patrimoniali ma anche amministrativi) a fronte di apporti di entità non conferibili (la dottrina prevalente estende a tutte le entità che si ritengono non conferibili in SPA la disciplina degli strumenti finanziari partecipativi) – in altre parole, a “*dare uno sbocco societario ai conferimenti cd. atipici*”²⁶⁰.

Altro elemento di grande rilevanza è che la società può modulare liberamente, con previsioni statutarie, il contenuto e i diritti facenti capo al sottoscrittore di strumenti finanziari partecipativi. E' quindi possibile garantire non solo diritti patrimoniali, come con le obbligazioni, ma anche diritti amministrativi, con la sola esclusione del voto in assemblea generale, riservato ai soci.

Si può dunque affermare che gli strumenti finanziari partecipativi possono garantire al sottoscrittore, a seconda della loro strutturazione statutaria, una posizione giuridica vicina a quella dei

²⁵⁷ G. FESTA FERRANTE, *Gli strumenti finanziari partecipativi*, in *Rivista del Notariato*, 2008, 6, p. 1231, afferma: “*Soprattutto per le società per azioni, la distinzione tra mezzi propri (capitale di rischio) e mezzi altrui (capitale di credito), un tempo netta e definita, finisce con il diventare evanescente di fronte a tecniche di finanziamento, qual è quella costituita dagli apporti a fronte dei quali sono emessi gli strumenti finanziari partecipativi ex art. 2346, comma 6, c.c., la cui collocazione nell'alveo degli uni o degli altri, come si vedrà, non può essere a priori stabilita, dipendendo dal concreto contenuto che agli stessi attribuirà l'autonomia privata*”. Da tale riflessione prendono spunto le pagine che seguono.

²⁵⁸ G. FESTA FERRANTE, *Gli strumenti finanziari partecipativi*, cit., p. 1231; F. MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Milano, 2004, p. 13; M. NOTARI, *Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi nella riforma delle società*, in *Consiglio Nazionale del notariato. Studi e Materiali. Anno III*, Milano, 2004, p. 615 ss.; TOMBARI - CNN Studio 5571/I/2005, *Strumenti finanziari <<partecipativi>> (art. 2346, ultimo comma, cod. civ.) e diritti amministrativi nella società per azioni*; G. CIAN, *Gli strumenti finanziari di s.p.a.: pluralità di fattispecie e coordinamento delle discipline*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2005, p. 382 ss.

²⁵⁹ In tal senso la Relazione al d. lgs. 6/2003 par. 3.

²⁶⁰ G. FESTA FERRANTE, *Gli strumenti finanziari partecipativi*, cit., p. 1231.

soci, connotata anche da un (seppur limitato) diritto di voto: sono cioè strumenti partecipativi al contratto sociale²⁶¹.

Sotto il profilo qui tematizzato, acquista massimo rilievo il dettato dell'art. 2411 co. 3 c.c., che prevede che la disciplina (sin'ora discussa) delle obbligazioni *“si applica inoltre agli strumenti finanziari, comunque denominati, che condizionano i tempi e l'entità del rimborso del capitale all'andamento economico della società”*.

La dottrina²⁶² chiarisce che qualora gli strumenti finanziari riconoscano al titolare il diritto al rimborso del capitale (benché eventualmente subordinato all'andamento della società) si applica la disciplina delle obbligazioni, e nello specifico i limiti fissati dall'art. 2412 c.c.

Da ciò è possibile trarre una prima conseguenza rilevante: si possono distinguere gli strumenti finanziari partecipativi a seconda che garantiscano o meno il diritto al rimborso del capitale. Nel primo caso, sotto un profilo contabile, saranno appostati a debito, e dunque risulteranno, come le obbligazioni, in una voce di passivo reale; nel secondo caso invece gli apporti dei sottoscrittori saranno riportati a patrimonio netto²⁶³.

In base a quanto concluso nel paragrafo 3.1, si può dunque affermare che possano essere parificati a finanziamenti solo gli strumenti finanziari partecipativi che – ex comb. disp. artt. 2346 co. 6 e 2411 co. 3 c.c. – prevedano l'obbligo per la società di rimborsare il capitale al sottoscrittore.

²⁶¹ M. NOTARI, *Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi nella riforma delle società*, cit., p. 615 ss.

²⁶² G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale II, Diritto delle società*, cit., p. 221.

²⁶³ Per completezza, e per permettere distinzioni più sottili, si riporta testualmente il pensiero di G. FESTA FERRANTE, *Gli strumenti finanziari partecipativi*, op. e loc. cit.: *“Per quanto riguarda l'iscrizione al passivo, invece, a seconda dei casi e, soprattutto, a seconda della presenza o meno della previsione del diritto patrimoniale (non partecipativo) alla restituzione, l'apporto verrà contabilizzato in una voce:*

a) di passività reale, cioè, di debito, nel caso di apporto giustificato da una causa generante il credito alla restituzione dell'apporto e, quindi, da una causa: a1) di finanziamento, a2) di cointeressenza impropria ovvero a3) ascrivibile ad un rapporto atipico, qualora – ma ciò è da considerare inusuale – il diritto di credito alla restituzione del controvalore dell'apporto sia previsto anche in caso di apporto di un bene in godimento ovvero d'opera o di servizio;

b) sempre di passività reale, e, quindi, di debito, nel caso in cui la causa che giustifica l'apporto e che genera il credito alla restituzione dello stesso è costituita dalla causa del contratto di associazione in partecipazione (contratto nel quale, come si è visto, tale credito è esistente solo in caso di apporto di una somma di danaro o di un bene in proprietà), con la peculiarità, però, a differenza dell'ipotesi precedente, che le eventuali perdite intaccheranno da subito il credito dell'associato alla restituzione dell'apporto;

c) di passività ideale, cioè di riserva, qualora l'apporto (anche di beni attribuiti in godimento, ovvero dell'opera o del servizio) sia giustificato da una causa atipica di capitale di rischio, senza che si conservi, cioè, un credito alla restituzione dell'apporto. Per tale riserva si potrebbero profilare gli stessi problemi di disciplina che ha visto e vede divisi gli interpreti in merito alla disciplina della riserva derivante dai versamenti in conto capitale; problemi legati, cioè, all'applicabilità, per alcuni – ed è la maggioranza – della disciplina della riserva soprapprezzo, per altri, invece, delle comuni regole delle riserve facoltative.”

Per un ulteriore approfondimento si confronti R. LUPI (a cura di), *La contabilità aziendale spiegata ai giuristi*, Seconda Edizione, Padova, 2005.

In questa ipotesi, cioè, la struttura giuridica dell'operazione, avente causa assimilabile a quella del mutuo, consente di riconoscere i requisiti che possono condurre ad un'affermazione di responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, in base alle argomentazioni anzi svolte in tema di emissione obbligazionaria e di titoli di debito.

Qualora manchi l'obbligo di restituzione, invece, benché non si possa parlare di capitale di rischio in senso stretto, il meccanismo giuridico che disciplina l'apporto e la remunerazione²⁶⁴ è molto distante dal finanziamento, mancando l'elemento essenziale della restituzione del quantum mutuato. Potendo avvicinare il secondo tipo di strumenti predetti al capitale di rischio, si deve trarre perciò la conclusione che la sottoscrizione da parte della banca di strumenti finanziari partecipativi che non prevedono obbligo di rimborso non può essere comportamento idoneo a fondare un'aspettativa meritevole nel mercato, e da ciò una responsabilità per concessione abusiva del credito.

D. CAMBIALI FINANZIARIE E *MINI BOND*

Trattando di strumenti di finanziamento di natura societaria, si può fare cenno all'importante riforma dell'anno 2012 concernente i c.d. *mini bond* e le cambiali finanziarie.

La crisi economica ha reso, come è noto, particolarmente difficoltoso il reperimento di capitale di debito, e dunque di finanziamenti, da parte del ceto bancario, e spesso i sistemi di finanziamento anzi descritti (titoli di debito, prestiti obbligazionari, finanziamenti da parte di soci, versamenti in conto capitale e a fondo perduto) non sono sufficienti per garantire un sufficiente equilibrio economico e la necessaria liquidità, soprattutto per le imprese di piccole e medie dimensioni.

Il Governo Monti con il D.L. 22 giugno 2012 n. 83, c.d. Decreto Sviluppo (convertito in l. 7 agosto 2012 n. 134 e modificato dal c.d. Decreto Sviluppo Bis, D.L. 18 ottobre 2012 n. 179 convertito in l. 17 dicembre 2012 n. 221), ha quindi elaborato, sulla scorta degli prodotti finanziari offerti dai più avanzati sistemi societari d'europa²⁶⁵, una riforma degli strumenti di raccolta di capitale di debito per le

²⁶⁴ Da molta dottrina qualificato causalmente come associazione in partecipazione F. MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, cit., p. 27; M. NOTARI, *Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi nella riforma delle società*, cit., p. 615 ss. – pur non potendosi escludere anche titoli causali diversi, quali la cointeressenza impropria (qualora la partecipazione sia agli utili e non alle perdite) o apporto atipico di capitale di rischio (in tal senso G. FESTA FERRANTE, *Gli strumenti finanziari partecipativi*, cit., p. 1231 ss.).

²⁶⁵ G. AMATO - E. BEZZI, *Nuovi strumenti di finanziamento: minibond e cambiali finanziarie*, in www.dirittobancario.it, Novembre 2013.

società non quotate e le Piccole Medie Imprese²⁶⁶ in generale. La nuova normativa ha importanti conseguenze fiscali, ma introduce anche discipline “alternative” applicabili sia al prestito obbligazionario che agli strumenti finanziari partecipativi.

L’art.32 del Decreto Sviluppo ha infatti permesso a tutte le società “non emittenti strumenti finanziari quotati” che non siano “microimprese”²⁶⁷ di emettere cambiali finanziarie²⁶⁸ e c.d. mini bond²⁶⁹. Inizialmente la normativa disponeva che sia cambiali finanziarie che obbligazioni fossero emesse in base alle seguenti condizioni:

- “ a) l'emissione sia assistita da uno sponsor;*
- b) l'ultimo bilancio dell'emittente sia assoggettato a revisione contabile da parte di un revisore legale o di una società di revisione legale iscritti nel Registro dei revisori legali e delle società di revisione;*
- c) i titoli siano: i. collocati esclusivamente presso investitori qualificati²⁷⁰ che non siano, direttamente o indirettamente, soci della società emittente; II. destinati alla circolazione esclusivamente tra tali investitori.”*

All’oggi, con l’intervento modificativo del Decreto Sviluppo Bis, tali obblighi permangono per l’emissione di cambiali finanziarie (finanziamenti di breve periodo), mentre non sono più vigenti per l’emissione di c.d. minibond (finanziamenti di medio - lungo periodo).²⁷¹

Allo scopo di facilitare la circolazione di minibond e cambiali finanziarie, Borsa Italiana ha sviluppato una piattaforma, detta “Extra Mot Pro” dedicata esclusivamente alla quotazione e allo

²⁶⁶ Sulla definizione di PMI e le soglie di qualificazione, cfr Raccomandazione 2003/361/Ce della Commissione Europea del 6 maggio 2003.

²⁶⁷ Ancora, cfr. Raccomandazione 2003/361/Ce della Commissione Europea del 6 maggio 2003. Si sottolinea che parte della dottrina che si è espressa sul punto esclude dall’applicazione dei minibond le società a responsabilità limitata, in quanto l’art.2412 c.c. non sarebbe applicabile che alle S.P.A.: R. CULICCHI - J. PUNA, *I nuovi strumenti di finanziamento per le imprese: i c.d. Mini-bonds*, in www.dirittobancario.it, Gennaio 2014. In contrario si potrebbe sostenere che la norma speciale (art. 32 co. 1) nell’identificare i soggetti legittimati al ricorso all’istituto, esclude solo le microimprese e le banche: la SRL sarebbe pienamente ricompresa nella definizione di “società” ex art.32 co. 1 D.L. Impedendo alle SRL il ricorso ai minibond si avrebbe l’effetto di impedire l’applicazione della disciplina di legge alla maggior parte dei potenziali soggetti interessati (in Italia le PMI sono quasi tutte in forma di SRL).

²⁶⁸ L. 13 gennaio 1994 n. 43, artt. 1 e seguenti. Dal Decreto Sviluppo sono stati modificati i termini di durata (minimo un mese, massimo trentasei mesi) dell’emissione della cambiale finanziaria, ed è stata disciplinata la possibilità che le cambiali stesse siano de materializzate (commi 5 e 7 art.32 D.L. 22 giugno 2012 n. 83).

²⁶⁹ Si tratta di titoli obbligazionari emessi da società non quotate destinati a circolare in “sistemi multilaterali di negoziazione”.

²⁷⁰ Art.100 D.L. 24 febbraio 1998 n. 58. Attualmente, il Decreto Destinazione Italia (D.L. 145/2013) ha ampliato il novero dei potenziali sottoscrittori, facendovi rientrare anche le imprese di assicurazione e i fondi pensione.

²⁷¹ R. CALUGI - G. PAGLIETTI (a cura di), *I mini-bond. Istruzioni per l’uso*, 2013, Consorzio Camerale per il credito e la finanza e Camera di Commercio di Milano, in www.consorzioamerale.eu.

scambio di tali strumenti finanziari²⁷². Il legislatore ha anche disposto una serie copiosa di vantaggi fiscali per la società emittente, che favoriscono e incentivano il ricorso agli istituti in esame.

Trattando anzitutto dei c.d. *mini bond* assume ai nostri fini centrale rilevanza il comma 26 dell'art. 32 Decreto Sviluppo, che ha modificato l'art. 2412 c.c. disponendo nel quinto comma, tra l'altro, che i limiti di emissione ex art. 2412 co. 1 e 2 non si applichino per le obbligazioni “*destinate ad essere quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione*”.

In questo modo l'emissione di *mini bond* è sempre svincolata da ogni rapporto con le risultanze del patrimonio netto della società, non sussistendo alcun limite quantitativo alla loro emissione.

Anche questa innovazione, come quella introdotta con la Riforma del 2003 in tema di obbligazioni sottoscritte da investitori professionali (art. 2412 co. 2 c.c. anzi commentato) ha la precisa finalità di favorire l'accesso al credito per le piccole e medie imprese, al di fuori dei canali bancari contrattuali, mediante raccolta di capitale di credito in via diffusa.

Limitando l'approfondimento sul tema al rapporto tra emissione di *mini bond* e concessione abusiva del credito, si può argomentare, in base alle riflessioni già svolte in questo paragrafo, che la banca che sottoscriva strumenti finanziari ex art. 32 Decreto Sviluppo non si possa dire immune dal rischio di responsabilità per concessione abusiva del credito.

Si tratta infatti di apporti di capitale di credito, soggetti ad obbligo di restituzione, idonei a generare nel mercato la convinzione della solvibilità dell'emittente, secondo i principi anzidetti in tema di emissione obbligazionaria. Ciò in particolare quando il sottoscrittore è una banca (per le ragioni espresse nel precedente Capitolo 2) e anche in ragione del fatto che l'accesso alla piattaforma “Extra Mot Pro” è subordinato al vaglio di alcuni requisiti patrimoniali circa la qualità della società. Pur essendo stato eliminato con il Decreto Sviluppo Bis l'obbligo di affiancarsi ad uno sponsor che attesti la “qualità” dei titoli negoziati, la società emittente è comunque sottoposta ad un vaglio di merito per l'accesso al sistema multilaterale di negoziazione²⁷³. Tale scrutinio, però, non può sostituire quello dell'investitore-finanziatore, soprattutto nel caso si tratti di una banca.

Venendo alle cambiali finanziarie, sussiste invece il requisito dell'affiancamento di uno sponsor alla società emittente; gli obblighi dello sponsor sono contenuti principalmente nei commi 15, 16 e 17 dell'art. 32 del Decreto Sviluppo.

²⁷² G. AMATO - E. BEZZI, *Nuovi strumenti di finanziamento: minibond e cambiali finanziarie*, cit.

²⁷³ www.borsaitaliana.it per l'analisi dei requisiti informativi e patrimoniali di accesso alla negoziazione; www.creditrating.crif.com per i dati statistici circa le società che sino ad oggi hanno avuto accesso alla piattaforma Extra Mot Pro.

“15. Lo sponsor assiste la società nella procedura di emissione dei titoli supportando l'emittente nella fase di emissione e di collocamento. Egli assume altresì con l'emittente impegni volti ad assicurare la liquidabilità, almeno a intervalli predefiniti, dei titoli fino alla scadenza. [...]

16. Lo sponsor mantiene nel proprio portafoglio, fino alla naturale scadenza, una quota dei titoli emessi non inferiore al 5% del valore di emissione dei titoli, per le emissioni fino a 5 milioni di euro, al 3% del valore di emissione eccedente 5 milioni di euro, fino a 10 milioni di euro, in aggiunta alla quota precedente, ed il 2% del valore di emissione eccedente 10 milioni di euro, in aggiunta alle quote anzidette.

17. Lo sponsor procede ad una valutazione periodica, almeno semestrale, del valore dei titoli. Lo sponsor provvede altresì, tramite propri modelli formalizzati, alla classificazione dell'emittente in una categoria di rischio identificata secondo procedure che tengano conto della qualità creditizia delle imprese, avendo riferimento alla Comunicazione della Commissione Europea 2008/C 14/02, relativa alla revisione del metodo di fissazione dei tassi di riferimento e di attualizzazione. In particolare, lo sponsor classifica l'emittente con periodicità almeno semestrale, e comunque ogniqualvolta intervengano elementi straordinari atti a modificare il giudizio, distinguendo almeno cinque categorie di qualità creditizia dell'emittente (ottima, buona, soddisfacente, scarsa e negativa), da incrociarsi, per le operazioni garantite, con i livelli di garanzia elevata, normale o bassa. Lo sponsor rende pubbliche le descrizioni della classificazione adottata e ne aggiorna tempestivamente i contenuti ogni qual volta sia necessario.”

Naturalmente lo sponsor, a fronte degli obblighi di legge caratterizzano la sua posizione, potrà essere chiamato a risarcire i danni cagionati alla società (si direbbe dunque a titolo di responsabilità contrattuale) e ai terzi creditori e investitori che abbiano confidato nelle sue attestazioni (responsabilità che si qualificherebbe come extracontrattuale).

Simili condotte illecite si devono distinguere dalla concessione abusiva di credito: la banca (o l'operatore-sponsor) in questo caso infatti non è chiamata a rispondere della sua attività in termini di *negligent lending*, poiché non assume mai il ruolo di finanziatore (quantomeno in senso stretto)²⁷⁴. La sua responsabilità potrebbe piuttosto assimilarsi a quella della società di rating²⁷⁵, fondata

²⁷⁴ L'obbligo di tenere nel proprio patrimonio una quota delle cambiali finanziarie emesse non pare ragione sufficiente per sostenere l'identità tra responsabilità dello sponsor e responsabilità per concessione abusiva di credito.

²⁷⁵ Sul punto si richiama F. GRECO, *La responsabilità "extracontrattuale" dell'agenzia di rating nei confronti dell'investitore*, in *Rivista di Diritto Bancario*, www.dirittobancario.it 30, 2013 – anche per un ampio approfondimento bibliografico.

sull'affidamento incolpevole che le false informazioni (dolosamente o colposamente diffuse sul mercato dallo sponsor) hanno prodotto negli investitori.

Resta ferma, sulla base delle considerazioni più volte riportate nelle pagine precedenti, una possibile responsabilità per concessione abusiva del credito nella sottoscrizione da parte della banca sia di *minibond* che di cambiali finanziarie: entrambi gli strumenti si possono infatti definire finanziamenti, sottoposti all'obbligo di restituzione, e idonei a fondare l'apparenza della solvibilità della società emittente.

Una precisazione conclusiva, concernente tutti gli strumenti di finanziamento "societari". Ho concluso questi spunti affermando che la banca può essere chiamata a rispondere per aver acquistato strumenti finanziari che prevedano il diritto per il sottoscrittore al rimborso del nominale versato (e degli eventuali interessi) – poiché tali fattispecie sono riconducibili alla struttura del mutuo. Potrebbe però sollevarsi una obiezione: la banca quando sottoscrive obbligazioni "per sé", non lo fa nell'esercizio dell'attività bancaria: pertanto viene meno l'onere di "sana e prudente gestione" e l'onere di rispettare la disciplina di settore. Questo basterebbe ad escludere il rischio di responsabilità per concessione abusiva del credito: questo sarebbe un illecito "soggettivamente qualificato" dal ruolo istituzionale del banchiere. Ma si è anzi detto che la tesi dominante da più di un secolo²⁷⁶ afferma che nel concetto di "esercizio del credito" che caratterizza l'attività bancaria, non solo la stipulazione di contratti bancari, ma anche la sottoscrizione di titoli di debito, obbligazioni, e altri strumenti simili.

L'obiezione si può in ogni caso superare anche aderendo a una tesi opposta: il ruolo dell'operatore bancario rileva infatti ai soli fini della determinazione del livello di diligenza e del grado della colpa. Perché sia chiamata a rispondere, non è strettamente necessario che la banca stia svolgendo la sua attività riservata; semplicemente, qualora operasse come finanziatore privato, sarà meno facilmente rimproverabile. Comunque sembra che, sotto il profilo dell'affidamento ingenerato dai terzi, il punto sia sempre trascurabile: il mercato guarda alla banca come autorità, per le sue capacità tecniche e le informazioni di cui dispone, senza distinguere a seconda che stia operando nel suo ambito "riservato" o al di fuori dello stesso. Proprio per questo si avvalora la tesi per cui la sottoscrizione di obbligazioni è erogazione di credito.

²⁷⁶ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., Quarta Edizione, p. 206; A. ARCANGELI, *La natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, 1, p. 23 ss.; G. MOLLE, *Il «Caso Giuffrè» e la legge bancaria*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1960, 1, p. 407 ss.; A. CRESPI, *Attività bancaria e raccolta di risparmio non autorizzato*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1960, 1, p. 497 ss.

3.5 MODALITÀ DI FINANZIAMENTO CONTRATTUALI E PROSPETTIVE DI RESPONSABILITÀ. RICERCA DEI TRATTI ESSENZIALI COMUNI DEI FINANZIAMENTI ABUSIVI

Senza voler negare la rilevanza degli strumenti societari diretti alla raccolta del capitale di credito, è indiscutibile che la prassi commerciale in Italia riconosca al finanziamento contrattuale bancario un ruolo di prim'ordine. Ciò tanto in situazioni fisiologiche, durante la vita della società in bonis, quanto in fase di crisi.

Il ricorso a contratti di finanziamento con lo scopo di fornire la società di mezzi economici necessari per lo sviluppo dell'attività imprenditoriale è radicato e caratteristico dell'ordinamento italiano. La dottrina civilistica e commercialistica²⁷⁷ ha da tempo criticato, sotto un profilo giuridico ed economico, tale prassi consolidata, sottolineando che la più comune patologia societaria in Italia è il perenne squilibrio tra capitale di rischio e capitale di credito.

Si offre un'ulteriore dimostrazione del ruolo determinante che assume l'operatore bancario nello svolgimento della sua attività. Soprattutto in un ordinamento caratterizzato dallo squilibrio tra capitale di rischio e capitale di credito, infatti, le decisioni della banca sul merito del credito della società assumono facilmente il ruolo di discriminare tra impresa florida e vitale e impresa in crisi di liquidità (e, in un più lungo periodo, irreversibilmente insolvente). In tal senso si possono richiamare le opinioni già discusse nel primo Capitolo della presente Sezione, sullo stringente legame tra capacità di ottenere finanziamenti dal mercato e apparente solvibilità e floridità dell'impresa²⁷⁸.

Si deve però notare che il termine "finanziamento contrattuale" è tutt'altro che univoco, dato che tale *genus* non è recepito né omogeneamente disciplinato nel nostro ordinamento. La difficoltà nasce dal fatto che il *nomen* "finanziamento" è mutuato dalle discipline economiche, ove esso genericamente indica tutte le vicende negoziali destinate all'approvvigionamento di mezzi finanziari per l'impresa.

²⁷⁷ Il pensiero è di G. B. PORTALE, da ultimo in *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in G. E. COLOMBO G. B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, 1 **, Torino, 2004, p. 41 ss.; sul punto anche A. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, cit., p. 119 ss. Sul rapporto tra tale problematica e la concessione abusiva del credito O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, cit., p. 875; A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 22.

²⁷⁸ G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 5; F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 38 ss.; G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, cit., p. 23 e 29; S. SATTÀ, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 44; E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi d'impresa*, cit., p. 107.

La dottrina civilistica classica²⁷⁹ offre invero una definizione più puntuale, utile per lo meno a circoscrivere l'ambito d'indagine rispetto al *mare magnum* dei finanziamenti intesi in senso economico. Sono definibili come finanziamenti “*tutti i negozi che possono servire ad apprestare, per un tempo determinato, mezzi economici di utilizzazione vincolata, a costituire cioè temporanee disponibilità finanziarie per una finalità convenzionale*”.

In altre parole, guardando alla causa dei contratti di finanziamento, si può certamente affermare, in prima analisi, che la finalità economico giuridica degli stessi è la messa a disposizione di apporti (susceptibili di valutazione economica) per un tempo limitato²⁸⁰.

Anche questa prima puntualizzazione non sembra sufficiente per circoscrivere il campo d'indagine. La problematica inoltre si infittisce, considerando la diffusa opinione per cui si dovrebbe anche distinguere tra contratti di finanziamento e contratti di credito²⁸¹. A fronte di opinioni che reputano “contratto di finanziamento” e “contratto di credito” espressioni sinonime, parte autorevole della dottrina ravvisa invece una serie di notevoli differenze causali e strutturali tra le due fattispecie²⁸². Nella seguente analisi delle opinioni espresse da dottrina e giurisprudenza in merito alle caratteristiche del contratto di finanziamento, si rimarcherà lo spazio logico e giuridico che la categoria dei “contratti di credito” può assumere in questo complesso panorama.

In base ad alcune ricostruzioni dottrinali, e a frequenti interventi del legislatore, può essere considerato finanziamento ogni tipo di apporto, anche avente ad oggetto beni diversi dal denaro, purché caratterizzato dall'offerta alla società di mezzi economici diversi dal capitale di rischio: in un'espressione metaforica, ogni apporto di “ossigeno” all'impresa.²⁸³

Come già detto, questa accezione (meno giuridica e più economica) dei contratti di finanziamento è spesso utilizzata dal legislatore: si pensi, in primo luogo, all'art. 2467 c.c. e all'art. 182 quater l.fall.²⁸⁴, ove sono disciplinati finanziamenti “*in qualunque forma effettuati*”; in secondo luogo rileva la lettera

²⁷⁹ M. FRAGALI, *Finanziamento*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 605.

²⁸⁰ Questa prima ricostruzione permette di escludere dal novero dei finanziamenti, ad esempio, gli apporti di capitale di rischio – come più compiutamente si è detto nel precedente par. 2.

²⁸¹ R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Torino, 2002, p. 6 e 7, ove si sostiene che l'attività finanziaria costituisce un genus al cui interno si inserisce l'attività bancaria riservata alle banche. L'attività finanziaria non coinciderebbe con l'attività creditizia, intesa come erogazione di denaro con l'obbligo di restituzione, come *infra* detto.

²⁸² Anticipando quanto espresso di seguito nel testo, si definisce contratto di credito solo quello connotato da requisiti stringenti e tipici (natura pecuniaria e obbligo di rimborso) – mentre molti, con il termine finanziamento, intendono anche un'ulteriore numero di contratti che tali requisiti non hanno.

²⁸³ La terminologia, frequente nel linguaggio giornalistico, è ripresa anche in dottrina: E. CIVERRA, *Il finanziamento delle società di capitali*, Milano, 2013, p. 8.

²⁸⁴ Rispettivamente in tema di finanziamenti da parte di soci in SRL e di preveducibilità dei crediti nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

dell'art.106 T.U.B. che permette agli intermediari finanziari non bancari lo svolgimento “*dell'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma*”²⁸⁵.

La stessa formulazione utilizzata dal legislatore porta la dottrina a considerare ricompresi nel dettato normativo innumerevoli forme contrattuali, quali ad esempio il factoring e il leasing²⁸⁶, la concessione di garanzie²⁸⁷, e persino (all'estremo) il rilascio di lettere di patronage²⁸⁸.

In altre parole, la tesi sostiene che qualunque strumento negoziale diretto a fornire all'imprenditore mezzi economici per lo svolgimento della sua attività, sottoposti a un termine per la restituzione (non coincidente con lo scioglimento della società), sia da inquadrare nella genus dei finanziamenti (e non sia parificabile a capitale di rischio, ma definibile come capitale di credito).

Un'opinione intermedia²⁸⁹ ritiene requisiti minimi del contratto di finanziamento “*esistenza di un diritto alla restituzione da parte della società*” e la “*fruizione, da parte di quest'ultima, di un beneficio e un'utilità non reperibile sul mercato in maniera ordinaria attraverso altri mezzi*”²⁹⁰.

²⁸⁵ Il decreto del Ministero del Ministro del Tesoro del 6 luglio 1994 spiega la nozione di attività finanziaria ex art. 106 T.U.B. disponendo che “*per attività di finanziamento sotto qualsiasi forma si intende la concessione di crediti ivi compreso il rilascio di garanzie sostitutive e di impegni di firme*” ma anche “*ogni tipo di finanziamento connesso con operazioni di: a) locazione finanziaria; b) acquisto di crediti; c) credito al consumo [...] fatta eccezione per la forma tecnica della dilazione di pagamento; d) credito ipotecario; e) prestito su pegno; f) rilascio di fideiussioni, avalli, aperture di credito documentarie, girate, nonché impegni a concedere crediti*” – con ciò adottando una prospettiva di massima ampiezza per determinare le possibili competenze dell'operatore non bancario.

²⁸⁶ Si è detto che gli intermediari finanziari non bancari hanno tra le loro competenze l'attività di finanziamento, ma occorre una doverosa precisazione. L'attività di erogazione di credito intesa in senso stretto è attività riservata alle banche ex art.10 comma 2 T.U.B. Pertanto la dottrina, e lo stesso decreto del Ministro del Tesoro citato nella nota precedente, ha ritenuto che la formulazione degli artt. 106 e 107 T.U.B. possa ricomprendere la stipulazione di tutti i contratti *lato sensu* di finanziamento ulteriori rispetto a quelli riservati all'attività bancaria – e dunque, a titolo di esempio, proprio i contratti di leasing, factoring, credito al consumo. Sul punto cfr. ASSONIME, *La disciplina degli intermediari finanziari dopo i decreti 13 agosto 2010 n. 141 e 14 dicembre 2010 n. 218 (modifiche al testo unico bancario)* – Circolare Assonime 11/2011, in *Rivista della Società*, 2011, 4, p. 745; R. BRAMATO, *Il nuovo art. 106 T.U.B.: l'Intermediario Finanziario Vigilato*, in www.dirittobancario.it, Febbraio 2013 p. 1 ss.; L. PERFETTI in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAMPIGLIONE, Tomo Terzo, Padova, 2012, p. 1397 ss.; G. DE GENNARO, *Impatto delle modifiche introdotte dal d.lgs.141/2010 sui soggetti operanti nel settore finanziario. I contratti di credito ai consumatori e le modifiche al titolo V del T.U.B. in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Magistra Banca e Fiananza* – www.tidona.com – 5 novembre 2010; F. CAPRIGLIONE, *Holding di partecipazione e nuova regolazione degli intermediari finanziari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito* 2011, 2, p. 196; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Quinta Edizione, cit., passim.

²⁸⁷ L'opinione non è unanime, ma fortemente sostenuta in dottrina: G. TANTINI, *I versamenti dei soci alle società*, in G. E. COLOMBO G. B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, I, 3, Torino, 2004, p. 797 ss.; A. IRACE, *sub art. 2467*, in A.A. V.V., *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI - V. SANTORO, 3, Torino, 2003, p. 345; D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, I, p. 399 ss.; ARISTEIA, *La disciplina dei finanziamenti dei soci*, documento n. 63, giugno 2006, p. 13 e 14, in www.irdcec.it; ID., *Profili di criticità nell'applicazione dell'art. 2467 c.c.: società di capitali diverse dalle s.r.l. e finanziamenti “indiretti”*, documento n. 17, aprile 2013, p. in www.irdcec.it; in giurisprudenza, conformemente, Trib. Udine, 21 febbraio 2009, in www.unijuris.it.

²⁸⁸ Trib. Udine, 16 marzo 2012, in www.dirittobancario.it

²⁸⁹ M. MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2010, 1, p. 805 ss.

Con ciò si inizia a definire meglio un elemento tecnico giuridico essenziale: l'obbligazione principale del soggetto finanziato è la restituzione dei diritti oggetto del contratto (o del *tantundem*) a seguito del decorso di un determinato arco di tempo. Non si tratta in altre parole di contratti a termine finale, ma di contratti di durata, che possono anche assumere la connotazione di contratti ad esecuzione periodica, qualora il rimborso sia rateale e non in unica soluzione a scadenza.²⁹¹

Si deve sottolineare che la seconda parte della definizione di finanziamento non delinea un vero requisito sotto il profilo tecnico giuridico: è piuttosto una considerazione di natura economica. Infatti, l'attitudine del negozio a garantire all'impresa dei benefici specifici, non fungibili, e non altrimenti acquistabili sul mercato non pare sia una caratteristica precipua ed esclusiva del finanziamento – risulta invece espressione del “*miracle of contract*” teorizzato in analisi economica del diritto²⁹², e valido per tutti i contratti.

Giungendo infine all'opinione più restrittiva, si potrebbe parlare di finanziamento in senso giuridico solo al ricorrere di due caratteristiche essenziali: la natura di credito pecuniario e l'obbligo di restituzione della somma di denaro entro un determinato termine. Carattere accessorio ma rilevante è l'onerosità, che assume generalmente la forma dell'obbligo di corresponsione di interessi.²⁹³

L'opinione è sostenuta da autorevole dottrina²⁹⁴, che restringe il campo dei finanziamenti agli schemi negoziali che “*inizino e terminino con il denaro, indipendentemente dalla specifica natura giuridica e connessione, dei singoli atti o negozi che possano giuridicamente puntualizzare tali operazioni*”; inoltre elemento necessario sarebbe il tempo, in quanto “*è appunto il far godere l'altra parte della disponibilità del denaro per un certo periodo di tempo ciò che giustifica l'operazione stessa*”. È proprio quest'ultima concezione del finanziamento che si sovrappone fortemente col concetto di contratto di credito.

²⁹⁰ ARISTEIA, *Profili di criticità nell'applicazione dell'art. 2467 c.c.: società di capitali diverse dalle s.r.l. e finanziamenti “indiretti*, cit., p. 14, in www.irdcec.it.

²⁹¹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV edizione, Napoli, 2009, p. 1151 ss..

²⁹² R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - R. PARDOLESI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006.

²⁹³ Similmente sul punto ARISTEIA, *Profili di criticità nell'applicazione dell'art. 2467 c.c.: società di capitali diverse dalle s.r.l. e finanziamenti “indiretti*”, cit., p. 5, in www.irdcec.it – ove si sostiene che i due requisiti dell'apporto di capitale di credito siano “*la remunerazione certa, sotto forma di interesse [...]*” e “*il diritto alla restituzione dell'importo prestato alla scadenza [...]*”.

²⁹⁴ P. FERRO LUZZI, *L'attività bancaria*, in P. FERRO LUZZI - G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria. Commentario*, Milano, 1996, I, p. 233.

Il contratto di credito è una categoria giuridica non disciplinata dal legislatore, frutto delle ricostruzioni della dottrina tedesca, e ripresa da oltre sessant'anni dalla dottrina civilistica italiana²⁹⁵. Si possono definire “di credito” i contratti accomunati da due caratteristiche fondamentali: il trasferimento di proprietà di una somma di denaro e l'obbligo di restituzione del *tantundem*²⁹⁶.

In questo novero l'opinione civilistica classica include il contratto di mutuo (e il prestito di denaro in generale), il deposito irregolare, i contratti bancari tipici, il pegno irregolare, il quasi - usufrutto e la rendita vitalizia²⁹⁷.

Un'interessante opinione parla, per i contratti di credito, di operazione di sostituzione: sussisterebbe un duplice trasferimento di proprietà di cose identiche per genere e qualità (il primo dal finanziatore al finanziato, e il secondo opposto), cui si accompagnerebbe una clausola di differimento dell'obbligo restitutorio²⁹⁸.

La categoria giuridica si è evoluta nel tempo: inizialmente si riteneva requisito essenziale il trasferimento immediato e attuale della proprietà della somma di denaro al soggetto accreditato. Oggi la dottrina ammette la qualifica di contratto di credito anche per contratti, quali l'apertura di credito, in cui non avviene un immediato trasferimento di proprietà, ma la somma di denaro è messa a disposizione dell'accreditato, per essere utilizzata nel momento in cui occorra²⁹⁹. Le conseguenze di quest'ultimo passaggio comportano ulteriori complessità: percorrendo questa strada fino in fondo si giungerebbe ad attribuire natura di contratto di credito anche a negozi in cui la messa a disposizione di denaro avviene solo “*contestualmente alla cessione per l'incasso di fatture e/o effetti*” ovvero “*subordinatamente al verificarsi di un determinato evento preventivamente concordato*”³⁰⁰ come nel caso dei crediti di firma³⁰¹. L'effetto sarebbe quello di espandere notevolmente l'ampiezza della categoria dei contratti di credito, inserendovi strumenti negoziali che non partecipano, *prima facie*, alla stessa natura e alla stessa causa degli altri strumenti di credito anzi enucleati³⁰².

²⁹⁵ E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953; R. CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *B.B.T.C.*, 1982, 1, p. 580 ss. (particolarmente p. 605); R. RASCIO, *Contratto di finanziamento: apertura di credito o promessa di mutuo?*, in *Dir. Giur.*, 1957, p. 390; M. BACCIGALUPI, *Note sul contratto di finanziamento*, in *Dir. Econ.*, 1955, p. 103. Più recentemente A. GALASSO, *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 1971, p. 34; ID., *Credito (contratti di)*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. civ.*, V, Torino, 1989, p. 25; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995 p. 669 ss.

²⁹⁶ F. GIORGIANNI - C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, cit., p.354.

²⁹⁷ E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, cit.

²⁹⁸ G. GIAMPICCOLO, *Mutuo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1977, p. 444 ss.

²⁹⁹ F. GIORGIANNI - C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, cit., p. 356.

³⁰⁰ In tal senso si esprimono F. GIORGIANNI - C.M. TARDIVO, *op. e loc. ult. cit.*

³⁰¹ Sul punto, in particolare con riferimento alla natura del credito di firma e alla sua idoneità ad essere oggetto di concessione abusiva del credito *amplius infra*, nelle pagine seguenti di questo Capitolo.

³⁰² Si tenterà un'esemplificazione trattando delle singole fattispecie contrattuali dubbie, nelle pagine che seguono.

Si ritiene preferibile l'opinione, espressa anche in giurisprudenza³⁰³, per cui la natura di contratto di credito richiede una disponibilità diretta del denaro, non rilevando quindi le ipotesi di "finanziamento indiretto", tra le quali parte della dottrina fa rientrare anche le garanzie³⁰⁴.

Si deve anche accennare all'opinione di chi³⁰⁵ ha enucleato un ulteriore requisito dei contratti di credito, sotto l'aspetto soggettivo: sarebbe contratto di credito "l'apprestamento di mezzi finanziari da parte di chi può o meno svolgere professionalmente attività finanziaria in favore di un soggetto"³⁰⁶.

Senza pretesa di completezza, su un punto ancora oggi fortemente discusso, si deve far emergere il controverso rapporto tra contratti di credito e finanziamenti. Si nota infatti che solo parte degli autori³⁰⁷ esplicita una differenza tra le due categorie, e che ampia parte della dottrina e della giurisprudenza, nonché lo stesso legislatore, ricorrono quasi esclusivamente al termine più ampio, ma spesso più ambiguo, di finanziamento (in questo modo non distinguendo contratti connotati da natura pecuniaria e obbligo di restituzione e contratti che tali caratteristiche non hanno).

Prescindendo dal dibattito definitorio, ai fini che qui rilevano si può affermare che i contratti di finanziamento sono un *genus* ampio, all'interno del quale rilevano particolari contratti (anzi definiti "di credito" o "finanziamenti in senso restrittivo") caratterizzati dalla messa a disposizione di una somma di denaro e da un obbligo di restituzione del tantundem entro un periodo di tempo definito.

Nei contratti di credito, o finanziamenti in senso stretto, si ripete, "è necessario che ricorra da un lato l'attribuzione di una determinata quantità di denaro a favore del sovvenuto e dall'altro l'obbligo di quest'ultimo di restituire dopo un certo tempo il tantundem"³⁰⁸. Si può cioè sostenere che l'opinione detta "restrittiva" definisca proprio i contratti di credito, *species* del più ampio *genus* del finanziamento contrattuale³⁰⁹.

Il requisito del carattere pecuniario dell'attribuzione merita, nell'ottica della concessione abusiva del credito, un breve approfondimento.

³⁰³ B. CUSATO, *Il credito. Forme sostanziali e procedurali*, Padova, 2010, p. 209 ss.; G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1981, p. 218; Cass. 25 settembre 2003 n. 14234, in *Contratti*, 2004, p. 145.

³⁰⁴ Il punto verrà ripreso nelle pagine che seguono, analizzando i vari tipi contrattuali.

³⁰⁵ R. CLARIZIA, *Finanziamenti (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, 1982, p. 755.

³⁰⁶ R. CLARIZIA, *Finanziamenti (diritto privato)*, op. e loc. cit..

³⁰⁷ Citando le opinioni più classiche, si confrontino i contributi in tal senso di R. CLARIZIA, *La causa di finanziamento*, in *B.B.T.C.*, 1982, 1, p. 580 ss. (particolarmente p. 605); R. RASCIO, *Contratto di finanziamento: apertura di credito o promessa di mutuo?*, in *Dir. Giur.*, 1957, p. 390; M. BACCIGALUPI, *Note sul contratto di finanziamento*, in *Dir. Econ.*, 1955, p. 103.

³⁰⁸ G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Terza Edizione, Milano, 1995, p. 21.

³⁰⁹ B. DENORA, CNN Studio n. 172 – 2006/T, *Crediti di firma e imposta sostitutiva*, p. 2 ss.

In primis, si può notare che anche l'apporto del godimento di un bene in natura può essere fondamentale e necessario per la sopravvivenza e lo sviluppo dell'impresa. Il contratto che ciò realizza (c.d. finanziamento dell'investimento) ha però struttura ed effetti diametralmente diversi dal finanziamento pecuniario – ove l'acquisto di denaro da parte dell'impresa non è di regola limitato e sottoposto a vincoli di alcun tipo. Il denaro acquistato mediante contratto di credito può essere utilizzato a piacimento del beneficiario, rispondendo così alle sue esigenze di liquidità e permettendo qualunque forma di spesa, acquisto, investimento, ripianamento di precedenti debiti ecc. L'unico limite resta l'obbligo di restituzione del *tantundem* alle scadenze prestabilite³¹⁰. Il contratto di credito (o finanziamento inteso in senso restrittivo) è dunque un più duttile strumento di approvvigionamento di risorse economiche: ciò deriva precipuamente dall'oggetto del contratto, il denaro.

Una conferma circa la rilevanza del carattere pecuniario del credito può riscontrarsi nel dato contabile; in tal senso si può fare riferimento ai Principi OIC³¹¹ circa le appostazioni a passivo di bilancio: nel principio n. 19 si legge “*I debiti finanziari differiscono dai debiti commerciali per essere originati non dall'acquisizione di beni e servizi bensì da operazioni che hanno ad oggetto direttamente somme di denaro*”.

Le tre ricostruzioni circa la struttura dei contratti di finanziamento rispondono a necessità definitorie e classificatorie distinte: ciascuna si attaglia a esigenze diverse, a seconda del tipo di indagine.

Dal punto di vista che interessa, pare che possano rilevare solo i finanziamenti all'impresa in crisi che da un lato generino apparenza di solvenza, e dall'altro diano alla società la possibilità di proseguire l'attività sociale, corrispondendo ad esigenze di liquidità³¹².

Per tale ragione sembra da seguire la tesi restrittiva, che pone come requisiti del contratto di finanziamento sia l'obbligo di restituzione che la natura pecuniaria del rapporto obbligatorio. In altre parole, ai fini che qui interessano rileverebbero non tutti i finanziamenti, ma solo i contratti di credito, o finanziamenti in senso restrittivo (in base alla definizione precedentemente accolta).

Da un lato, infatti, tali negozi sono suscettibili di essere considerati più facilmente dal mercato quali indici di solvibilità dell'impresa finanziata. Questo in quanto – a prescindere dalla conoscenza che

³¹⁰ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1151 ss.

³¹¹ In www.fondazioneoic.eu.

³¹² A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 103 sottolinea che, a prescindere dal finanziamento utilizzato, il problema della concessione abusiva si pone quando “*ad essere alimentato è [...] un soggetto immeritevole, il quale potrebbe essere messo in condizione di procrastinare l'emersione della crisi evitando, tra l'altro, che la sua esposizione venga evidenziata al sistema bancario [...] sì da poter apparire, a maggior ragione di fronte agli altri operatori economici, quale soggetto “bene affidato”*”. Conforme U. MORERA, *Il fido bancario*, Milano, 1988, p. 182 ss.

gli operatori sul mercato possano avere della stipulazione del contratto – risulterà agli investitori che l'impresa ha le capacità economiche per continuare la sua attività. La messa a disposizione di denaro, infatti, permette con certezza di evitare l'emersione delle crisi derivanti discendenti da perdurante assenza di liquidità. Ancora una volta si ricorda il pensiero, proposto quasi un secolo fa dalla dottrina³¹³, per cui chi riceve finanziamenti in denaro non può essere considerato insolvente dal mercato.

Dall'altro lato, come si è detto, la provvista di tali contratti può essere liberamente impiegata dal finanziato, con ciò permettendogli la prosecuzione dell'attività sociale (ad esempio con il ripianamento di precedenti esposizioni debitorie scadute) e il mascheramento della propria insolvenza. Si possono in tal senso ricordare le considerazioni cui si è giunti alla fine del primo Capitolo³¹⁴: trovandosi l'impresa in una fase di "necrosi", rileva ai nostri fini solo il contratto che in concreto garantisca l'artificiale mantenimento in vita del finanziato e che permetta il generarsi del danno derivante dalla distruzione delle ricchezze poste a garanzia dei creditori ex art.2740 c.c.³¹⁵.

Ai fini della ricerca che ci occupa occorre accogliere dunque l'opinione restrittiva, da ultimo riportata, per cui rilevano solo i contratti connotati da natura pecuniaria e obbligo di restituzione. Occorre un'avvertenza: l'argomentazione svolta non offre una regola assoluta e certa, in ragione della grande variabilità economica e giuridica del panorama rappresentato. L'indagine andrà comunque effettuata caso per caso, guardando alle caratteristiche del singolo contratto, per ravvisare se nell'ipotesi presa in considerazione il negozio sia idoneo a generare l'apparenza di solvibilità in capo al finanziato e possa definirsi "*condicio sine qua non*" per la prosecuzione dell'attività d'impresa nonostante l'insolvenza irreversibile. Questo, nella maggior parte dei casi, avviene quando il contratto offre al beneficiario una disponibilità di denaro subordinata ad obbligo di restituzione, ma non è da escludersi aprioristicamente che anche un finanziamento c.d. dell'investimento possa, in base al suo valore rispetto al patrimonio sociale, alla sua "eco mediatica" e ad altre circostanze del caso concreto, definirsi abusivo.

³¹³ G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 5. Si sono già ricordati i contributi conformi di F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 38 ss.; G. TERRANOVA, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, cit., p. 23 e 29; S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 44; E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi d'impresa*, cit., p. 107.

³¹⁴ Cap. I par 4.

³¹⁵ Con riferimento all'interesse leso dal finanziamento abusivo, si rimanda alla Seconda Sezione, Capitolo I.

3.6 MODALITÀ DI FINANZIAMENTO CONTRATTUALI: FATTISPECIE

Svolte queste premesse può essere proficuo tentare una rapida disamina dei negozi in cui la ricorrenza dei requisiti anzidetti è più discutibile.

A. LEASING E SALE AND LEASE BACK

La dottrina³¹⁶ distingue due macro-categorie di contratti di leasing: il leasing c.d. operativo³¹⁷ e il leasing c.d. finanziario. Assume rilevanza per la presente trattazione solo la c.d. locazione finanziaria, cioè *“le operazioni di locazione di beni mobili o immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest’ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito”*³¹⁸ (art.17 l. 183/1976). Per quanto il leasing finanziario sia frequentemente annoverato tra i contratti di finanziamento, l’interprete non può non rilevare che si tratta di finanziamenti aventi quale oggetto obbligato uno specifico investimento. Si sostiene in altre parole che il leasing è uno strumento volto a finanziare l’imprenditore con riguardo esclusivamente all’acquisto di un bene o di un diritto in particolare. Ciò non avviene, come pur sarebbe possibile, mediante la concessione di un mutuo di scopo, bensì tramite l’acquisto del bene da parte della società di leasing e con la successiva locazione dello stesso all’utilizzatore, il quale potrà infine acquistarne la proprietà attraverso l’esercizio del c.d. riscatto. Si nota cioè che l’effetto sostanziale è simile a quello di un prestito del denaro necessario all’acquisto del diritto, “garantito” dalla piena proprietà del bene sino a integrale corresponsione dei canoni di leasing.

Aderendo alla tesi qui accolta, non si può considerare il leasing contratto di finanziamento idoneo (in generale, e salve le risultanze del caso concreto) a fondare la responsabilità per concessione abusiva del credito, non trattandosi di contratto di credito (o finanziamento in senso restrittivo) ma di finanziamento all’investimento.

³¹⁶ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1309 ss.. *Ex multis*, per gli opportuni approfondimenti, R. CLARIZIA, *I contratti nuovi. Factoring locazione finanziaria*, Torino, 1999; G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, Terza Edizione, Milano, 1995; più recentemente M. IMPREDA - F. CARIMINI, *Leasing e Lease Back*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2008.

³¹⁷ Ove lo stesso produttore del bene lo concede in locazione per un canone che corrisponde all’entità dei servizi offerti dal bene e non è in relazione con la durata economica dello stesso. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1312.

³¹⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit.

In altre parole, non mettendo a disposizione dell'imprenditore alcuna liquidità, ma solo garantendo il godimento di un bene, è difficile che tale contratto possa produrre l'effetto distorsivo sulla percezione degli investitori caratteristico del finanziamento abusivo (c.d. apparenza di solvibilità).

Si può riassumere, insieme ad un Autore³¹⁹, che nel leasing “*il finanziamento è solo indiretto e, soprattutto, l'imprenditore ha interesse ad acquistare il bene produttivo e non già il denaro*”. Con altra espressione, particolarmente incisiva, un altro Autore nota, in assonanza con quanto qui riportato, che il leasing “*svolge una funzione di finanziamento senza essere un contratto di credito*”³²⁰ – con ciò rimarcando l'assenza nel leasing della struttura tipica del debito pecuniario e dell'obbligo di restituzione.

Diversa è la fattispecie del *sale and lease back*³²¹, o “locazione finanziaria di ritorno”, dove l'imprenditore aliena alla società di leasing uno suo bene produttivo verso il corrispettivo di un prezzo e la società di leasing concede al venditore il bene stesso in leasing, così da permettergli l'utilizzazione continuativa del bene e il riacquisto al momento del pagamento dell'opzione di riscatto (costituito possessorio). Tale congegno negoziale³²² è ritenuto dalle opinioni più recenti un vero e proprio finanziamento diretto³²³: la causa dell'operazione è fornire all'imprenditore liquidità (mediante l'alienazione del bene) senza perdere il godimento e l'utilizzo del bene (attraverso il leasing). “*Lo scopo principale del lease back è dunque tipicamente il finanziamento in denaro. Tuttavia, l'erogazione del mutuo, corrispondente al pagamento del prezzo di vendita, non esaurisce in sé gli effetti del contratto*”³²⁴.

Nel *sale and lease back* sono riscontrabili, nella sostanza, entrambi i requisiti enucleati: si assiste alla messa a disposizione di una somma di denaro e ad un'obbligazione pecuniaria in capo all'utilizzatore/alienante di entità proporzionata al quantum finanziato³²⁵. Si può dunque concludere, pur non senza qualche dubbio, che il *sale and lease back* è annoverabile tra i contratti di credito (o

³¹⁹ F. GAZZONI, *op. e loc. ult. cit.*.

³²⁰ G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 20.

³²¹ G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, 2, p. 457 ss.

³²² Oggi ritenuto di per sé legittimo dalla giurisprudenza, salva la prova di una causa di garanzia illecita ex 2744 c.c. – tra le più recenti e rilevanti si ricordano Cass. 14 marzo 2006 n. 5438, in www.ilcaso.it e Cass. 21 luglio 2004 n. 13580, in www.altalex.it.

³²³ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p.1312.

³²⁴ M. IMBREDATA - F. CARIMINI, *Leasing e Lease Back*, cit., p. 252.

³²⁵ Tale obbligazione non mi sembra giuridicamente qualificabile come obbligo di restituzione. Fonte della prima cessione di denaro è infatti il contratto di vendita, e fonte dell'obbligo di pagamento è il leasing. Cionondimeno, guardando alla sostanza dell'operazione e alla sua funzione economico-individuale, la dottrina prevalente ne riscontra la natura di finanziamento. Ipotizzano invece un vero e proprio obbligo di restituzione (per quanto di finanziamento non preesistente) M. IMPREDATA - F. CARIMINI, *Leasing e Lease Back*, cit., p. 252: “*si deve evidenziare la sussistenza di un debito di restituzione, il quale, se pure non preesistente, sorge contestualmente rispetto alla vendita del bene alla concedente ad alla sua successiva cessione in leasing all'utilizzatore*”.

finanziamenti in senso restrittivo) e pare strumento potenzialmente idoneo, più del leasing, a fondare responsabilità del *lessor* per concessione abusiva di credito³²⁶.

A conferma sul punto si è rinvenuta una interessante pronunzia di merito del Tribunale di Rovereto³²⁷: la società attrice lamentava danni da concessione abusiva del credito con riferimento ad un contratto di *sale and lease back* stipulato (seppur in base ad un *framework* concordato con il finanziatore) in ritardo rispetto ai piani, in un momento in cui cioè l'impresa - inizialmente in crisi - era divenuta irreversibilmente insolvente.

Il giudice ha rigettato le pretese dell'attore, pur qualificando il contratto come finanziamento (e implicitamente affermandolo idonea fonte di credito abusivo), in base al fatto che la società non si trovava in stato di insolvenza al momento della stipulazione del *sale and lease back*.

B. FACTORING

Anch'esso ritenuto "contratto nuovo" o "socialmente tipico" con forte vicinanza al finanziamento, il factoring è un contratto tra imprese, nel quale un imprenditore si rivolge al c.d. factor per la gestione e la riscossione di crediti non esigibili e futuri. Il contratto è connotato dalla cessione di (alcuni o tutti i) crediti d'impresa all'operatore specializzato, strumentale alla miglior gestione dei rapporti creditizi (il factor riscuoterà i crediti dunque in proprio nome, essendone titolare)³²⁸.

Lo scambio economico può avere molteplici forme: anzitutto si deve valutare quando l'impresa cedente acquista il corrispettivo in denaro dal factor – se al momento della cessione o al momento della futura ed eventuale riscossione – in secondo luogo, naturalmente, la cessione può essere *pro soluto* o *pro solvendo* (in tal caso in capo al cedente resterà il rischio dell'inadempimento del debitore ceduto).

La dottrina³²⁹ individua funzione creditizia o di finanziamento solo per le ipotesi di factoring ove, similmente allo sconto bancario ex art. 1858 c.c., il factor versi al cedente la somma corrispondente al credito, trattenendo un importo pari agli interessi convenzionalmente fissati per il periodo intercorrente

³²⁶ Da ricordare Cass. 21 gennaio 2005 n. 1273, in www.altalex.it in tema di *sale and lease back* "l'ordinamento francese, individuata la stretta relazione causale tra contratti – contrat principal, contrat de pret –, parla di nuovo tipo contrattuale, il contratto di credito". Probabilmente, valutando le caratteristiche strutturali del negozio, una simile conclusione potrebbe essere raggiunta anche al nostro ordinamento, sussistendo sia la messa a disposizione del denaro che una forma di obbligo di restituzione.

³²⁷ Trib. Rovereto, 6 agosto 2012 con nota di V. AMENDOLAGINE, *Concessione abusiva del credito nel sale and lease back*, in *Contratti*, 2012, 11, p. 932.

³²⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1313; M. BUSSANI - M. INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, Milano, 2006, p. 123 "la centralità del trasferimento del credito è una salda certezza".

³²⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1315.

tra stipulazione del contratto ed esigibilità del credito. Nell'altro caso, infatti, mancherebbe, sia formalmente che sostanzialmente, ogni richiamo al genus del finanziamento.

Venendo all'indagine che qui rileva, si può notare che anche il factoring definibile come contratto di finanziamento non risponde perfettamente ai requisiti che si sono enucleati nel principio del presente paragrafo. Sebbene sussista un rapporto pecuniario tra factor e cliente, e vi sia quindi l'immediata messa a disposizione di liquidità, è difficile rinvenire nella fattispecie un obbligo di restituzione del denaro versato dal factor al cliente³³⁰. Questo, in realtà, è logico e corretto: il factor infatti offre liquidità all'impresa, ma a fronte di ciò non acquista un credito alla restituzione, bensì, immediatamente e con effetti reali, una parte dell'attivo dell'impresa stessa, cioè proprio i crediti oggetto di cessione. Questi diventano di titolarità del factor, il quale li riscuoterà in proprio cercando di ottenere il miglior realizzo possibile e guadagnerà così, da un lato, sulla differenza tra prezzo pagato e valore del credito riscosso, e dall'altro lato sugli interessi di cui ha gravato il cliente.

Per quanto detto non si potrebbe dunque davvero qualificare il factoring come contratto di credito (o finanziamento in senso restrittivo), idoneo a produrre responsabilità per concessione abusiva: a fronte della dismissione di un cespite (i crediti) il cliente riceve infatti della liquidità, come in ogni contratto di scambio. L'assenza di ogni obbligo di rimborso in capo al factor³³¹ impedisce la qualificazione del contratto nel novero dei contratti di credito (e quindi dei finanziamenti considerati qui rilevanti, seguendo la tesi "restrittiva").

Per quanto detto, e ferme le conseguenze in tema di revocatoria, il factoring non sembra – per lo meno in generale, e salve le dinamiche del caso specifico – uno schema giuridico qualificabile come finanziamento abusivo³³².

³³⁰ Negano la sussistenza "in radice" di un obbligo di restituzione: M. BUSSANI - M. INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, cit., p. 165; G. DE NOVA, voce "Factoring", in *Dig. Disc. Priv. – sez. comm.*, V, Torino, 1990, p. 354; D. VALENTINO, *La cessione dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, 2003, p. 149. Né si potrebbe, per gli autori, considerare il factoring una cessione come garanzia per la restituzione della somma anticipata: il factor infatti, ricevuto il credito, può disporre liberamente (e qualora il debitore ceduto adempia, il factor ha il diritto di soddisfarsi direttamente sull'oggetto della prestazione eseguita) – circostanze che contrastano con la funzione di garanzia espressa dagli artt. 2792, 2803 e 2804 c.c.

³³¹ Cfr. nota precedente.

³³² Per approfondire il tema, ci si può chiedere se quanto detto sia valido tanto nel factoring *pro soluto* quanto in quello *pro solvendo*. Nel secondo caso infatti il cedente risponde verso il factor dell'inadempimento del debitore ceduto; il contratto potrebbe allora essere assimilato ad un'ipotesi di mutuo (il factor anticipa al cliente l'importo in denaro) garantito dalla cessione del credito (con funzione di garanzia) e assistito da un obbligo di rimborso (non del denaro "mutuato", ma – ex art. 1267 c.c. – di importo pari a quanto ricevuto dal factor in caso di inadempimento del cessionario). In quest'ottica si può certo avvicinare il factoring *pro solvendo* ad un contratto di credito, o finanziamento in senso stretto, potendosi ravvisare sia la natura pecuniaria del rapporto che un obbligo (per quanto non diretto) di restituzione.

Tale conclusione non convince pienamente: la ricostruzione anzi svolta interpreta il negozio quale finanziamento guardando esclusivamente e unilateralmente all'aspetto patologico (l'inadempimento del ceduto): solo in tal caso di può intravedere una

C. CREDITI DI FIRMA E FIDEIUSSIONI.

Secondo alcune opinioni³³³ possono essere considerati, in senso lato, finanziamenti anche i c.d. crediti di firma passivi, cioè i contratti (quali le fidejussioni) con i quali la banca si obbliga per conto e nell'interesse dell'accreditato ad una prestazione pecuniaria anche solo eventuale (nel caso della fideiussione, garantisce l'adempimento di un'obbligazione).

Si definiscono crediti di firma (e li si distingue ad esempio dall'ordinaria fideiussione civilistica) in base ai profili soggettivi del rapporto contrattuale: il credito di firma (anche avente natura giuridica di fideiussione) è un negozio stipulato tra la banca garante e il debitore, mentre l'ordinaria fideiussione è intesa ex art. 1936 come contratto tra il soggetto garante e il creditore garantito³³⁴.

In particolare, per alcuni si tratterebbe di una forma di finanziamento indiretto³³⁵; una dottrina sottolinea infatti che carattere necessario del finanziamento è la disponibilità del denaro, ma che tale disponibilità non deve essere necessariamente reale, immediata ed effettiva³³⁶. La fideiussione, in questa prospettiva, permette di acquistare disponibilità di denaro eventuali, con queste di "finanziandosi il ritardo" nell'adempimento³³⁷.

forma di dovere di rimborso in capo al cliente. Ma questa non è la prospettiva né l'interesse delle parti: il factor rimane, come sostenuto dalla prevalente dottrina anzi citata, un contratto di scambio avente ad oggetto crediti dell'impresa. Quando sia convenuto *pro solvendo*, quella offerta dal cliente è una garanzia accessoria al contratto, ex art. 1267, che non può trasformare il contratto di scambio in contratto di credito *tout court*.

³³³ B. DENORA, CNN Studio n. 172 – 2006/T, *Crediti di firma e imposta sostitutiva*.

³³⁴ G. POLO, *Applicazione dell'imposta di bollo ai contratti bancari di garanzia: l'interpretazione dell'agenzia delle entrate*, in *Il Fisco*, 2005, p. 3547 ss. Si può notare che in questo senso il credito di firma si avvicina fortemente all'accollo, ove sono debitore e terzo ad accordarsi sull'assunzione del debito verso un (potenzialmente ignaro) creditore. Si può anzi affermare che tra credito di firma e accollo c'è un rapporto molto simile a quello intercorrente tra la fideiussione codicistica ex art. 1936 c.c. e l'espromissione.

³³⁵ B. CUSATO, *Il credito. Forme sostanziali e procedurali*, Padova, 2010, p. 209 ss.

³³⁶ Tale dubbio si è accennato in questo Capitolo anche *supra*, trattando dell'evoluzione del concetto di contratto di credito.

³³⁷ In tal senso M. FRAGALI, *Finanziamento*, cit., p. 605 ss., che precisa: "non è senza importanza che taluno si impegni a fornire la provvista per la soddisfazione di un bisogno di un altro, si obblighi insieme a questo per la controprestazione come se il bisogno fosse pure suo, o prometta l'adempimento dell'obbligazione inerente a tale controprestazione, ove l'obbligato non vi provveda: è come se potesse le proprie risorse economiche a disposizione immediata di chi ha l'interesse finale al contratto, per accrescerne le disponibilità o formarglielie".

Conforme anche B. DENORA, CNN Studio n. 172 – 2006/T, *Crediti di firma e imposta sostitutiva*, ove si sostiene: "nessuna rilevanza è data all'utilizzazione, intesa come "consegna" del denaro. Si ha finanziamento sulla base del semplice accordo sulla "concessione" della somma, la quale rappresenta di per sé un valore economicamente apprezzabile per il soggetto, ovverosia un'utilità immediata e diretta che si sostanzia nel "non dover tenere immobilizzate delle somme per poter far fronte a possibili pagamenti" ovvero per raggiungere un determinato risultato economico che lo stesso soggetto si è prefissato e reputa vantaggioso (ad esempio, il finanziamento per l'acquisto di un bene, per il pagamento di un debito)".

In altre parole, in base alle ricostruzioni qui criticate, il fideiussore mette a disposizione parte delle sue risorse per il caso dell'inadempimento o del ritardo nell'adempimento – così, tra l'altro, permettendo al soggetto debitore la più semplice conclusione del contratto.

L'opinione ha certamente un qualche fondamento dal punto di vista economico, ma non tiene conto di un fattore giuridicamente determinante: la causa dell'operazione. Infatti, la funzione della fideiussione e dei crediti di firma è sempre quella di garanzia. Non si tratta infatti di un finanziamento, neppure in forma indiretta, ma di uno strumento diretto tenere indenne, in caso di inadempimento del debitore, il creditore garantito. Ciò è confermato dalla dottrina maggioritaria, che ritiene che il credito di firma, di per sé, non costituisca finanziamento, ma che la concessione di credito possa verificarsi nel caso in cui al credito di firma sia collegabile un'apertura di credito³³⁸.

Il credito di firma, di qualunque tipo, non può costituire certamente contratto di credito, data la sua indiscutibile funzione e natura di garanzia. Forse, in via del tutto dubitativa, potrebbe essere ritenuto un finanziamento nel senso più estensivo, cioè secondo la tesi per cui sarebbe finanziamento ogni contratto volto, direttamente o indirettamente, a “fornire ossigeno” all'impresa.

Manca, per l'opinione che qui si accoglie, la struttura giuridica caratteristica del finanziamento in senso restrittivo (o contratto di credito), poiché non sussiste alcun obbligo di rimborso a termine (ma al più un diritto di regresso ex art.1950 c.c. o la surrogazione nei diritti del creditore ex art. 1949 c.c. – che non partecipano della stessa natura né economica né giuridica dell'obbligo di restituzione³³⁹). La Cassazione pare aver colto tale strutturale differenza, fondata sulla causa, in una pronuncia del 2003³⁴⁰, ove ha sostenuto: *“L'aspetto risolutivo si rinviene nella infondatezza dell'assunto del ricorrente secondo il quale la concessione della fideiussione da parte della Gif srl (fideiussore) alla Scaf srl (debitore) dovrebbe considerarsi come erogazione di un nuovo credito. Non si vede, infatti come la concessione di una fideiussione alla Banca (creditore garantito) da parte della Gif srl a garanzia di un debito della Scaf srl possa equipararsi ad una concessione di credito a favore di quest'ultima quando, da un lato, le garanzie vengono normalmente richieste per debiti già scaduti o contestualmente creati e, dall'altro la concessione di credito comporta l'erogazione o la messa a disposizione di somme di denaro in favore del cliente da parte della banca, circostanza quest'ultima ben distinta dalla prima.”*

³³⁸ G. MOLLE, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1981, p. 218; B. CUSATO, *Il credito. Forme sostanziali e procedurali*, cit., p. 210. In senso contrario però C. CACCIAMANI, *Crediti di firma e grandi banche: verso una nuova fase di sviluppo*, in *Bancaria*, n.9, 1994 p. 62 ss. – per cui la garanzia avrebbe natura finanziaria e sarebbe assimilabile ad un prestito di cassa.

³³⁹ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1265.

³⁴⁰ Cass. 25 settembre 2003 n. 14234, in *Contratti*, 2004, p. 145.

Manca anche, a ben vedere, la facoltà per il soggetto finanziato di disporre a suo piacimento del finanziamento (requisito che permette la dissimulazione dell'insolvenza): al contrario, il denaro "messo a disposizione" dal fideiussore è vincolato, e la sua utilizzazione è diretta esclusivamente a coprire l'eventuale inadempimento del debitore. Le garanzie in generale, i crediti di firma e le fideiussioni in particolare, non sono idonee "*condiciones sine qua non*" per l'artificioso mantenimento in vita dell'impresa irreversibilmente insolvente, poiché per loro natura sono destinate ad essere escusse dai creditori proprio al momento del sopravvenire dell'insolvenza.

Né le garanzie si possono paragonare alla liquidità mutuata con lo scopo di ripianare precedenti esposizioni debitorie: quest'ultima è infatti inaspettata, e non presume da parte del creditore la conoscenza dello stato di difficoltà dell'impresa che la utilizza; la fideiussione, invece, prevede l'impulso da parte del creditore, è a questi nota *ab origine*, e al momento in cui è utilizzata dimostra chiaramente la situazione di insolvenza del debitore.

Per tutte queste ragioni, pare da escludersi che il ricorso a garanzie bancarie quali crediti di firma (in particolare fideiussioni) possa in generale comportare possibili responsabilità della banca per concessione abusiva di credito.

D. UP FRONT NEI CONTRATTI DERIVATI DI INTEREST RATE SWAP (I.R.S.)

L'interest rate swap è stato definito il contratto con cui le parti si scambiano, alle varie scadenze del prestito, una posizione finanziaria contraddistinta dal rendimento a tasso fisso, con una posizione finanziaria contraddistinta dal rendimento a tasso variabile³⁴¹. Deve precisarsi che il contratto non prevede lo scambio di capitale: generalmente è disciplinata esclusivamente la liquidazione, al momento di ogni scadenza, del differenziale risultante dal saldo tra gli importi derivanti dall'applicazione dei due diversi tassi d'interesse.

La natura giuridica del contratto derivato è da alcuni ricondotta a due reciproci accolti interni³⁴²: ciascuna delle parti si assume, con effetti relativi e non rivolti verso il creditore, il debito dell'altra. A

³⁴¹ E. FERRERO, *Profili civilistici dei nuovi strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, p. 633; A. PIRAS, *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2228; E. GIRINO, *Opzioni sintetiche*, in *Amm. fin.*, 1993, p. 836.

³⁴² E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano, 2001, p. 109; E. PAGNONI, *I contratti di swap*, in *I contratti del mercato finanziario*, in P. RESCIGNO - E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2004, p. 1079. Contra G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratti di swap*, Milano, 1999, p. 8.

questa ricostruzione si deve opporre una critica sostanziale: l'intermediario che vende l'I.R.S. non è debitore, pertanto non vi è alcun debito reale della banca che il cliente in tal senso assumersi.

Si tratta invece di un derivato avente ad oggetto il rapporto tra due differenziali, e precisamente è il contratto con il quale le parti si obbligano reciprocamente a dei pagamenti determinati sulla base di parametri di riferimento diversi (e nello specifico, dei tassi di interesse)³⁴³.

I contratti di interest rate swap di cui si tratta in questo paragrafo non sono quelli c.d. *standard* (cioè quotati in mercati regolamentati e strettamente modellati nel loro apparato strutturale e di disciplina, ove unica variabile è il prezzo) bensì quelli c.d. *over the counter* (O.T.C.), cioè negoziati nel libero mercato, e soggetti alle condizioni e alla disciplina che le parti hanno convenuto³⁴⁴.

In questa sede accade frequentemente che alla stipulazione del derivato I.R.S. *over the counter* si accompagni l'erogazione di un importo, c.d. *up front*, dall'intermediario all'investitore.³⁴⁵ La genesi di tale erogazione di denaro è oggetto di dibattito in dottrina.

Si può affermare, sotto il profilo descrittivo, che l'*up front* viene erogato tutte le volte che la struttura del derivato porta ad avere una situazione di partenza squilibrata a vantaggio dell'intermediario: quando cioè, al momento della conclusione del contratto, vi è una differenza tra un parametro economico esterno (assunto come astrattamente corretto in base a criteri matematico – probabilistici) coincidente con un *fair value* pari a zero, ed il valore, squilibrato a vantaggio della banca, del derivato effettivamente stipulato³⁴⁶. In tal caso si afferma che il derivato non è “*par*”, e che occorre dunque che la situazione sia riequilibrata economicamente attraverso l'erogazione reale ed immediata di una somma a favore del cliente. In particolare possono darsi due ragioni che fondano lo squilibrio iniziale:

³⁴³ F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Seconda Edizione, Milano, 2011, p. 56 ss.

³⁴⁴ Non si può trascurare che spesso, in Italia, la dicitura I.R.S. *over the counter* spesso non rispecchia, nella prassi, la libertà di negoziazione espressa nella definizione: si tratta, spesso, di contratti stipulati su modelli preformati. Essi non possono dirsi *standard* (perché non varia solo il prezzo, ma diversi altri parametri) ma comunque manca la contrattazione personalizzata delle caratteristiche dello strumento derivato.

³⁴⁵ E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit.; L. ZAMAGNI - G. CEDRINI, *Swap ed enti locali: note critiche a Tribunale Bologna 14/12/2009 sulla qualificazione dell'up-front e sull'interpretazione della dichiarazione di operatore qualificato*, in www.ilcaso.it, documento 194/2010, p.1 ss.; L. ZAMAGNI - M. ACCIARI, *Convenienza economica e mark to market dei contratti derivati degli Enti locali: note critiche alla sentenza n. 47421 del 21/12/2011 della seconda Sezione penale della Corte di Cassazione*, in www.ilcaso.it, documento 295/2012, p. 1 ss.; D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *B.B.T.C.*, 2011, 5, p. 604 ss.; A. PARZIALE, *Interest rate swap: il valore della dichiarazione di operatore qualificato e la nullità per difetto di causa al vaglio delle corti pugliesi*, in *B.B.T.C.*, 2012, 2, p. 789 s.; R. MARCELLI, *Derivati. Margine di intermediazione e rimodulazione: i free lunch dell'intermediario*, in www.ilcaso.it, documento 286/2012, p. 1 ss.; ID., *Derivati esotici e Margine di intermediazione: riflessi di convenienza e congruità*, in www.ilcaso.it, documento 326/2012, p. 35 ss.; ID., *L'usura nei derivati OTC. Up-front e valore di chiusura*, in www.studiomarcelli.com, 2012, p. 2 ss.; B. INZITARI, *Sanzioni Consob per l'attività in derivati: organizzazione procedure e controlli quali parametri della nuova diligenza professionale e profili di ammissibilità delle c.d. rimodulazioni*, in www.ilcaso.it, II, 168/2009, 2009, 12 ss.

³⁴⁶ D. MAFFEIS, *Costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. Comm.*, 2013, 3, p. 648 ss.

- qualora sia stato stipulato un contratto derivato non ancora giunto a naturale scadenza, ed esistono perdite dal lato del cliente, è frequente che si voglia convenire una rinegoziazione: si stipula allora un nuovo Interest Rate Swap, con caratteristiche diverse dal precedente, che per la sua struttura matematico-economica comporta l'emersione di un up front a vantaggio del cliente – cioè di un importo di denaro diretto a coprire i suoi debiti pregressi, così che possa riprendere lo scambio di differenziali³⁴⁷;
- quando il nuovo cliente ha bisogno di liquidità o comunque di immediata disponibilità di un surplus in denaro, si conviene il derivato I.R.S. in modo che emerga uno squilibrio a vantaggio dell'intermediario – squilibrio che giustifica l'erogazione dell'importo up front al cliente³⁴⁸.

Secondo una prima opinione, l'up front deve considerarsi “*una somma che dovrebbe esprimere una parte dei flussi positivi che, secondo la previsione dell'intermediario, il derivato andrà a generare in futuro a favore del cliente*” e cioè una mera “*technicality*” del derivato: in base ai calcoli matematici sono attesi dei flussi positivi per il cliente, che vengono anticipati alla conclusione del contratto³⁴⁹. L'Autore ha di recente affermato che l'erogazione può acquisire veste di finanziamento, ma ciò solo quando l'importo dell'up front eccede rispetto alla semplice compensazione dell'anticipazione di flussi futuri (e solo per la misura dell'eccedenza stessa).

Pare preferibile, sulla base delle affermazioni sin qui svolte, un'altra opinione – autorevolmente sostenuta nella letteratura specialistica – in base alla quale si dimostra che l'up front ha sempre natura di finanziamento. Dato che sono le parti (rectius: l'intermediario) a congegnare il sistema economico-quantitativo che determina se, alla stipulazione, lo strumento finanziario è par o meno, si può facilmente desumere che l'up front emerge (è fatto emergere) se e quando ciò sia richiesto e voluto dal cliente. In altre parole, si può sempre fare in modo che le formule quantitative conducano il derivato ad essere *par*:

³⁴⁷“*Nei contratti derivati over the counter, per consentire nel corso del rapporto la c.d. rinegoziazione del contratto derivato non ancora giunto alla naturale scadenza le perdite sono finanziate dallo stesso intermediario mediante accrediti di somme identiche a quelle di volta in volta addebitate; si tratta dei c.d. importi up-front, la cui natura è schiettamente reale, perché i contratti non prevedono l'obbligo di erogazione, ma danno atto che l'erogazione c'è stata.*” Così D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, in *B.B.T.C.*, 2011, 5, p. 604 ss.. Conformi anche R. BAVIERA - L. FILIPPI, *Contratti derivati e usura: impatti e conseguenze in procedure concorsuali*, 2011, in www.ilfallimentarista.it, p. 2.

³⁴⁸ Gli intermediari “*improntano la stipulazione originaria del contratto ad un'apparente utilità per la parte avversa (il cliente) producendo e versando, a favore della stessa, una determinata somma liquida*” – ma tale utilità è controbilanciata da un meccanismo di computo interno al derivato che porterà per il cliente maggiori probabilità di perdita – D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, cit.

³⁴⁹ E. GIRINO, *I contratti derivati*, cit., p. 475.

se così non è, non si può che desumerne la volontà contrattuale delle parti di sbilanciare il rapporto per far emergere l'erogazione reale immediata³⁵⁰.

*“Se lo strumento adottato contempla l'erogazione di un up front, ciò significa che l'investitore ha interesse a disporre di una somma di denaro — tipico il caso dell'up front riconosciuto al Comune in contemporanea alla conclusione del primo contratto derivato — o a rinviare nel tempo una perdita — tipico il caso dell'up front riconosciuto all'impresa in sede di rinegoziazione.”*³⁵¹

Occorre dunque guardare all'interesse perseguito alle parti: ove emerge un up front è evidente che lo scopo non è solo, o non tanto, la conclusione del derivato in quanto tale, ma anche la contestuale attribuzione al cliente di liquidità.

Guardando alla scarsa giurisprudenza che si è sin'ora espressa, seppur *incidenter tantum*, sulla natura giuridica dell'up front, si possono leggere opinioni non uniformi:

- secondo una recente pronunzia si tratterebbe di un finanziamento “a pronti”³⁵²;
- secondo altra sentenza di merito, dovendosi guardare all'intero contratto, lo swap con up front non sarebbe riconducibile ad un mutuo. Si argomenta che “qualora vi sia nello swap la clausola up front, si ha sì anticipazione di denaro, ma è cosa ben diversa da un mutuo o da una anticipazione di credito, perché l'up front è solo la modalità del pagamento (unica soluzione anziché in più) che non muta la causa del contratto”³⁵³. Sempre in questo senso, altra recente giurisprudenza ha affermato, con formulazione invero puramente descrittiva, che l'up front rappresenterebbe una remunerazione del maggior rischio assunto dall'investitore³⁵⁴;
- si è ancora detto che, in sede di rinegoziazione, essendo l'up front destinato a coprire la perdita generata dal contratto derivato precedente, consensualmente sciolto, esso è unica ragione

³⁵⁰ In tal senso D. MAFFEIS, *passim*, nelle opere citate, nonché R. MARCELLI, *Le operazioni di swap: l'up front e i vestiti di Andersen*, in www.ilcaso.it, documento n. 290/2012; ID., *Derivati. Margine di intermediazione e rimodulazione: i free lunch dell'intermediario*, cit. Da ultimo S. SCOTTI CAMUZZI, *Sulla natura dell'up front nei contratti IRS*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti: i contratti e le condotte*, Quaderni di Banca Borsa e Titoli di Credito 38/2014, Milano, 2014, 251 ss.

³⁵¹ D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, cit.

³⁵² Trib. Orvieto, 12 aprile 2012, in www.ilcaso.it, 7314 – critica tale ricostruzione E. GIRINO, *Alea e trasparenza nella contrattualistica derivata: nuovi progressi giurisprudenziali*, in *B.B.T.C.*, 2013, 1, p. 92 ss.

³⁵³ Trib. Bologna, 14 dicembre 2009, in www.ilcaso.it – contra D. MAFFEIS, *Intermediario contro investitore: i derivati over the counter*, in *B.B.T.C.*, 2010, 6, p. 779 ss. che correttamente ritiene necessario distinguere lo swap (che non è mai un finanziamento) dall'up front, quale negozio collegato allo swap, e che in tali circostanze di rinegoziazione ha funzione di finanziare la perdita discendente dal contratto rinegoziato.

³⁵⁴ In tal senso App. Trento, 5 marzo 2009, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 4 aprile 2014, in www.dirittobancario.it

fondante la contrattazione. Ciò snaturerebbe del tutto la funzione del derivato, il quale sarebbe nullo per assenza di causa³⁵⁵.

Da quanto anzi detto pare convincente l'idea che l'up front consista in una forma di finanziamento in senso lato. Quello che rileva dimostrare, nell'economia del presente lavoro, è se l'up front possa essere definito anche come contratto di credito (o finanziamento in senso stretto), e possa quindi assumere rilevanza ai fini della concessione abusiva del credito.

Si è sottolineato un primo aspetto critico: la pattuizione di un importo up front non comporta, per l'intermediario, la certezza della restituzione della somma erogata al cliente. Difatti l'up front è bilanciato da un meccanismo interno dell'I.R.S. (matematico-quantitativo) diretto ad incrementare le probabilità di "vincita" dell'intermediario – ma questo non comporta l'assoluta certezza che l'intermediario stesso riesca a ottenere, grazie all'andamento dei flussi differenziali, la restituzione dell'up front e anche un guadagno: tutto dipende dal variare dei tassi di interesse, ed è giustificato dalla natura squisitamente aleatoria del contratto.

Può dunque darsi il caso che l'intermediario eroghi l'up front e poi, nonostante le probabilità siano statisticamente sbilanciate in suo favore, continui a dover erogare ulteriori somme al cliente, o comunque non riesca a rientrare di quanto prestato, in ragione dell'andamento del mercato.

Questo, a giudizio della dottrina³⁵⁶, non dovrebbe escludere a priori la natura di contratto di credito: si nota infatti che la stipulazione di contratti caratterizzati dalla presenza di un obbligo di restituzione, sia pure eventuale, comporta l'esercizio del credito³⁵⁷. La stessa giurisprudenza riconosce la natura di finanziamento al mutuo sotto condizione, ipotesi in cui è evidente che la restituzione degli importi sia solo eventuale³⁵⁸. Altro esempio riportato dalla dottrina è quello dei contributi consortili, che rappresentano finanziamenti senza obbligo di remunerazione o restituzione³⁵⁹.

Si potrebbe aderire a queste conclusioni, autorevolmente sostenute, e dunque ammettere una (limitata) eccezione ai principi anzi detti, per cui il contratto di credito è connotato essenzialmente dall'obbligo di restituzione (che qui è incerto anche se probabile). Ma si pone un ulteriore ostacolo.

³⁵⁵ Trib. Bari, 15 luglio 2010, in *B.B.T.C.*, 2012, 3, p. 368 – sul punto D. MAFFEIS, *Le stagioni dell'orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati*, *B.B.T.C.*, 2010, 3, p. 280 ss. afferma che il ricorso alla causa in concreto non pare soddisfacente e risolutivo e che occorrerebbe dunque un vaglio clausola per clausola del derivato, alla luce del fatto che l'up front in sede di rinegoziazione assume evidentemente funzione di finanziamento, e sarebbe sostituibile da un semplice mutuo.

³⁵⁶ D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, cit.

³⁵⁷ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007, p. 208.

³⁵⁸ Cass. 18 giugno 2005 n. 13168, in *Le Società* 2006, 5, 596 con commento di D. FINARDI.

³⁵⁹ D. MAFFEIS, *Intermediario contro investitore: i derivati over the counter*, cit.

Parte della dottrina e la quasi unanime giurisprudenza riconoscono che il finanziamento all'impresa insolvente può cagionare un danno ai suoi creditori in quanto questi confidano nella "prosperità artificiale" del soggetto finanziato. In altre parole, il finanziamento è abusivo quando genera un'apparenza di solvibilità³⁶⁰.

Sul tema dell'apparenza e sul suo inquadramento giuridico si tornerà nelle pagine che seguono³⁶¹. Qui occorre capire quando un finanziamento genera l'apparenza che stiamo discutendo, e se l'up front in particolare sia idoneo a fondare l'affidamento dei creditori.

Ci si deve chiedere se l'affidamento discenda da un'informazione, racchiusa nel credito erogato, oppure derivi da una situazione di fatto, cioè dalla concreta liquidità e stabilità (per quanto solo apparente) dell'imprenditore. Letto da un altro punto di vista, il problema può essere così descritto: il creditore fa affidamento sulla solvibilità dell'impresa per il fatto che conosce il finanziamento erogato dalla banca, oppure continua a contrattare con l'imprenditore perché questi risulta ancora adempiente, e dotato di liquidità?

Se si rispondesse nel primo senso, non vi sarebbe spazio per affermare che l'up front (qualificato come finanziamento) possa rilevare ai fini della concessione abusiva del credito fondata sull'apparenza. Esso è infatti, almeno nella prassi finanziaria, nascosto tra le pattuizioni del contratto. Non si può cioè affermare che i creditori, venuti a sapere che l'imprenditore ha stipulato un contratto di Interest Rate Swap, per questo stesso fatto inizino a fidarsi di più del loro debitore, e per questo evitino l'esperimento di azioni a protezione dei loro diritti. Il finanziamento, se c'è, è nascosto, e fatto per non essere percepibile agli occhi del mercato.

Se invece rilevasse solo l'effetto pratico del contratto sul patrimonio dell'imprenditore, l'up front certamente assumerebbe rilievo: il cliente beneficia infatti della liquidità immediatamente erogata dalla banca (o della eliminazione dal passivo di una voce di debito verso la stessa, in caso di rinegoziazione) e dunque si trova nella disponibilità di soddisfare meglio (anche se solo temporaneamente) le sue obbligazioni verso la platea dei creditori. Costoro faticeranno a riconoscere il suo stato di insolvenza, poiché esso è celato dalla nuova liquidità (o dall'alleggerimento del passivo) derivante dal contratto derivato.

Ad una prima analisi, seppur limitata all'economia del presente lavoro, sembra convincente la seconda soluzione, poiché pone in rilievo la sostanza dell'operazione. Non si dovrebbe infatti scindere

³⁶⁰ Si richiamano le riflessioni svolte nel Capitolo I sul rapporto tra stato di insolvenza e credito che il soggetto gode sul mercato.

³⁶¹ In particolare, nella Sezione Seconda, al Par. 4.3 .

l'affidamento dei creditori, generato dalla falsa apparenza di solvibilità, dall'artificioso mantenimento in vita dell'impresa. Si tratta di due aspetti concatenati: il finanziamento è abusivo in quanto permette all'imprenditore di proseguire la sua attività, ed è questa prosecuzione dell'attività (non retta sul merito) che genera fiducia nel mercato; d'altro lato l'attività può proseguire solo in quanto i creditori non decidano di agire contro l'imprenditore (chiedendone il fallimento, o anche solo sperando azioni cautelari o esecutive).

Se i due aspetti sono effettivamente inscindibili, si deve affermare che ogni contratto di finanziamento che permette all'imprenditore di proseguire indisturbato ed insolvente è fonte di responsabilità per la banca – anche l'up front³⁶².

Le stesse conclusioni devono trarsi anche se si aderisse alle tesi³⁶³ che diminuiscono il valore dell'affidamento, e ravvisano nella concessione abusiva del credito una lesione dell'integrità patrimoniale del finanziato (dannosa per i suoi creditori)³⁶⁴: la stipulazione dell'I.R.S. con up front infatti non solo permette un'ingiustificata sopravvivenza dell'impresa, ma pone lo stesso suo patrimonio in una condizione peggiore. Probabilmente (*rectius*: quasi sicuramente), proprio a causa della attribuzione dell'up front, il passivo sociale del cliente (già insolvente) si ingigantirà, complice lo squilibrio nella formulazione matematico-quantitativa del derivato. In questo si configura il danno al patrimonio che sarebbe fonte di responsabilità per concessione abusiva del credito secondo la seconda parte della dottrina.

E. FINANZIAMENTO GARANTITO CON IPOTECA SU BENI DELLA CAPOGRUPPO O CON BENI DEI SOCI

Se in merito ai contratti presi riassuntivamente in considerazione nelle pagine che precedono la dottrina e la giurisprudenza si sono raramente pronunciati con specifico riferimento alla concessione abusiva del credito, sono state invece spesso prese in esame altre fattispecie negoziali, riconducibili al tema dei finanziamenti abusivi.

³⁶² Si nota infatti che l'intermediario valuta il merito del credito del cliente prima della rinegoziazione dell'I.R.S.: D. MAFFEIS, *Contratti derivati*, cit. nota 110.

³⁶³ Primariamente attribuibili a B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, cit.

³⁶⁴ L'opinione, nelle sue diverse possibili applicazioni, sarà esposta nella Sezione Seconda, al Par. 4.4 .

Restando ancora nel tema dei contratti “costitutivi” di rapporti obbligatori, ex art. 1321 c.c., si discute la fattispecie del mutuo diretto alla società insolvente e garantito da ipoteca su beni di uno dei soci o dalla società capogruppo³⁶⁵.

In questo caso non è necessaria la sussistenza di un pregresso rapporto tra banca e finanziato: l’illecito si sviluppa solo in forza del singolo contratto di credito, e si giustifica in ragione del rapporto tra merito di credito e garanzia prestata da terzi.

L’aspetto abusivo in questo caso è dato dal fatto che l’operatore bancario ha “*scarso interesse per le condizioni economico patrimoniali del sovvenuto*”³⁶⁶: il vaglio del merito del credito in questi casi è spesso minimale, e la spinta economica che induce il finanziatore a contrarre è il valore economico derivante dalla garanzia reale o personale, offerta da un soggetto estraneo all’eventuale fallimento dell’impresa beneficiaria.

Fondamento dell’abusività sta nella scarsa pregnanza del vaglio del merito del credito, (non giustificata dalla sussistenza di garanzie reali capaci di per sé sole di bilanciare il rischio assunto dal finanziatore³⁶⁷.

Sottolinea un Autore³⁶⁸: “*frequentemente l’impresa sovvenuta è costituita sotto forma di società di capitali e risulta sottocapitalizzata, tanto rispetto allo scopo sociale che contraddistingue la società, quanto rispetto alla attività di gestione concretamente svolta dagli organi sociali. L’attività della società è, dunque, resa possibile solo attraverso il costante e sistematico ricorso al credito bancario, il quale, a sua volta, può trovare giustificazione unicamente nelle garanzie personali o reali fornite da terzi per lo più dai soci della società sottocapitalizzata sovvenuta, in quanto la società sovvenuta non è comunque in grado di fornire garanzie reali.*”

Secondo una diversa opinione³⁶⁹ in questo caso la banca finanziatrice si trova in una situazione soggettiva di dolo eventuale: ciò si intende nel senso che, pur di ottenere garanzie a copertura della

³⁶⁵ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 100; INZITARI, *La responsabilità della banca nell’esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, cit., p. 286 ss.; ID., *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell’autonomia contrattuale* p. 417 e 418; F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, p. 173 ss.

³⁶⁶ A. VISCUSI, *op. e loc. ult. cit.*

³⁶⁷ La tematica è poco battuta, ma di primissimo interesse nello studio dei contratti di finanziamento. Trai contributi più rilevanti cfr. S. COSMA, *Il rapporto banca-impresa: le variabili relazionali e comportamentali nella valutazione del rischio del credito*, Torino, 2002 (in particolare p. 96 ss.).

³⁶⁸ B. INZITARI, *op. e loc. ult. cit.*

³⁶⁹ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, p. 173.

propria esposizione creditoria, e dunque a veder soddisfatte le sue pretese, è disposta a danneggiare gli altri creditori, e in particolare a generare l'ormai nota apparenza di solvibilità nel mercato.

F. CONTRATTI MODIFICATIVI DI NEGOZI PREGRESSI: IN PARTICOLARE IL CREDITO FONDIARIO EROGATO ALLO SCOPO DI ESTINGUERE UNA PRECEDENTE ESPOSIZIONE DEBITORIA

Si deve passare ora a trattare delle ipotesi in cui il comportamento abusivo della banca si manifesta in un contratto modificativo di un rapporto obbligatorio già esistente. Sino ad ora si è trattato di concessioni di credito ex novo, non fondate su alcun pregresso rapporto – ma altrettanto rilevanti sono, soprattutto in situazioni prossime alla crisi d'impresa, i contratti che vanno a incidere e alterano un rapporto obbligatorio preesistente tra la banca e il finanziato.

La centrale ipotesi considerata dalla dottrina, con riferimento alla concessione abusiva del credito, è quella del finanziamento sorretto da garanzie reali, stipulato dalla banca con l'esplicito scopo di ripianare un precedente debito dell'imprenditore non assistito da garanzie³⁷⁰. In questo caso si assiste ad un contratto di finanziamento diretto esclusivamente ad estinguere il precedente debito chirografario del finanziato verso il finanziatore, e a sostituirlo con un debito garantito.

Di frequente l'obiettivo perseguito da simili operazioni è scongiurare il rischio di revocatoria derivante dall'offerta di garanzie non contestuali (art.67 comma 1 n. 3 e comma 2 l.fall): è infatti più conveniente, sotto il profilo della revocatoria, godere di un credito sin dall'origine garantito piuttosto che convenire ex post (magari proprio quando sorge il rischio dell'insolvenza) un rafforzamento mediante garanzie reali.

Simili sforzi elusivi sono in realtà da sempre vanificati dalla giurisprudenza, che non esita a ritenere “pagamenti anormali” quelli effettuati con somme concesse allo scopo di ripianare debiti precedenti secondo gli schemi anzi accennati.³⁷¹

La dottrina è divisa nell'individuazione della natura giuridica dell'operazione in discussione: per alcuni si tratta di un meccanismo di compensazione³⁷² (facendosi leva sulla reciprocità di posizioni discende dalla stipulazione del secondo finanziamento), per altri si dovrebbe invece parlare di novazione,

³⁷⁰ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 101 ss.; F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, p. 172 e 173; O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Il Fall.*, 1997 n. 9 p. 888.

³⁷¹ Cass. 21 settembre 2000 n. 12489, in *Contratti*, 2001, p. 349.

³⁷² G. GOLLURA, *Finanziamento agevolato e clausola di destinazione*, Milano, 1996 p. 148 ss.

ravvisandosi la sostituzione di un'obbligazione originaria (che si estingue) con una nuova sia (eventualmente) nella struttura e nelle condizioni che per quanto riguarda la garanzia. Le tesi più rigorose individuano invece esclusivamente l'aspetto patologico dell'operazione, parlando alcuni di nullità per difetto di causa³⁷³, altri di nullità per frode alla legge³⁷⁴, altri ancora di simulazione relativa³⁷⁵.

La tematica si complica e il rischio di abusività si intensifica quando lo strumento scelto per il ripianamento della precedente esposizione debitoria è il mutuo fondiario. La fattispecie del credito fondiario, disciplinata agli artt. 38 s.s. T.U.B., "*ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su beni immobili*". L'art. 39 co. 4 T.U.B. detta una duplice disciplina di particolare favore per la banca erogatrice del credito fondiario: "*Le ipoteche a garanzia dei finanziamenti non sono assoggettate a revocatoria fallimentare quando siano state iscritte dieci giorni prima della pubblicazione della sentenza dichiarativa di fallimento. L'articolo 67 della legge fallimentare non si applica ai pagamenti effettuati dal debitore a fronte di crediti fondiari.*"

La norma prevede un termine rapidissimo per il consolidamento dell'ipoteca sotto il profilo della revocatoria fallimentare, e dispone che i pagamenti effettuati in esecuzione del contratto di mutuo fondiario siano sempre irrevocabili.

Si pone dunque il caso che la banca creditrice di un'impresa, intuendone il possibile *default*, accetti di estinguere il precedente debito in scadenza a fronte dell'erogazione di un nuovo finanziamento di natura fondiaria. Questo da un lato concede all'impresa maggiore tempo e agio nell'adempimento dei (nuovi) obblighi di restituzione, e dall'altro lato fornisce alla banca una garanzia potenzialmente inattaccabile sotto il profilo della revocatoria fallimentare. A fare le spese di questa convenzione sono, evidentemente, i creditori dell'impresa: sia quelli anteriori all'erogazione del credito fondiario, sia quelli successivi, che hanno contrattato con l'impresa facendo affidamento sulla solvibilità della stessa, dimostrata per fatti concludenti dal comportamento della banca.

Emerge in questo contesto una chiara responsabilità della banca, che contratta a danno dei terzi creditori. Parte della dottrina parla in questo caso di concessione abusiva dell'ipoteca³⁷⁶, mentre la giurisprudenza, anche di legittimità, assume posizioni altalenanti circa le conseguenze di una simile operazione:

³⁷³ U. MORERA, *Il fido bancario*, cit., p. 184 ss.; V. ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario*, Milano, 1984, p. 146 ss.

³⁷⁴ G. PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, in *B.B.T.C.*, 1994, 2, p. 618 ss.

³⁷⁵ G. DE MARCHI, *Simulazione del contratto di mutuo fondiario*, in *B.B.T.C.*, 1968, 2, p. 63 ss.

³⁷⁶ V. SANGIOVANNI, *Le particolarità fallimentari del credito fondiario*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 1147.

- in una importante pronunzia la Cassazione³⁷⁷ ha affermato che la stipulazione di un contratto di mutuo fondiario allo scopo di estinguere un credito preesistente chirografario costituisce un procedimento negoziale indiretto in frode ai creditori che origina una novazione oggettiva, classificabile come mezzo anomalo di pagamento ai sensi e per gli effetti dell'art. 61 comma 1 n. 2 l. fall e dunque soggetto a revocatoria (in tal senso anche diverse pronunzie più recenti³⁷⁸);
- una più recente pronunzia afferma che il contratto è valido, ma che non può trovare applicazione l'art. 39 T.U.B. che prevede il consolidamento e la non revocabilità dell'ipoteca fondiaria³⁷⁹ (ci si dovrebbe chiedere se operi un qualche forma di conversione dell'ipoteca fondiaria in mutuo ordinario, o se anche tale operazione sia da considerarsi preclusa);
- altre pronunzie di merito affermano invece la nullità del contratto per mancanza di causa in concreto³⁸⁰. In quest'ultimo senso si può notare che le parti non vogliono in realtà il mutuo fondiario, bensì un negozio modificativo del loro precedente contratto, diretto alla rinegoziazione del debito (ed in particolare alla concessione di una dilazione od una dilatazione dei termini a fronte del rilascio di una garanzia reale).

In ogni caso è chiaro che l'orientamento dei giudici è nel senso di impedire che la banca possa profittare delle convenienti regole del credito fondiario per ottenere *in extremis*, resasi conto dell'insolvenza del suo debitore, una garanzia reale ed inattaccabile dagli altri creditori.

Le decisioni giurisprudenziali fanno riferimento al rimedio demolitorio della revocatoria, e non si pronunciano invece sul tema della concessione abusiva del credito. Si deve notare però, a prescindere dagli arresti di merito e legittimità, che la fattispecie è perfettamente idonea a fondare anche il rimedio compensatorio di cui all'art.2043 c.c. *ex latere creditoribus*.

G. ALTRI NEGOZI MODIFICATIVI O ESTINTIVI DI UN DEBITO PREESISTENTE

Continuando a riflettere in tema di contratti che si formano sulla base di un precedente rapporto debitorio, occorre riferire (per quanto brevemente) di altri negozi modificativi o estintivi di un pregresso rapporto obbligatorio tra banca e impresa insolvente.

³⁷⁷ Cass. 1 ottobre 2007 n. 20622, in *Dir. Fall.*, 2009, p. 181 ss. con nota di M. CORDOPATRI; conforme anche Trib. di Genova, 16 gennaio 2002, in *Giur. It.*, 2002, p. 2108 con nota di F. MURINO.

³⁷⁸ Cass. 28 gennaio 2013 n. 1807, in *Giust. Civ. Massimario 2013* – che riconosce alla banca il diritto alla restituzione della somma, seppure attraverso moneta fallimentare: “*la revoca di detta ipoteca non comporta necessariamente l'esclusione dall'ammissione al passivo di quanto erogato per il suddetto mutuo*”.

³⁷⁹ Cass. 18 aprile 2013 n. 9482, in *Riv. Notariato* 2013, 3, 720.

³⁸⁰ Trib. Lecce 1 febbraio 2013, in *Vita Notarile* 2013, 1, 19 con nota di CASCELLA.

Anche in questo vasto ambito non ci si può esimere da riportare delle centrali differenze.

Anzitutto, ponendo mente alla fattispecie della remissione del debito³⁸¹, si può escludere ogni contatto con la fattispecie della concessione abusiva di credito. La remissione infatti è negozio estintivo del rapporto obbligatorio, e non può quindi essere in alcun modo associata alla causa di finanziamento.

Ciò che sicuramente manca, in altre parole, è l'obbligo di restituzione, poiché con la remissione si estingue definitivamente sia il lato attivo che il lato passivo del rapporto giuridico obbligatorio. La remissione del debito non può dunque fondare la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito di per sé sola; la situazione potrebbe cambiare quando una (magari parziale) remissione è stipulata all'interno di una più vasta rinegoziazione dei debiti: in tal caso la responsabilità non è da escludersi.

Più complessi nella loro configurazione e nel loro rapporto con la concessione abusiva di credito sono i contratti modificativi (art.1321 c.c.) di precedenti rapporti obbligatori.

Un primo interessante esempio è il *pactum de non petendo*, o convenzione di *stand still*: esso configura un “*accordo finalizzato alla dilazione del termine di scadenza di uno o più crediti, già scaduti o in scadenza*”³⁸². Questo negozio generalmente incide sul precedente rapporto obbligatorio, modificando il termine di adempimento. Il contratto non produce alcuna messa a disposizione di apporti all'impresa, né ad una prima analisi sembra sorgere alcun obbligo di restituzione in capo al creditore.

Ritenere allora che per questo il patto di *non petendo* debba considerarsi irrilevante sotto il profilo dell'abusività è però una conclusione troppo affrettata. In realtà, al contrario, autorevole dottrina³⁸³ e una recentissima pronuncia di merito³⁸⁴ affermano che la non riscossione di debiti scaduti possa essere considerata quale finanziamento. L'asserzione può essere giustificata: probabilmente non si tratta della stipulazione di un nuovo finanziamento abusivo, bensì della trasformazione di un contratto preesistente da lecito in potenzialmente abusivo. La dilazione del termine, infatti, dev'essere, in base ai i

³⁸¹ E. TILOCCA, *La remissione del debito*, Padova, 1955; più recentemente, anche per l'opportuna bibliografia e i riferimenti giurisprudenziali, D. MAFFEIS - A. FONDRIESCHI - S. ROMEO, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2012.

³⁸² D. PERRONE, *Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi*, in *Fall.*, 1992, p. 664

³⁸³ G.B. PORTALE, *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corriere giur.*, 2003, p.145 ss..

³⁸⁴ Trib. Santa Maria Capua Vetere, 29 ottobre 2013, in Trib. Santa Maria Capua Vetere, 29 ottobre 2013, in www.iusexplorer.it/Dejure: “[...]deve altresì osservarsi come il concetto di finanziamento (che, come ben noto, integra la causa del contratto di mutuo) possa ritenersi idoneo a ricomprendere non solo le ipotesi classiche di versamento di una data somma con obbligo di restituzione nel tempo, ma anche quella – frequente nella prassi commerciale – di dilazione di un pagamento immediatamente esigibile. In tal caso, infatti [...], la situazione è pressoché analoga: a fronte di un debito esigibile sorge per il debitore un obbligo restitutorio dilazionato nel tempo, sicché il finanziamento si rinviene nella dilazione del pagamento altrimenti dovuto.”

principi di correttezza e sana e prudente gestione del credito³⁸⁵, sottoposta ad un vaglio di merito: la banca commette un illecito anche se offre una dilazione ingiustificata e irragionevole all'impresa insolvente. Di qui potrebbe affermarsi una responsabilità aquiliana per concessione abusiva del credito: una concessione di fatto pregressa (rapporto di base) che assume toni abusivi in forza del successivo patto di *non petendo*, quando stipulato in una circostanza che avrebbe dovuto portare la banca ad interrompere il rapporto con l'impresa insolvente.

E' stata messa in discussione anche un'ulteriore ipotesi di contratto modificativo di un rapporto obbligatorio preesistente: "la rinegoziazione del debito, in forma di rateizzazione, magari affiancata da un accordo modificativo dei tassi di interesse"³⁸⁶. Si tratta di contratti che, a fronte di sopravvenienze esterne (quali appunto la crisi d'impresa) producono la modificazione di alcuni aspetti giuridici del rapporto obbligatorio. Si deve attentamente distinguere però la rinegoziazione dalla novazione³⁸⁷: infatti, vi è grande differenza (soprattutto in tema di garanzie – art. 1232 c.c.) tra un accordo diretto a sostituire l'intera obbligazione precedente con una nuova, diversa nell'oggetto, e l'accordo modificativo di un contratto preesistente. Solo in quest'ultimo caso, infatti, l'origine del vincolo tra banca e impresa rimane il contratto originario (nel secondo caso vi è invece l'estinzione del primo rapporto e la costituzione di un rapporto nuovo e diverso). Il contratto di rinegoziazione può comportare modificazioni e aggiunte anche significative all'obbligazione originaria, ma nei limiti in cui ciò non comporti novazione ex artt. 1230 e 1231 c.c.: la modifica dunque dev'essere solo parziale, non deve sussistere l'*animus novandi*.

Per parte della dottrina³⁸⁸ tali modalità non comportano un nuovo affidamento, ma anch'esse una semplice dilazione del pagamento – qui onerosa, perché giustificata dalla modificazione di altre condizioni contrattuali. In base a tali ragioni, l'Autrice propone di non considerare tali fattispecie quali rilevanti ai fini della concessione abusiva del credito.

In senso critico si può rispondere, ripetendo il ragionamento svolto sopra, che, per quanto tali condotte non configurino un nuovo affidamento, possono essere potenzialmente idonee a rendere abusivo un finanziamento che prima non lo era. Ciò in quanto è onere della banca compiere il vaglio del merito del credito anche e soprattutto in sede di rinegoziazione dei contratti: il *bonus argentarius* deve astenersi dal dare ulteriori chance ad imprese irreversibilmente insolventi. Non prolungare l'agonia

³⁸⁵ Sul punto, per una più ampia disamina, si richiama quanto detto *supra*, nel Capitolo II in questa Sezione.

³⁸⁶ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 101. Cfr anche A. BAGLIONI - U. CHERUBINI, *La ristrutturazione del debito delle imprese: teoria ed evidenza empirica per il caso italiano*, in I. ANGELONI (a cura di), *Le banche ed il finanziamento delle imprese*, Bologna, 1997, p. 217 ss.

³⁸⁷ Sul punto, da ultimo, cfr. G. DORIA, *La novazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU F. MESSINEO L. MENGONI e continuato da P. SHLESINGER, Milano, 2012.

³⁸⁸ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit.

dell'impresa irreversibilmente insolvente non significa solo negare ulteriori approvvigionamenti di denaro, ma anche impedire la rinegoziazione di esposizioni debitorie scadute, per evitare che l'impresa - permanendo sul mercato grazie a queste dilazioni – possa distruggere la ricchezza residua destinata agli altri creditori.

3.7 LE RAGIONI CHE CONDUCONO LA BANCA AD OFFRIRE IL FINANZIAMENTO ABUSIVO

Svolta questa disamina delle condotte potenzialmente suscettibili di censura sotto il profilo della concessione abusiva di credito, pare interessante guardare, conclusivamente, alle ragioni che possono condurre la banca a offrire il finanziamento abusivo.

Anzitutto, l'investitore potrebbe voler prolungare la vita dell'impresa insolvente allo scopo, già ricordato, di far trascorrere il tempo necessario per il consolidamento delle garanzie a tutela dei suoi crediti.

Come afferma autorevole dottrina³⁸⁹, una prima evenienza di abusività è quindi data dalla *“sommministrazione di nuova finanza all'impresa ormai precipitata in crisi irreversibile al solo scopo di prolungarne artificialmente la vita, così da ritardare l'apertura della procedura concorsuale guadagnando il definitivo consolidamento delle garanzie reali già ottenute dal debitore o l'irrevocabilità dei pagamenti già effettuati”*.

Questo paradigma è chiaro nell'ipotesi di concessione di un mutuo fondiario a ripianamento di una precedente esposizione creditoria, ma può ricorrere anche in casi di dilazioni di pagamento, di mutui ordinari non garantiti, di aperture di credito, ecc.

Ci sono però altre ragioni che conducono la banca ad erogare credito abusivo. Una prima ipotesi presa in esame dalla dottrina è quella del credito erogato, nonostante l'esito negativo dell'indagine sul merito del credito dell'impresa finanziata, *“a seguito della soggezione a pressioni politiche o lobbistiche*

³⁸⁹ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 172.

*a vantaggio dell'impresa*³⁹⁰. La ragione del finanziamento qui è esogena, deriva da spinte esterne, il cui rilievo giuridico è di difficile inquadramento, ma che possono condurre sia la banca che il soggetto che ha indotto dall'esterno il finanziamento a responsabilità civili e potenzialmente anche penali.

Un'ulteriore ipotesi di interesse è quella dei c.d. "fidi vetrina": ci si riferisce al caso in cui l'impresa ricorra ad un primo finanziamento bancario con una banca amica o compiacente allo scopo di farsi accreditare ed ottenere lustro e fiducia nel mercato o nei confronti di terzi in particolare. La banca che eroga tale credito senza un corretto vaglio di merito induce esattamente l'effetto distorsivo che è il centro della concessione abusiva del credito: l'apparenza di solvenza del finanziato³⁹¹. Si ricorda anche che alcune normative nel passato, ai fini dell'iscrizione dell'impresa in appositi albi o per il rilascio di particolari autorizzazioni, richiedevano che l'aspirante presenti attestazioni di affidamenti bancario per importi predefiniti³⁹².

Non si può, d'altro canto, non considerare anche le ragioni colpose che possono indurre all'erogazione di credito abusivo. La colpa può essere dell'operatore bancario in quanto tale, quando i suoi organi hanno svolto un vaglio impreciso o manchevole del merito del credito del finanziato: in tal caso l'ignoranza dell'insolvenza del contraente non può escludere la responsabilità. Altra fattispecie concerne la responsabilità discendente dall'opera, dolosa o colposa, del funzionario responsabile della contrattazione con l'impresa insolvente.

La responsabilità per colpa vede le sue maggiori criticità quanto il finanziamento non è erogato nella contrattazione privata, ma inserito all'interno di una soluzione alternativa al fallimento alle crisi d'impresa. In quel caso è particolarmente complesso determinare se il finanziatore, sotto il profilo soggettivo, intendesse investire nel risanamento dell'impresa, confidando nel piano, oppure se sapesse, o avesse dovuto sapere, che il tentativo era inattendibile e destinato a fallire, poiché non fondato su dati e prospettive economiche ragionevoli. Di questo aspetto centrale si darà conto nel Capitolo VI.

³⁹⁰ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 174. Sul punto si confrontino anche le richiamate riflessioni di U. APICE, *Soggetti e rapporti giuridici nelle procedure concorsuali*, Padova, 2002 e G. PELLEGRINO, *Contratti bancari e procedure concorsuali*, Padova, 2000.

³⁹¹ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 174.

³⁹² Sul punto, *amplius* U. MORERA, *Il fido bancario*, cit., p. 91 ss.

In questa prima Sezione si sono vagliati gli elementi essenziali della definizione di concessione abusiva del credito, con lo scopo di far luce sulle strutture giuridiche coinvolte (insolvenza, banca, finanziamento) e i risvolti concreti che l'illecito può assumere.

Su molti punti, l'approfondimento dei termini in discussione ha permesso di anticipare diverse conclusioni sulla natura e le peculiarità della responsabilità della banca, sulle quali si promette di tornare nuovamente nelle pagine che seguono, anche a scopo di darne una lettura unitaria.

Sin'ora si sono separate le componenti essenziali dell'istituto, per coglierne i dettagli e le sfaccettature: nella prossima Sezione si mira ad offrire invece una visione d'insieme della concessione abusiva del credito, con una particolare attenzione alla ricerca della situazione soggettiva lesa dall'erogazione immeritevole ed al significato della c.d. plurioffensività dell'illecito.

SEZIONE SECONDA

LE CONSEGUENZE DEL FINANZIAMENTO ALL'IMPRESA IMMERITEVOLE

CAPITOLO IV

L'INTERESSE TUTELATO

4.1 RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE E BILANCIAMENTO DI INTERESSI IN CONFLITTO

Secondo quanto detto sin'ora, si ha concessione abusiva del credito quando un soggetto – banca¹ – fornisce un finanziamento² in favore di un secondo soggetto – imprenditore – che si trova in stato di insolvenza irreversibile³. Sotto un primo profilo descrittivo si può affermare che tale comportamento è stato considerato illecito in quanto fonte di “*un danno reale per i creditori del sovvenuto, ingannati da una prosperità artificiale*” dell'impresa finanziata⁴.

Compito di questa Seconda Sezione è tentare di individuare le diverse conseguenze giuridiche che il finanziamento abusivo comporta.

Nelle ricostruzioni della dottrina – prima in Francia e in Belgio e poi in Italia⁵ – e della giurisprudenza⁶ prevalenti, l'illegittima concessione di credito comporterebbe un illecito di natura

¹ Sul punto si ricordi quanto affermato nella Prima Sezione, al Capitolo II, sullo status dell'operatore bancario e il potenziale coinvolgimento di intermediari non bancari.

² Sulla nozione di finanziamento si richiama l'indagine svolta nella Prima Sezione, al Capitolo III.

³ Anche su tale aspetto si richiamano le rilevanti differenze tra le definizioni di crisi ed insolvenza e sul centrale concetto di irreversibilità dell'insolvenza, studiate nella Prima Sezione, Capitolo I.

⁴ C. GAVALDA - J. STOUFFLET, *Droit de la banque*, Paris, 1974, p. 584.

⁵ Cfr. nota 1 Capitolo I della Prima Sezione.

⁶ Cfr. Paragrafo 4.5 di questa Sezione, *infra*.

extracontrattuale⁷. Si è già discusso, in precedenza⁸, il tentativo di una parte della dottrina di qualificare la responsabilità per finanziamento abusivo come contrattuale, sulla scorta, alternativamente, di un preteso “contatto sociale” tra banca e creditori dell’impresa finanziata o, d’altro lato, di un presunto “status” del finanziatore. Tali fattispecie sarebbero produttive di obblighi di protezione verso i creditori del finanziato, pur in mancanza di ogni dovere di prestazione nei loro confronti. Si è ritenuto di respingere la ricostruzione della responsabilità contrattuale, “da status”, del finanziatore: come si è detto, non pare potersi rinvenire alcun fondamento normativo dei presunti obblighi di protezione che vincolerebbero la banca verso la generalità dei creditori del finanziato.

Muovendo da queste premesse, occorre approfondire i risultati dell’evoluzione dottrinale e giurisprudenziale, seguendo la corrente dominante che ravvisa nella concessione abusiva di credito una (o più) fattispecie di responsabilità extracontrattuale. In particolare occorrerà considerare il grande sviluppo che ha avuto, nell’ultimo secolo, la dogmatica dell’illecito extracontrattuale – per verificare se, e sino a che punto, la condotta della banca possa formare oggetto di pretese risarcitorie (anche, ma non solo, da parte dei creditori dell’impresa insolvente).

L’illecito extracontrattuale nel nostro ordinamento è disciplinato dall’art. 2043 c.c.: per affermare la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito è dunque necessario ripercorrere tutti gli elementi costitutivi della fattispecie codicistica (elemento soggettivo, nesso di causalità, prova del danno, ingiustizia del danno).

Prima però di percorrere le elaborazioni teoriche sugli elementi costitutivi della responsabilità aquiliana, pare necessario tematizzare il controverso rapporto tra il principio di cui all’art. 23 Cost., per cui nessuna prestazione può essere imposta se non in base alla legge, e la condivisa affermazione di atipicità delle fonti dell’illecito extracontrattuale⁹. Tra questi indici di diritto (all’apparenza antinomici) si individua un possibile punto di equilibrio nel concetto di meritevolezza di tutela¹⁰: è corretto parlare di atipicità delle fonti di illecito aquiliano solo nella misura in cui, caso per caso, sia coinvolta la lesione di un interesse degno di protezione in base ai principi dell’ordinamento¹¹.

⁷ *Ex multis* F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004 p. 204.

⁸ Si fa riferimento al Capitolo 2, Paragrafo 4, anche con riguardo agli approfondimenti bibliografici.

⁹ *Ex multis*, nella manualistica: F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 709. Più specificamente: G. ALPA - M. BRESSONE, *Atipicità dell’illecito*, Milano, 1995, passim; G. ALPA, *Il problema dell’atipicità dell’illecito*, Napoli, 1979, passim; M. FRANZONI, *L’illecito*, in M. FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, II edizione, Milano, 2010, p. 48. In senso critico G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966, p. 153 ss., il quale sostiene che non si potrebbe parlare di atipicità dell’illecito, in quanto non è pensabile giudicare la condotta di un soggetto se non in base ad una norma che predichi ciò che è lecito e ciò che è vietato.

¹⁰ M. FRANZONI, *L’illecito*, cit., p. 46 e 80.

¹¹ Anticipando qui alcuni successivi sviluppi e conclusioni, si riporta il pensiero espresso in Cass. 17 maggio 2004 n. 9345, in *Giustizia Civile Massimario* 2004, p. 5: “*La normativa sulla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. ha la funzione di consentire il risarcimento del danno ingiusto, intendendosi come tale il danno arrecato non iure, il danno, cioè, inferto in assenza di una causa giustificativa, che si risolve nella lesione di un interesse rilevante per l’ordinamento, a prescindere dalla sua qualificazione formale, ed, in particolare, senza che assuma rilievo la*

Quasi tutte le trattazioni in tema di concessione abusiva del credito affrontano il problema degli interessi dei creditori danneggiati (e della loro meritevolezza) non quale punto di partenza, bensì nell'alveo della trattazione dei requisiti di cui all'art. 2043 c.c., e in particolare con riferimento all'ingiustizia del danno.

Si propone qui un diverso approccio al problema, ricordando come, secondo le tesi dominanti dopo la codificazione del 1942¹², l'indagine sull'ingiustizia del danno comporta due valutazioni:

- l'esistenza di un *damnum contra ius*;
- il fatto che il danno sia *non iure*.

Sotto il primo profilo ci si deve chiedere se il danno abbia leso un interesse che l'ordinamento mira a proteggere¹³. Il secondo profilo è afferente alle cause di giustificazione: “*La qualificazione non iure (infectum) del danno esprime, invece, la non riconducibilità del pregiudizio arrecato all'esercizio di un proprio diritto e l'assenza di cause di giustificazione, o esimenti, per il danneggiante*”¹⁴.

Si è deciso di trattare in apertura il requisito del *damnum contra ius*, perché si ritiene che valutazione sugli interessi protetti (e quindi dell'antigiuridicità del danno) sia un *prius* logico, il cui studio è necessario come presupposto per ogni altra indagine sugli elementi dell'illecito extracontrattuale. L'esistenza o meno di cause di giustificazione del comportamento antigiuridico, nella ricerca che ci occupa, è invece elemento secondario, e verrà brevemente inquadrata – insieme agli altri elementi fondanti la responsabilità ex art. 2043 – nelle pagine che seguono¹⁵.

Secondo l'impostazione qui accolta, è necessario individuare quale sia l'interesse che la figura di responsabilità extracontrattuale detta “concessione abusiva del credito” mira a tutelare, e se l'interesse in esame sia davvero meritevole di tutela¹⁶.

qualificazione dello stesso in termini di diritto soggettivo. Peraltro, avuto riguardo al carattere atipico del fatto illecito delineato dall'art. 2043 c.c., non è possibile individuare in via preventiva gli interessi meritevoli di tutela: spetta, pertanto, al giudice, attraverso un giudizio di comparazione tra gli interessi in conflitto, accertare se, e con quale intensità, l'ordinamento appresta tutela risarcitoria all'interesse del danneggiato, ovvero comunque lo prende in considerazione sotto altri profili, manifestando, in tal modo, una esigenza di protezione”.

¹² La quale ha introdotto il requisito dell'ingiustizia del danno nel nostro ordinamento (requisito assente nel codice del 1865).

¹³ Non tutto ciò che economicamente è definibile come danno ha protezione giuridica da parte dell'ordinamento - M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, cit., p. 807 ss. Il classico esempio è il danno derivante dalla promulgazione di una nuova legge, come ricorda F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 709.

¹⁴ V. D'ANTONIO, *Il danno ingiusto*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da P. STANZIONE, Trento, 2012, p. 88.

¹⁵ Cfr. conclusione del seguente Paragrafo 4.5.

¹⁶ Sul punto F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa* 1985 p. 2. Come accennato, si tratterà invece nel Capitolo V delle ulteriori prospettive di responsabilità discendenti dal finanziamento abusivo, ed in particolare dell'ipotesi della invalidità del finanziamento erogato all'imprenditore irreversibilmente insolvente.

A. L'ESPANSIONE DELL'AREA DEL DANNO RISARCIBILE

Il perimetro degli interessi rilevanti e dei danni risarcibili, nel corso degli ultimi decenni del Secolo scorso, ha subito una vorticosa estensione: dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente incluso nell'ambito degli interessi meritevoli di tutela ex art. 2043 c.c. posizioni giuridiche diverse e sempre più numerose.

Secondo l'iniziale orientamento della dottrina e della giurisprudenza, infatti, l'art. 2043 c.c. militava ad esclusiva protezione di diritti soggettivi assoluti. Oltre ai diritti inalienabili della personalità (salute, vita, famiglia, onore ecc.) si consideravano dunque tutelabili le sole posizioni assolute, quali i diritti reali e gli status familiari¹⁷.

Fondamento di tale tesi stava nel ristretto ambito di operatività del brocardo romano *nemine laedere*: esso è stato da sempre qualificato come dovere assoluto, al quale faceva riscontro solamente un diritto assoluto di essere tutelati.¹⁸

Seguendo una simile ricostruzione "rigida" non parrebbe in alcun modo configurabile in capo alla banca alcun genere di responsabilità: la posizione giuridica dei creditori dell'impresa insolvente finanziata non è certo riconducibile a diritti assoluti (all'evidenza manca, quanto meno, dei noti requisiti dell'opponibilità *erga omnes* e dell'immediatezza).

La dottrina¹⁹ ha superato sin dagli anni Sessanta dello scorso Secolo tale rigorosa limitazione, includendo nell'ambito dell'art. 2043 c.c. anche la tutela del diritto di credito. Ciò in quanto (nota l'Autore che primo ha proposto il superamento dell'orientamento tradizionale²⁰) si deve distinguere l'aspetto dinamico del diritto di credito, cioè la pretesa del creditore verso il debitore, racchiuso nel rapporto obbligatorio, dall'aspetto statico del diritto stesso. Il credito è infatti patrimonialmente rilevante; vi è interesse a che tale diritto appartenga alla sfera giuridica del creditore, in termini di valore da conservare e realizzare: in questo – si sostiene – anche il rapporto relativo dovrebbe godere di tutela *erga omnes*.

¹⁷ A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., p. 313. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973 p. 319 ss. Si ricorda per la sua storica rilevanza la critica a tale tesi, operata da S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 189.

¹⁸ Si ricorda la nota Cass. 4 luglio 1953 n. 2085, in *Foro It.*, 1953, 1, p. 1087, sulla "sciagura di Superga". Si fa riferimento ad un incidente aereo che provocò la morte dell'intera squadra calcistica di Torino: la Cassazione negò che il vettore, responsabile del disastro, dovesse risarcire i danni provocati all'Associazione Calcio Torino, la quale lamentava la lesione del proprio credito (di facere infungibile) verso i giocatori defunti. La ragione fu rinvenuta nell'assenza di nesso di causalità: l'omissione del vettore cagionò un danno diretto e immediato alla vita dei passeggeri, mentre il danno cagionato alla squadra di calcio era visto quale "riflesso" della lesione della vita e quindi indiretto.

¹⁹ F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964.

²⁰ F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, cit., p. 34 ss. e 47.

In giurisprudenza, a partire dai primi anni Settanta si dà una rilevante estensione dell'ambito del danno risarcibile, aderendo alle tesi anzi esposte: con il noto caso Meroni²¹ la Cassazione ha iniziato ad estendere l'ambito della risarcibilità anche ai diritti c.d. relativi, allo scopo di rafforzare la tutela del credito e del negozio²² contro danni non qualificabili come contrattuali ex art. 1218 c.c. (in quanto cagionati da soggetti estranei al vincolo giuridico obbligatorio, e non tenuti a doveri di prestazione né di protezione).

Il precedente citato è la prima dimostrazione di una rottura dei ristretti argini che connotavano l'antigiuridicità del danno: si inizia in dottrina e giurisprudenza ad affermare che il dovere di *neminem laedere* offre una protezione atipica, “*riferita cioè a tutti gli interessi giuridicamente rilevanti*”²³ – e dunque anche ai diritti soggettivi relativi.

Non sembra un caso che, proprio in quegli anni, siano fioriti i primi contributi dell'Accademia italiana in riferimento alla concessione abusiva di credito. A prescindere dalla qualificazione dell'interesse tutelato, su cui ci si soffermerà a breve, pare indubitabile che la teorizzazione dell'illecito che ci occupa sia inscindibilmente connessa con l'evoluzione nel tempo dei diritti risarcibili ex art. 2043 c.c.

Ulteriore passaggio epocale, che qui si accenna per la sua portata storica, si è avuto con la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 500 del 1999²⁴. Sino a tale momento si era sempre considerato risarcibile solo il danno cagionato ad un diritto soggettivo: da questa sentenza delle Sezioni Unite si è ammessa anche la risarcibilità dell'interesse legittimo.

Si deve notare che la Corte ha più volte, in tal sede, ribadito che la tutela dell'interesse legittimo è ammessa in tanto in quanto “*risulti lesa, per effetto dell'attività illegittima (e colpevole) della P.A., l'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla, e che il detto interesse al bene risulti meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo*”.

²¹ Cass. S. U. 26 gennaio 1971 n. 174, in *Giust. it.*, 1971, 1, 1, p. 680, con nota di G. VISINTINI, e in *Foro it.*, 1971, 1, p. 1284, con nota di A.C. JEMOLO, *Allargamento di responsabilità per colpa aquiliana*. Quest'ultimo manifesta i primi dubbi sulla possibile estensione all'infinito delle posizioni giuridiche tutelate. Nel caso in discussione, un calciatore del Torino morì in un incidente stradale: la società calcistica fu riconosciuta danneggiata nel suo credito discendente dal contratto con il defunto, e dunque titolare di diritto al risarcimento ex art. 2043 c.c. nei confronti del responsabile del sinistro.

²² L'estensione in parola, discussa e criticata nel presente paragrafo, ha conforto comparatistico: tanto in Francia quanto in Belgio dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'ammettere risarcimento per la lesione di interessi, purché leciti. H. e L. MAZEAUD - A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, I, 1957.

²³ F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, cit., p. 710 e 711.

²⁴ Cass. S.U. 22 luglio 1999 n. 900, in *Foro It.* 1999, 1, p. 2487 ss. con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, e in www.altalex.com.

Da un lato lo stralcio riportato rimarca il legame tra interesse meritevole e risarcibilità del danno – oggetto di questo paragrafo; dall'altro lato emerge la necessità di correlazione tra una situazione giuridica rilevante (nel caso, la vita) e l'interesse legittimo leso²⁵.

L'evoluzione storica dell'istituto della responsabilità aquiliana nella fine del Novecento, brevemente riassunto²⁶, conduce l'interprete a interrogarsi su quali siano oggi i confini di espansione della risarcibilità del danno.

Richiamando una classica ricostruzione di analisi economica del diritto²⁷ si deve affermare che non è indifferente ampliare il numero di fonti di responsabilità da fatto illecito in un sistema giuridico.

Sotto un primo profilo il rischio di responsabilità produce un innalzamento dei costi medi dei servizi. Nel nostro caso, ad esempio, il ricorso al credito da parte delle banche sarà più costoso, in quanto la banca dovrà proteggersi economicamente contro le eventuali affermazioni di responsabilità per concessione abusiva del credito.²⁸ Si nota peraltro che, trattandosi di illecito extracontrattuale, il risarcimento non è contenuto nei limiti della prevedibilità del danno (1225 c.c.): dunque l'assunzione di tale rischio comporta dei vasti margini di incertezza. Il rischio è dunque assunto *ex ante* dalla banca e ridiretto sul cliente in forma di costo. Si deve notare che, data l'incertezza sull'entità del rischio stesso, difficilmente prevedibile con anticipo, l'aumento del costo del servizio può essere sproporzionato (in più o in meno), e questo comporta ulteriori inefficienze.

Sotto un secondo profilo, si devono considerare le ripercussioni di una simile espansione sulla certezza del diritto²⁹. Per quanto oggi, come accennato, il principio di atipicità dei fatti illeciti sia pacificamente recepito dall'ordinamento italiano, la sua concreta applicazione dev'essere calmierata e bilanciata. Il proliferare, in dottrina e giurisprudenza, di condotte rilevanti ex art. 2043 ss. c.c. in assenza di criteri univoci di imputazione apre un *vulnus* nel principio di certezza del diritto. Non si può dimenticare l'insegnamento per cui una regola è efficiente solo quando sono chiare ed

²⁵ Si ricorda che il legislatore ha recepito lo sviluppo giurisprudenziale in discorso, avendo riconosciuto all'art. 7 della L. 205/2000 la competenza del giudice amministrativo per la valutazione sulla risarcibilità dell'interesse legittimo.

²⁶ Per una più completa disamina, si confronti tra i più recenti contributi M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, cit.

²⁷ R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - T.ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., p. 185 ss.

²⁸ In tal senso A. BORGIOLO, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito?*, cit., p. 211, ove si sostiene “diverrebbe allora più difficile fare dei preventivi riguardo alle operazioni attive della banca e finirebbe col saltare lo stesso principio fondamentale della tecnica bancaria secondo il quale le operazioni attive devono essere commisurate su quelle passive. Infatti, come si potrebbe applicare questa regola, ove il rischio connesso al primo termine risultasse essenzialmente indeterminabile? Non vi è dubbio comunque che il prestare credito risulterebbe, in una situazione del genere, più difficile e rischioso e in definitiva più caro”.

²⁹ In tal senso depone A. BORGIOLO, *op. e loc. cit.*, riferendosi all'indeterminatezza dei costi, nel brano anzi citato.

univocamente desumibili le conseguenze economiche e giuridiche della sua violazione da parte del soggetto cui la condotta è imposta.

L'affermazione è ancor più significativa quando il compito di individuare le conseguenze (positive o negative) del comportamento non è adempiuto dal legislatore, ma è rimesso all'interprete. In simili circostanze è necessario che l'opera di dottrina e giurisprudenza sia diretta a individuare con chiarezza i presupposti di responsabilità, le regole di condotta e le conseguenze della loro violazione, limitando il più possibile la discrezionalità interpretativa caratteristica dell'analisi del caso concreto. Qualora invece il c.d. giocatore non possa sapere se un dato comportamento possa ragionevolmente condurre, *secundum ius*, a responsabilità, le sue azioni non potranno fisiologicamente essere razionali e improntate alla corretta valutazione dei costi e dei benefici nel caso concreto. Di qui il grave dell'incertezza del diritto. Essa, si ripete, non deriva dall'assunta atipicità delle condotte illecite, bensì dalla espansione smodata della casistica – e si ha quando l'estensione non è sostenuta da principi e limiti che calmierano e contengono il rischio di discrezionalità e incertezza.

Quale corollario della precedente affermazione, si può inferire che l'aumento del novero dei danni risarcibili induce un aumento del numero dei processi, e di conseguenza – a parità di condizioni – una crescita della loro durata media. È intuitivo che un'imponderata estensione delle pretese azionabili ex art. 2043 c.c. abbia quale probabile effetto tanto l'incremento della litigiosità quanto una maggiore difficoltà dell'interprete nella soluzione delle stesse, derivante dall'assenza di fondamenti chiari in ogni affermazione di responsabilità. Ciò produce ripercussioni inefficienti, note soprattutto nel nostro Paese: aumento dei costi, disincentivo al ricorso alla giustizia, aumento della soglia di tolleranza a danni di minore entità.

Queste riflessioni introduttive permettono di sostenere che l'indagine sull'affermazione di una (o più) fonti di responsabilità per la banca finanziatrice debba essere svolta tenendo presente le sue conseguenze economiche, sulla base di argomentazioni giuridiche e non equitative.

Se infatti, come più volte detto nei paragrafi precedenti, non è dato trovare una norma di legge che sancisca nel nostro ordinamento la responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, e se si deve dunque ricorrere – insieme alla giurisprudenza – all'art. 2043 c.c., è opportuno che tale applicazione avvenga secondo criteri condivisi e univoci. Non è accettabile che il rischio sia addossato alla banca solo in quanto soggetto più economicamente resistente e stabile, con lo scopo evitare che il fallimento del finanziato gravi su creditori comuni; ciò è giuridicamente improprio, ed economicamente inefficiente³⁰.

³⁰ Non solo si generano costi maggiori per l'accesso al servizio bancario: il costo transattivo generato da un simile atteggiamento giurisprudenziale può portare a un fallimento del mercato quando la banca si rendesse conto che finanziare le imprese è attività sempre pericolosa e non fruttifera.

Si necessita cioè di identificare quale sia la ragione e quali gli effetti della responsabilità per concessione abusiva di credito: l'indagine si fonda, come accennato, proprio sulla nozione di interessi in conflitto e di meritevolezza di tutela³¹.

B. IL REQUISITO DELL'INGIUSTIZIA DEL DANNO EX ART. 2043 C.C.

Occorre individuare correttamente il requisito dell'antigiuridicità del danno, per capire quali situazioni giuridiche e quali diritti siano degni di essere protetti dalla clausola generale dell'art. 2043 c.c. – precisando che non pare possibile svolgere una cernita astratta o una classificazione completa indipendentemente dalle risultanze del caso concreto.

Un primo orientamento classico³² afferma che l'antigiuridicità è un giudizio che va svolto, ad opera dell'interprete, mediante un “*procedimento di semplificazione delle fattispecie legalmente previste o repressse*”. In altre parole si sostiene che occorra individuare delle norme protettive di situazioni giuridiche particolari, alle quali ci si possa richiamare, e che possano essere considerate quale punto di riferimento per la valutazione sulla liceità della condotta dell'agente. L'interprete “*dovrà prendere le mosse, [...] da testi di legge chiari [...] che pervengono o reprimono determinati comportamenti umani. Nella fattispecie prevenuta taluni elementi (non già o non sempre tutti gli elementi previsti dalla legge per la previsione o repressione) costituiscono il motivo, la ragione dell'ingiustizia. Sarà ingiusto quel fatto che contenga in sé quegli elementi, che costituiscono la ragione dell'ingiustizia [...]*”

Si deve rimarcare che, in tal senso, non si ricerca una norma da applicare *sic et simpliciter* al caso concreto, ma una norma che riferisca un principio di antigiuridicità generale, che possa utilizzarsi quale paradigma per la soluzione di casi concreti anche molto distanti da quelli presi in considerazione dal legislatore.

³¹ Non si può tralasciare la menzione un parallelo. In tema di contratto, l'art. 1322, al suo secondo comma, riconosce cittadinanza ai negozi atipici – non disciplinati o recepiti da norma di legge – qualora siano diretti a soddisfare un “interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico”. Nonostante sia stata fortemente discussa la autonomia del concetto di meritevolezza e il suo rapporto con il requisito di liceità (1346 e 1344 c.c.) – sul punto R. SACCO, *La causa*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti, Trattato di diritto privato*, 10, Diretto da P. RESCIGNO, Tomo Secondo, Terza Edizione, Torino, 2002, p. 319 ss. – si può affermare che il legislatore, al fine della validità di contratti innominati, abbia richiesto un vaglio da parte dell'interprete (se poi tale vaglio si possa o meno ridurre a quello di liceità è fonte di dibattito). Lo stesso scrutinio pare necessario anche nell'ipotesi di illecito extracontrattuale, dove ricorre lo stesso presupposto: l'atipicità delle fonti di responsabilità. Si può concludere cioè che, quando il legislatore non tipizza e classifica le fattispecie civilistiche, ma rimette al giudice il compito di valutarne l'ammissibilità, il giudizio dev'essere fondato su un'analisi non equitativa o discrezionale, ma improntata al criterio della meritevolezza (da riempire, a seconda dell'ambito considerato, in riferimento a paradigmi sistematici diversi). In tal senso F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, cit.

³² R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, 1 p. 1439 ss.

Sembra di poter leggere questa ricerca nelle pagine di autorevole dottrina³³ che si è misurata con il tema della concessione abusiva del credito. Essa propone di configurare la responsabilità mediante un duplice passaggio: 1) l'affermazione, a carico della banca, di un "*generico principio di imposizione di comportamento protettivo di interessi altrui*"³⁴; 2) l'individuazione una serie di norme dell'ordinamento che enucleano (come particolare "ragione dell'ingiustizia") una "*regola contraria all'artificioso mantenimento in vita dell'impresa ormai definitivamente decotta*".

Le norme da cui desumere detto principio sono effettivamente numerose: le norme della legge fallimentare che configurano il reato di bancarotta semplice³⁵ e di ricorso abusivo al credito³⁶ esprimono chiaramente la riprovazione dell'ordinamento verso condotte dirette a prolungare artificialmente la vita dell'impresa insolvente³⁷. D'altra parte, la dottrina³⁸ rileva come un simile implicito divieto possa affermarsi anche in base alle norme sulla liquidazione delle società di capitali (artt. 2484 ss. c.c.), dalle quali si può desumere una completa indisponibilità del patrimonio da parte dell'imprenditore insolvente.

Si afferma in particolare che "*la tutela usualmente offerta dai mezzi di reintegrazione della garanzia patrimoniale contemplati nel codice civile viene ad essere rafforzata, in conseguenza del dissesto, mediante l'imposizione, a carico del debitore e dei terzi, dell'obbligo di astenersi dallo svolgimento di qualsiasi attività giuridica capace di modificare, quantitativamente o qualitativamente, il patrimonio del primo*"³⁹.

L'opinione può essere criticata con riferimento all'affermazione di un dovere di condotta (tenere comportamenti protettivi dell'interesse altrui): questo, se chiaramente affermabile all'interno del rapporto contrattuale (e quindi, tra banca e imprenditore) ex art. 1175 c.c., non pare estensibile anche agli interessi di terzi, a meno di non incorrere, nuovamente, nel tema della responsabilità da "status professionale", anzi discussa.

³³ A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, cit., p. 238 ss.; A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 119 - 126.

³⁴ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 119.

³⁵ Art. 217 l.fall. - che enumera quali condotte delittuose l'aver "*compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento*" e l'aver "*aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento [...]*". Si tornerà nel Capitolo VI sull'importante innovazione di cui all'art. 217 bis l.fall. che esime da responsabilità penale i soggetti che hanno concluso "*pagamenti e [...] operazioni compiuti 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 o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), [...], nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-quinquies.*"

³⁶ Art. 218 l.fall. - che sanziona i rappresentanti della società che "*ricorrono o continuano a ricorrere al credito[...] dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza*".

³⁷ Afferma la rilevanza della normativa penale, nell'ottica dell'individuazione dell'interesse creditorio leso, anche D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit., p.739: "*l'ingiustizia discende [...] dalla lesione del bene giuridico protetto dai delitti di bancarotta semplice e bancarotta preferenziale*".

³⁸ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 134 e 135.

³⁹ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p.135.

Si può invece accettare sia il richiamo alla normativa penale, che chiaramente fonda interessi individuali e collettivi meritori, che anche il richiamo alle norme in tema di liquidazione. Queste, infatti, sono conseguenze specifiche ricondotte al verificarsi di alcune circostanze (di diritto o di fatto) enumerate all'art. 2484 co. 1 nn. 1) - 7) o previste dalla legge (co. 2). Tra le stesse non ricorre l'insolvenza *tout court*, bensì la riduzione del capitale al di sotto del minimo legale⁴⁰ ed (in società di persone) la dichiarazione di fallimento. Effettivamente, come si avrà modo di accennare, la situazione di insolvenza irreversibile, anche se non è causa espressa di scioglimento, dovrebbe comportare, quantomeno nei rapporti interni (tra amministratori e società) l'applicazione della normativa prudenziale di cui agli artt. 2485 ss. c.c.

In ogni caso, la dogmatica dell'ingiustizia qui in discussione richiede un procedimento di estensione e semplificazione delle norme: le regole in oggetto sono dirette alla protezione dei creditori sociali per la circostanza in cui l'impresa non possa più far fronte alle proprie obbligazioni, e per questa *ratio* fondamentale impediscono allo stesso di disporre liberamente del suo patrimonio. L'esigenza è simile a quella sottesa alla situazione in cui l'imprenditore è mantenuto in vita grazie al finanziamento abusivo, e i creditori sono danneggiati dalla (inutile, anzi dannosa) prosecuzione, senza i corretti e necessari limiti (di cui anche agli artt. 2284 ss. c.c.) dell'attività sociale.

Una seconda opinione, sul tema dell'ingiustizia⁴¹, afferma che il danno sia ingiusto solo qualora "non giustificato", ovvero in assenza di un'autorizzazione o una facoltà attribuita dal nostro ordinamento.

L'applicazione di una simile sistematica condurrebbe però, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento, ad una troppo frequente affermazione di responsabilità, almeno ove si volesse testualmente richiedere che il comportamento dell'agente sia permesso e reso lecito da un'apposita previsione normativa (almeno in senso lato).

L'ingiustizia verrebbe per lo più a ridursi al vaglio del "*non iure*" – ciò a meno di non voler considerare permesso, in via interpretativa, il comportamento che sia portatore di un interesse meritevole. Ma in tal caso la valutazione dovrebbe essere improntata al criterio del bilanciamento di interessi meritevoli, secondo la diversa opinione dottrinale *infra* riferita.

Un'ulteriore, quasi coeva, dottrina⁴² afferma che l'illiceità andrebbe considerata con riferimento al principio di solidarietà sociale (art. 2 cost.) e alle clausole di correttezza e buona fede,

⁴⁰ Sul punto si segnala l'introduzione dell'art. 182 sexies l.fall. che, in caso di concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti, permette la disapplicazione delle norme sulla riduzione del capitale per perdite e dispone quindi la non operatività della relativa causa di scioglimento.

⁴¹ P. SCHESINGER, *L'«ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 337.

⁴² S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, cit., specialmente p. 89 ss.

a tale principio ricondotte. Da tale connubio di principi si potrebbe, per l'Autore, desumere un criterio di “*adeguatezza del comportamento agli interessi altrui*”.

Tale importante opinione non pare però essere risolutiva per la presente indagine. Il riferimento al principio di solidarietà costituzionale, meta di molta recente giurisprudenza⁴³, non può esimere l'interprete dalla ricerca di un fondamento positivo dell'illiceità del comportamento: non è quindi, di per sé solo, sufficiente. Inoltre si deve anche in questa sede ricordare che il legislatore ha disciplinato il dovere di buona fede solo nell'ambito del contratto (artt 1175, 1366, 1375 c.c.): ciò pare dimostrato dal fatto che, quando ha voluto estendere la portata del dovere di salvaguardia dell'altrui interesse al di fuori dell'ambito negoziale, l'ha espressamente sancito (il riferimento è alle trattative, artt. 1337 e 1338 c.c.). L'istituzionalizzazione della buona fede come criterio di imputazione del danno è invece, come accennato, uno dei presupposti della dogmatica della responsabilità (contrattuale) da contatto sociale o da “status professionale”⁴⁴.

Per dare corpo al requisito dell'ingiustizia del danno è stato infine da più parti proposto di ricorrere al c.d. “principio di bilanciamento degli interessi”. Tale metodo, noto oggi alla dottrina di diritto costituzionale⁴⁵, è in tale sede diretto anzitutto a dirimere i conflitti tra beni di rango costituzionale che non sono stati già affrontati e risolti dal legislatore⁴⁶.

Sul punto, ha avuto rilevanza centrale la giurisprudenza della Corte Costituzionale, la quale ha tratto dalle norme fondamentali della Costituzione numerosissimi interessi di rango costituzionale (considerati atipici e desumibili dai principi quali “solidarietà sociale”, “diritti fondamentali” ecc.) tra i quali può sorgere conflitto⁴⁷.

Sotto il profilo effettuale e disciplinare, il principio del bilanciamento degli interessi è di pronta intuizione: l'interprete è chiamato a svolgere una valutazione di valore, a “pesare” cioè

⁴³ Si prendano ad esempio le pronunzie sul c.d. frazionamento del credito, tra cui Cass. S.U. 17 novembre 2007 n. 23726 cit.

⁴⁴ Sezione Prima, Capitolo II, par. 4.

⁴⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

⁴⁶ A. MORRONE, voce “Bilanciamento (Giustizia Costituzionale)”, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, volume II, tomo II, Milano 2008, p. 185 ss.

⁴⁷ L'Autore citato alla nota precedente ricorda: “C. cost. 18 dicembre 1987, n. 561, in *Giur. cost.*, 1987, 3535), il diritto del minore ad essere inserito in una famiglia (C. cost. 18 febbraio 1988, n. 183, *ivi*, 1988, 687), il diritto degli inabili all'accompagnamento (C. cost. 22 giugno 1989, n. 346, *ivi*, 1989, 1586), il diritto alla privacy (C. cost. 26 marzo 1990, n. 139, *ivi*, 1990, 760), il diritto all'espatrio (C. cost. 17 giugno 1992, n. 278, *ivi*, 1992, 2113), il diritto all'identità personale (C. cost. 3 febbraio 1994, n. 13, *ivi*, 1994, 95), il diritto al nome (C. cost. 3 febbraio 1994, n. 13, *cit.*; C. cost. 23 luglio 1996, n. 297, *ivi*, 1996, 2475; C. cost. 11 maggio 2001, n. 120, *ivi*, 2001, 973; C. cost. 12 luglio 2001, n. 243, *ivi*, 2109; C. cost. 24 giugno 2002, n. 268, *ivi*, 2002, 1948), il diritto alla vita (C. cost. 27 giugno 1996, n. 223, *ivi*, 1996, 1918), il diritto all'abitazione (C. cost. 2 aprile 1999, n. 119, *ivi*, 1999, 1004), il diritto alla libertà sociale (C. cost. 12 marzo 1998, n. 50, *ivi*, 1998, 577), il diritto allo status filiationis (C. cost. 28 novembre 2002, n. 494, *ivi*, 2002, 4058)”. Come si può vedere, moltissimi di questi diritti “derivati” assumono forte rilevanza nell'ambito del diritto civile.

ciascuno dei beni giuridici protetti, individuando così quale dei due diritti confliggenti sia da preferire e far prevalere.

Il principio di bilanciamento può avere particolare interesse ed applicazione proprio nella materia dell'illecito aquiliano, per due ragioni: 1) la normativa, non tipizzando le forme di illecito, è diretta (anzitutto, se non unicamente) alla protezione di beni di rango costituzionale⁴⁸; 2) si è detto che l'art. 2043 c.c. è diretto a proteggere interessi meritevoli di tutela⁴⁹: spesso accade però che, a fronte di un interesse del danneggiato, vi sia un interesse non esclusivamente velleitario ed egoistico anche dal lato del danneggiante. Per comprendere dunque se, nel caso concreto, la lesione del primo interesse possa condurre a responsabilità, nonostante la meritevolezza del secondo, può soccorrere il principio di bilanciamento qui discusso⁵⁰.

L'applicazione del criterio del bilanciamento al diritto privato si deve al pensiero di un Autore, il quale nel 1970 argomentava: *“Il problema dell'illecito civile consiste principalmente [...] nella valutazione comparativa di due interessi contrapposti: l'interesse altrui minacciato da un certo tipo di condotta da un lato, e dall'altro l'interesse che l'agente con quella condotta realizza o tende a realizzare”*⁵¹. Tale bilanciamento va effettuato, in concreto, con riferimento al criterio di pubblica utilità – valutando dunque la rilevanza collettiva dei differenti interessi contrapposti⁵².

Se si è detto che oggi il principio del bilanciamento degli interessi ha grande fortuna nell'ambito del diritto costituzionale, ed è stato più volte esercitato dalla Corte Costituzionale, si deve menzionare⁵³ che la sua teorizzazione nell'ambito del diritto privato è di due decenni anteriore alle prime affermazioni della dottrina e della giurisprudenza pubblicista. L'Autore che ha proposto questa ricostruzione utilizza quale esempio di interessi in conflitto la libertà di informazione e la tutela della riservatezza – diritti che, nel 1970, non erano ancora stati sacralizzati dalla Corte Costituzionale come fondamentali beni di rango costituzionale.

La ponderazione tra interessi in conflitto nell'ambito del diritto civile è infine postulata ed in concreto applicata nell'importante pronuncia delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, anzi discussa.

⁴⁸ Questa conseguenza appare desumibile non solo dai contributi della dottrina, ma anche dallo stralcio della pronuncia a Sezioni Unite n. 500 del 1999 sopra commentata.

⁴⁹ Il concetto di meritevolezza è “deliberatamente” mutuato e applicato al tema della responsabilità da F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e Impr.*, 1985, 1.

⁵⁰ C.M. BIANCA, *Diritto Civile. Volume 5. La responsabilità*, Seconda Edizione, Milano, 2012, p. 586 e 587 distingue tra “valutazione comparativa degli interessi in gioco alla stregua di principi costituzionali” e valutazione della meritevolezza dell'interesse leso. Sembra in contrario che la migliore risposta interpretativa al tema dell'ingiustizia del danno sia proprio nella lettura comparativa degli interessi configgenti, i quali devono essere appunto bilanciati in base alla loro meritevolezza.

⁵¹ P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 1970, p. 98.

⁵² P. TRIMARCHI, *Illecito*, cit.; ID., *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2009, p. 111.

⁵³ G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Etica e Politica*, 2006, 1 in www2.units.it.

L'influenza del pensiero dell'Autore si estende alla concessione abusiva di credito, sin dai suoi primi passi nell'ordinamento italiano. La prima dottrina che ha posto il problema del finanziamento abusivo in Italia⁵⁴, infatti, ritiene che per definire il danno inferito ai creditori come "ingiusto" occorra una valutazione comparativa dei due interessi contrapposti: quello dei creditori, minacciato dalla condotta della banca, e quello del finanziatore, che pone in essere il comportamento (precisandosi che, a volte, è il legislatore a compiere a priori tale bilanciamento, nelle fattispecie di illecito tipizzate).

L'utilizzo del principio di bilanciamento degli interessi risulta essere una chiave di lettura efficace del problema posto in apertura: nel rispetto della regola positiva si permette all'interprete un intervento "costruttivo"⁵⁵. Il confronto tra diritti in conflitto postula una valutazione di natura (anche) economica: sono da valutare i costi e i benefici che la protezione di un interesse invece che dell'altro in concrete produce. In tal senso, è un metodo noto in analisi economica del diritto.

Nel presente studio se ne propone l'applicazione ad una tematica di grande attualità, nella quale i diritti e gli interessi in conflitto sono, forse, meno approfonditi ed auto-evidenti.

Si rammenta che il principio del bilanciamento di interessi contrapposti è stato coniugato al tema della concessione abusiva del credito sin dagli albori della sua teorizzazione. Si propose⁵⁶ infatti l'utilizzo di una "*valutazione comparativa di due interessi contrapposti, quello minacciato da un certo tipo di condotta o di comportamento, e l'interesse che l'agente, con quella condotta o quel comportamento, realizza o tende a realizzare*" per affrontare il problema della responsabilità della banca finanziatrice del soggetto insolvente.

Svolte queste premesse, ci si deve chiedere quale sia, infine, l'interesse meritevole che emerge dalla fattispecie della concessione abusiva del credito. A partire da ciò sarà poi possibile procedere al bilanciamento delle posizioni giuridiche del presunto leso e del presunto danneggiante, e determinare se sia efficiente e giuridicamente valida l'ipotesi di responsabilità.

Si anticipa che la dottrina che si è occupata dell'argomento non è concorde sull'individuazione del bene giuridico protetto. Secondo alcuni il soggetto finanziatore lede un diritto del terzo ad essere informato (Par. 2); secondo altri il diritto leso sarebbe in via diretta il diritto di credito del terzo (Par. 2); per una terza opinione il finanziamento la libertà contrattuale dei creditori (Par. 3); autorevole dottrina ha infine sostenuto che il danno sarebbe rivolto alla garanzia patrimoniale generica del debitore (Par. 4).

⁵⁴ A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., p. 320 – primo contributo storico italiano sul tema della concessione abusiva del credito.

⁵⁵ R. SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto* (1947), Torino, 2003, p. 56.

⁵⁶ A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., p. 320 e 321.

Si può invece premettere che è comune e piuttosto pacifica la fattispecie di partenza e la descrizione della condotta dannosa⁵⁷. Essa viene qui sintetizzata in termini generali, con lo scopo che questi punti siano tenuti fermi nella valutazione e valorizzazione delle diverse opinioni concernenti l'interesse leso dalla condotta illecita:

- la banca finanzia un'impresa che conosce o dovrebbe saper essere irreversibilmente insolvente;
- tale finanziamento permette alla società di evitare temporaneamente la dichiarazione di fallimento;
- in questo prolungarsi della (celata) insolvenza il patrimonio della società diminuisce;
- i creditori sociali (tanto anteriori quanto posteriori al finanziamento), scoperta l'insolvenza, possono soddisfarsi solo quanto residua. Se fosse stato subito dichiarato fallito, al contrario, avrebbero avuto maggiore patrimonio sul quale far valere i loro crediti.

4.2 RICERCA DELL'INTERESSE TUTELATO: DIRITTO ALL'INFORMAZIONE E DIRITTO DI CREDITO

A. DIRITTO ALL'INFORMAZIONE

In base ad una prima ricostruzione⁵⁸, la responsabilità del finanziatore sarebbe ravvisabile per il fatto di aver fornito ai creditori (attuali e potenziali) dell'impresa informazioni false o fuorvianti circa la solvibilità del beneficiario del credito.

Occorre chiedersi dunque in quale modo la banca abbia rilasciato e fornito informazioni ai terzi. L'opinione qui discussa ritiene che la (falsa) informazione discenda da un comportamento giuridico: la concessione del finanziamento.

In altre parole, la notizia non giunge alla generalità dei terzi mediante forme tipiche (pubblicazioni, annunci ecc.), bensì in via indiretta. Presupposto che la banca finanzia, per regola,

⁵⁷ Nel Capitolo V si illustreranno, invece, ricostruzioni alternative che parzialmente si distanziano da questa più condivisa ricostruzione.

⁵⁸ Esposta e criticata in F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 20; E. BERTACCHINI, *Concessione del credito, comportamenti abusivi e responsabilità della banca: osservazioni alla luce delle recenti disposizioni legislative in materia bancaria*, LIUC papers n. 8, Serie Impresa e Istituzioni 3, aprile 1994, in www.biblio.liuc.it, p. 13.

solo imprese meritevoli di credito, si ritiene che il finanziamento in concreto diretto all'impresa significhi e dimostri, *erga omnes*, che il soggetto finanziato è dalla banca ritenuto solvente e meritevole di affidamento.

Qui, dunque, si nasconde l'informazione indirettamente resa alla generalità dei terzi (e in particolare ai creditori attuali o potenziali del finanziato).

L'argomento è controverso: ogni volta che in ambito giuridico si tratta di obblighi di informazione, o del comportamento di un soggetto che informa l'altro, ci si riferisce ad una condotta attiva, diretta, volta a portare notizia (per iscritto, in forma orale, mediante annunci ecc.). Parte della dottrina ha notato che invece, in questo caso, il comportamento della banca non è diretto ad informare i terzi, neanche implicitamente: le conoscenze che i terzi traggono dal comportamento della banca sono fondate su un processo logico-esperienziale (se la banca finanzia allora l'impresa finanziata è necessariamente meritevole) che va riferito alla sfera giuridica interna del terzo. Non si tratterebbe, in sintesi, di una informazione resa dalla banca in senso proprio⁵⁹.

Ammettendo però che si possa parlare di una informazione in senso tecnico, e seguendo la tesi qui discussa, la conseguenza dannosa starebbe nel fatto che, agendo sulla scorta delle informazioni così rese dall'investitore professionale circa il merito del suo contraente, un soggetto – estraneo a questo primo rapporto di finanziamento – intraprende o prosegue delle negoziazioni con la stessa impresa, confidando nella bontà delle ragioni della banca⁶⁰.

Alcuni autori hanno affermato dunque che in capo alla banca sussisterebbe un dovere di informare correttamente i terzi sulla situazione dell'impresa⁶¹ – dovere violato dal finanziamento abusivo. La ragione di tale orientamento risiederebbe nel fatto che la banca è soggetto titolato di una posizione privilegiata sul mercato – anche in base alle considerazioni svolte nel Secondo Capitolo.

Il contraente che contratta con la banca è tenuto, per ottenere i servizi che necessita, a svelare informazioni e dati rilevanti concernenti la sua situazione patrimoniale, finanziaria ed economica. Ciò è vero tanto nell'esperienza quotidiana dei privati, quanto per le imprese e le società di ogni dimensione. Se una comune società commerciale non ha né interesse né ragione di rivelare ai suoi fornitori o ai suoi dipendenti (creditori “deboli”) la prospettiva di un aumento di capitale, o la necessità di un ripianamento perdite, o la rivalutazione di un cespite a bilancio, lo stesso non si può dire per la banca con cui sta trattando un finanziamento.

⁵⁹ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione abusiva del credito*, cit. p. 178.

⁶⁰ In tal senso, vi è un passaggio malcelato in cui si afferma l'affidamento meritevole di tutela del terzo a ricevere informazioni corrette e a basarsi sulla parola e sui comportamenti della banca, a questi non legata da alcun vincolo contrattuale o giuridico. Su tale tema cfr. infra, Par. 1.5

⁶¹ F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, cit., p. 20.

La banca svolge infatti, come si è detto, un'attività riservata di raccolta del risparmio tra il pubblico ed esercizio del credito⁶²; ciò la porta ad avere – sotto il profilo gius-economico – potere contrattuale notevole: ottenere dal finanziato, attraverso il controllo del c.d. merito di credito, informazioni rilevanti sulle sue condizioni patrimoniali. Si deve ribadire che, in base alle regole imposte dalla normativa di settore, nonché in base al criterio di diligenza professionale cui è tenuto l'operatore bancario, l'indagine sul merito del credito non avviene “*una tantum*” prima della concessione del credito, ma è una procedura di monitoraggio continuo delle condizioni patrimoniali e finanziarie dei soggetti debitori⁶³.

Molto diversa è la posizione dei creditori comuni: gli stessi non dispongono della forza contrattuale né dei penetranti strumenti (giuridici ed economici) idonei a renderli edotti delle reali condizioni finanziarie ed economiche dell'impresa.

Su questa disparità di mezzi e di conoscenze tra banca e creditori comuni si fonderebbe il dovere di informazione in capo alla banca, dovere violato in caso di finanziamento abusivo: da qui si sostiene che l'interesse leso dalla fattispecie della concessione abusiva di credito sarebbe il diritto dei terzi ad essere correttamente informati.

La disparità in discorso non sembra però ragione sufficiente ad affermare la sussistenza di obblighi di informazione a vantaggio dei creditori attuali o potenziali dell'impresa. La pretesa che la banca, oltre ad agire in modo informato, informi (a mezzo del suo stesso agire o in modo espresso) gli altri operatori del mercato – pena la responsabilità nei loro confronti – è un'affermazione che andrebbe provata.

Anzitutto non sussiste una norma che imponga in modo espresso tale obbligo di informazione alla banca⁶⁴. Fondamento dell'obbligo di comunicazione starebbe allora nel titolo sesto del testo unico bancario del 1993, dedicato alla trasparenza delle condizioni contrattuali. Tale insieme di norme effettivamente impone alla banca di comportarsi secondo regole predeterminate, seguire protocolli di comportamento e garantire la migliore informazione possibile⁶⁵.

⁶² Art. 10 T.U.B.: “*La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria. Essa ha carattere d'impresa*”.

⁶³ L'art. 124 bis T.U.B. dettato in materia di credito al consumo prevede che il merito del credito sia valutato nella fase precontrattuale e in caso di modificazioni significative dell'importo finanziato, ma rimette alla Banca d'Italia le disposizioni attuative e le regole concrete per il vaglio. Nel caso di contratti con imprenditori assumono rilievo anche le norme relative alla Centrale Rischi – su cui si richiama al Capitolo Secondo della Prima Sezione.

⁶⁴ Già A. NIGRO, *La responsabilità della banca*, cit. p. 330 e F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione abusiva del credito*, cit. p. 178 escludono che esista un generico dovere di informazione in capo alla banca. U. MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, cit., p. 168 ritiene addirittura che la concessione del fido ad una impresa anche in stato di decozione integra un'attività in sé lecita e corrispondente all'esercizio di un diritto.

⁶⁵ In tal senso la tesi positiva si fa scudo delle diverse pronunzie in tema di responsabilità extracontrattuale per false o inesatte informazioni (primo testo centrale di F. RANIERI, *La responsabilità da false informazioni*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di PORTALE, Milano, 1978). Si sostiene infatti, già da una risalente pronunzia di merito del Tribunale di Napoli del 26 luglio 1957, che chi con le proprie dichiarazioni od omissioni ha generato un legittimo

Ragione per cui tale risposta non è soddisfacente è che gli obblighi imposti alla banca sono diretti a beneficio del solo soggetto contraente, e non verso una pluralità indeterminata di terzi.

L'interesse leso dall'illecita concessione di credito non può dunque essere il diritto dei terzi di essere correttamente informati. Una simile pretesa non si rinviene nel titolo sesto del T.U.B., né facendo riferimento ai principi di “*sana e prudente gestione del credito*”, i quali mirano alla “*stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario nonché dell’osservanza delle disposizioni in materia creditizia*” ex art. 5 T.U.B.⁶⁶.

E' vero che tali compiti, compreso quello di informazione, sono effettivamente di interesse generale per il mercato (interesse di ordine pubblico economico⁶⁷), ma, come si è detto nel Capitolo Secondo della Prima Sezione, ciò non fonda una posizione istituzionale dell'attività bancaria, che è oggi univocamente qualificata come attività d'impresa nel T.U.B.

Si ribadisce, per quanto occorra, che l'attività di finanziamento ha direzione bilaterale, ed è produttiva di legami obbligatori relativi, tra banca e cliente, ex art. 1372 c.c.: è all'interno di questi reciproci obblighi che scaturisce il dovere di informare e di agire informati, ai sensi della normativa civilistica e di settore.

Autorevole dottrina⁶⁸ nega che si possa parlare di una lesione del diritto di terzi ad essere informati in quanto mancherebbe in questa fattispecie il contatto tra finanziatore e creditori del finanziato, idoneo a strutturare il dovere di informazione.

Sul punto, un altro Autore⁶⁹ ha affermato che la giurisprudenza e la dottrina “*limitano tale responsabilità per false informazioni ai casi di informazioni date direttamente all’interessato e con modalità tali da creare nello stesso un legittimo affidamento idoneo ad esonerarlo da altre indagini sulla effettiva posizione del soggetto con cui sia entrato, o intenda entrare, in rapporti di credito. Qualora l’informazione pervenga all’interessato in via diretta o sia data alla generalità,*

affidamento circa una situazione riguardante il terzo è tenuto a risarcire i danni che derivano in capo al soggetto che è stato male informato. R. SACCO, *L’ingiustizia del danno di cui all’art. 2043 cc.*, cit., p. 1439 ss. sostiene che “*Chi presenta l’insolubile si fa complice di un illecito extracontrattuale*”. Si assiste ad un proliferare di situazioni simili, di responsabilità discendenti dalle informazioni fornite da soggetti in posizioni di responsabilità (autorità indipendenti, revisori contabili ecc) – le quali non rientrano però nell’economia del presente scritto.

⁶⁶ P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2009 p. 23.

⁶⁷ 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, Milano, 2011 a p. 198 ss. utilizza tale modifica di prospettive sulla natura giuridica dell’attività bancaria per criticare le affermazioni della pronunzia della Cassazione n. 343 del 13 gennaio 1993 (il c.d. falso precedente in tema di concessione abusiva di credito).

⁶⁸ A. NIGRO, *La responsabilità della banca*, cit. p. 331. Similmente, più di recente, M. DI RIENZO, *Concessione del credito e tutela degli investimenti. Regole e principi in tema di responsabilità*, Torino, 2013, p. 23, il quale reputa non sostenibile “*un ragionamento impostato nei termini dell’esistenza di un diritto soggettivo ad incertam personam a conoscere tanto (e prima) i giudizi valutativi quanto (e dopo) le eventuali concretizzazioni contrattuali, venendo infatti coinvolta una sfera di riservatezza che va preservata anche quando si tratti di richieste di accesso al credito legate all’esercizio di attività d’impresa*”.

⁶⁹ G.C. BIBOLINI, *Responsabilità della banca per finanziamento ad imprenditore insolvente*, cit., p. 41.

mancherebbe il fondamento del completo affidamento del terzo il quale, pertanto, non è esonerato dall'onere di impegnare l'ordinaria diligenza nei rapporti col debitore; la mancata applicazione di detta diligenza è idonea ad interrompere il rapporto causale tra condotta dell'informatore e pregiudizio".

Le scelte svolte dalla banca, prudenti o imprudenti che siano, non possono dunque comportare responsabilità verso terzi estranei (quali i creditori anteriori o, peggio, sopravvenuti) sotto il profilo dell'informazione: per affermare ciò occorrerebbe poter desumere, da norme speciali o di sistema, il dovere della banca di informare il mercato sulle condizioni patrimoniali, finanziarie ed economiche di ciascuno dei suoi clienti. Questo, oltre a non trovare, a quanto consta, alcun riscontro nel diritto positivo, sarebbe anche probabilmente contrastante con il diritto del cliente alla riservatezza circa i dati sensibili comunicati, nell'ambito del rapporto contrattuale, alla banca per il vaglio del merito creditizio⁷⁰.

Dall'altro lato, è però innegabile che, proprio sotto il profilo dell'informazione, il finanziamento dell'impresa insolvente "opacizza il mercato"⁷¹ e che tale condotta ha una portata negativa per l'intero sistema economico generale.

In conclusione si deve escludere la sussistenza (e la violazione) di un diritto soggettivo del terzo ad essere informato:

- mancherebbe il primario presupposto dell'illecito di false informazioni: la banca che finanzia l'impresa insolvente non sta, né direttamente né indirettamente, fornendo a terzi notizie sulla situazione economica del finanziato – non solo (e non tanto) perché non è tenuta a farlo, ma principalmente perché il suo comportamento contrattuale non si può ricomprendere nella nozione giuridica di "informazione";
- le norme del T.U.B. che impongono la "sana e prudente gestione del credito" disciplinano rapporti "interni", e dettano regole di comportamento dirette alle banche e volte alla protezione dell'interesse generale del mercato – non possono fondare (nei rapporti "esterni"), di per sé sole, pretese risarcitorie di terzi.

Si crede invece che una condotta gravemente colposa o dolosa che abbia avuto l'effetto di intorbidire il mercato – in contrasto con i principi di sana e prudente erogazione del credito – possa essere soggetta a sanzioni istituzionali da parte di Banca d'Italia⁷².

⁷⁰ Sul punto, conformemente, B. INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, cit., p. 292.

⁷¹ La fortunata espressione è di F. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, p. 178 - 179.

⁷² Su tale tema, oltre alle normative primarie, si confronti il recente provvedimento del 27 giugno 2011 in www.bancaditalia.it

Il bene giuridico protetto, in tal caso, non è infatti l'interesse del singolo terzo che contrae con la società insolvente, bensì un interesse generale, di ordine pubblico, a che la banca amministri correttamente tanto il credito quanto le informazioni contrattuali.

L'interesse ad una corretta informazione sussiste e prevale sugli interessi privatistici della banca come impresa, ma non conduce ad un risarcimento specifico al terzo creditore: questi non è infatti né unico né prevalente portatore dell'interesse stesso. L'interesse tutelato è collettivo, e l'ordinamento ha preposto Banca d'Italia a vigilanza e protezione di tale interesse.

In senso conforme si è pronunciata autorevole dottrina⁷³: *“La banca [...] non diffonde, nemmeno indirettamente, alcuna informazione sull'impresa finanziata; molto diversamente, si determina in una condotta inattesa, carica di una forte dose di ambiguità, che rende incerto l'affidamento normalmente risposto sulla solvibilità delle imprese: «frappone uno schermo o una lente distorsiva che impedisce di leggere adeguatamente la realtà», con pregiudizio non soltanto di interessi particolari, ma anche di interessi generali, quale quello alla integrità, appunto, del mercato”*.

B. DIRITTO DI CREDITO

Venendo ora alla seconda ricostruzione accennata, l'opinione tradizionale nell'ordinamento francese è che la concessione abusiva del credito all'imprenditore insolvente generi un danno risarcibile in capo ai creditori, i quali patiscono una lesione al loro diritto di credito⁷⁴.

In una prima approssimazione, e attenendosi ad un profilo descrittivo, costoro sono infatti titolari di un diritto soggettivo, di natura relativa: la pretesa (spesso di fonte contrattuale) verso il debitore. Pretesa che sarebbe frustrata dal comportamento della banca: questa, impedendo l'emersione dello stato di insolvenza del beneficiario del finanziamento, danneggerebbe, in via diretta, proprio il diritto soggettivo in discussione.

Si afferma che il danno per i creditori *“consiste, in via di principio, nella perdita quantomeno parziale del proprio credito”* in forza dell'assoggettamento alla procedura concorsuale⁷⁵.

Si deve ricordare che, nell'ordinamento italiano, l'affermazione di una responsabilità extracontrattuale per lesione del credito ha risentito di due centrali resistenze:

⁷³ F. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, p. 178.

⁷⁴ M. VASSEUR, *La responsabilité extracontractuelle de la banque en France*, in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca* a cura di S. MACCARONE - A. NIGRO, Milano, 1981; G.A. LIKILLIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Seconda Edizione, Paris, 2001; P. HOANG, *De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif*, in *D. Affaires*, 2006, p. 21 ss.

⁷⁵ A. NIGO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, cit., p. 306.

- il c.d. “dogma della relatività”, per il quale il rapporto obbligatorio vincola solo le parti, e non è in alcun modo opponibile o tutelabile nei confronti dei terzi, ex art. 1372 c.c.;
- il principio per cui si avrebbe un danno risarcibile solo nel caso in cui sia lesa un diritto soggettivo di matrice assoluta.

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno, sin dall'introduzione del codice civile del 1942, cercato un rimedio per rendere risarcibile anche la lesione a posizioni soggettive relative, quali i crediti ed i contratti. Il superamento, come detto al precedente paragrafo 1.1. ha riguardato il secondo punto e non il primo: si è mantenuto fermo il principio della relatività degli effetti, e si è invece ritenuto di estendere la tutela risarcitoria anche a posizioni giuridiche non assolute (prima⁷⁶) e a posizioni giuridiche diverse dai diritti soggettivi (dopo⁷⁷).

A fronte di tale progressiva espansione del novero dei danni risarcibili, la dottrina specialistica ha iniziato a interrogarsi sulle ipotesi applicative della lesione del credito.

Naturalmente la prima ipotesi, approfondita anche in giurisprudenza⁷⁸, è quella in cui il fatto del danneggiante colpisce (come di regola) un primo soggetto – ma è lesivo anche degli interessi di un secondo soggetto, legato al primo in quanto suo creditore. Se il fatto dannoso impedisce al primo, debitore, di adempiere la sua prestazione (si pensi all'ipotesi di obbligo infungibile), il creditore naturalmente ne risentirà un danno. Il terzo danneggiante, per opinione ormai pacifica, sarà tenuto a ristorare non solo il danno generato al debitore, ma anche la lesione prodotta alla pretesa del creditore.

Vi è poi stata un'ulteriore espansione del tema della risarcibilità del diritto di credito: si è guardato alle ipotesi in cui la lesione sia dal terzo perpetrata non mediante un mero fatto, o comportamento materiale, bensì attraverso il mezzo del negozio giuridico. Si tratta di casi in cui il credito viene lesa non con un danno diretto alla vita (o alla salute fisica e psichica) del debitore, ma attraverso la stipulazione di un contratto con il debitore (o – in casi più rari – con un negozio unilaterale od un atto giuridico) che produce l'effetto rendere impossibile al debitore l'adempimento nei confronti del danneggiato.

Ammessa la tutela per i casi in cui il credito sia stato lesa da un comportamento materiale del danneggiante, si è ritenuto identicamente legittimo sanzionare ex art. 2043 le ipotesi in cui il negozio

⁷⁶ Caso Meroni, Cass. S. U. 26 gennaio 1971 n. 174, già citato.

⁷⁷ Cass. S. U. 22 luglio 1999, n. 900, in *Foro It.* 1999, 1, p. 2487 già citato.

⁷⁸ F. BUSNELLI, *Un clamoroso «revirement» della Cassazione: dalla «questione di Superga» al caso «Meroni»*, in *Foro It.*, 1971, 1, p. 1286 ss.

giuridico sia utilizzato quale mezzo per impedire l'esecuzione di un altro contratto: si parla di contratto in danno del terzo⁷⁹.

Ulteriori passi avanti nella protezione del credito sotto il profilo extracontrattuale discendono dall'analisi, frequente nella moderna dottrina e casistica, di nuove fattispecie quali l'induzione all'inadempimento di un contratto esistente⁸⁰ o la stipulazione di un contratto incompatibile con l'adempimento di un precedente rapporto obbligatorio (in *common law* sono definite "inconsistent transactions"⁸¹).

In tali fattispecie, ricondotte nella categoria della responsabilità extracontrattuale da contratto⁸², il danneggiante non produce, con un comportamento giuridico, un effetto impeditivo dell'adempimento del contratto, ma lede l'aspettativa del danneggiato di realizzare il credito. Ciò attraverso la stipulazione di contratti con il debitore che facciano sorgere, per quest'ultimo, obbligazioni incompatibili con la corretta esecuzione delle prestazioni cui era tenuto, in forza del primo rapporto con il soggetto danneggiato. Vi è dunque un legame tra inadempimento o ritardo nell'adempimento da parte del debitore e comportamento giuridico del terzo, il quale ha appunto indotto l'inadempimento, o contrattato in modo tale da soddisfare il proprio interesse a discapito di una posizione creditoria altrui (la cui esistenza conosceva o doveva conoscere).

Nonostante il crescente consenso giurisprudenziale⁸³, parte autorevole della dottrina ha criticato tale ipotesi di responsabilità, almeno con riguardo al tema del contratto incompatibile col precedente, richiamando il disposto dell'art. 1153 c.c. e il principio di relatività del contratto, anzi citato, per dimostrare, con riferimento all'acquirente in forza del secondo contratto, una completa irresponsabilità⁸⁴.

⁷⁹ M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1989, p. 20 ss. e B. INZITARI, *Le mobili frontiere della lesione del credito ad opera di terzi: la responsabilità del terzo acquirente per la perdita della garanzia patrimoniale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno V* Milano, 1998, p. 241 ss. - sul punto per ulteriori distinzioni si tornerà infra, nel Capitolo Secondo della presente Sezione.

⁸⁰ F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979; G. ALPA - M. BRESSONE, *Atipicità dell'illecito*, cit., p. 41 ss.; G. VISINTINI, *La lesione di posizioni e libertà contrattuali*, in *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999.

⁸¹ Anche per riferimenti comparatistici, cfr. B. GARDELLA TEDESCHI, *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali*, Milano, 2008, p. 230 ss.

⁸² A. GAMBARO - U. MORELLO, *Trattato dei diritti reali*, Volume I, Milano, 2008, p. 684; G. ALPA - M. BRESSONE, *Atipicità dell'illecito*, cit., p. 108.

⁸³ Che si sviluppa, in quasi quarant'anni, a partire dal caso Meroni, anzi più volte citato - e giunge da ultimo anche a Cass. 28 febbraio 2012 n. 3003, in www.diritto.net.

⁸⁴ P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. Dir. Civ.* 1983, p. 217 ss.: la tesi pare certamente condivisibile in caso di terzo che stipula in buona fede col debitore, ove si ha piena applicazione dei principi di cui all'art. 1153 c.c. Più controversa la seconda parte del ragionamento dell'autore, ove si afferma che anche in caso di mala fede, la relatività del contratto permetterebbe una completa esenzione da responsabilità.

Tornando al tema che ci occupa, si deve ricordare che, anche di recente e in Italia, l'opinione per cui fondamento della responsabilità per finanziamento abusivo sarebbe la lesione diritto di credito è stata percorsa da parte della nostra dottrina⁸⁵.

L'argomento giuridico ripete in larga parte le affermazioni della dottrina francese e belga. Premesso che il creditore dell'impresa vanta una pretesa, meritevole e protetta, il comportamento della banca che finanzia l'impresa stessa rende impossibile l'adempimento delle prestazioni verso i creditori: ciò in quanto, mascherando l'insolvenza e mantenendo in vita il decotto, riduce fortemente le *chance* di soddisfazione dei creditori sull'attivo fallimentare.

In altre parole, si rientrerebbe nella fattispecie di contratto in danno del terzo: il contratto di credito tra banca e impresa avrebbe l'effetto (non importa se voluto o colposo) di ledere il diritto dei creditori sociali – impedendo per alcuni l'esecuzione del contratto, per altri la realizzazione dell'interesse creditorio.

Molta parte della dottrina attuale ritiene superata questa ricostruzione dottrinale, e focalizza la sua attenzione sulle altre due opinioni di seguito esposte⁸⁶.

E' stato affermato che *“nella concessione abusiva del credito non si realizza nessuna complicità nell'inadempimento e dunque nella lesione del diritto di credito [...]. Non viene resa impossibile o pregiudicata l'esecuzione della prestazione da parte del debitore ma viene aggredita, direttamente, la posizione del creditore”*⁸⁷. La condotta del terzo non determina l'impossibilità della prestazione e non ha l'effetto di liberare l'impresa insolvente dal suo debito (sebbene, sotto il profilo economico, riduca le probabilità di una piena soddisfazione del creditore).

Ragione fondamentale per rifiutare l'orientamento in è che, al momento del finanziamento abusivo, il credito è già compromesso, in quanto l'imprenditore è già insolvente. È anche vero, però, che proprio grazie al finanziamento l'impresa riesce a proseguire la sua attività e a disperdere ulteriore attivo – di qui emergerebbe il danno al credito.

Emergono allora due ulteriori criticità.

Una prima problematica riguarda i creditori legittimati all'azione ex art. 2043 c.c.: se effettivamente l'interesse leso (sul quale operare il bilanciamento) fosse il credito, sarebbe impossibile affermare la legittimazione attiva dei creditori successivi al finanziamento abusivo. Costoro, infatti, non disponevano di alcun rapporto giuridico con l'imprenditore al momento della

⁸⁵ *Ex plurimis*, più estesamente A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La banca tra “concessione abusiva” e “interruzione brutale” del credito*, in *Dir. Fall.*, 1, 2005, p. 768 ss. Recentemente anche C.M. BIANCA, *Diritto Civile. Volume 5. La responsabilità*, cit., p. 603, nota 76, che colloca la responsabilità per finanziamento abusivo nel contesto della tutela aquiliana del credito.

⁸⁶ Lo stesso è avvenuto persino in ambito bancario: si confronti la Circolare ABI, *serie legale 9 - 8 settembre 2008* - part. 2.5.1

⁸⁷ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 222 e 223.

concessione di credito da parte della banca: sarebbe logicamente impossibile affermare che il finanziamento possa ledere crediti non esistenti al momento della sua concessione. Di contro, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza di Cassazione⁸⁸ riconoscono oggi pacificamente che la lesione riguardi non solo i creditori anteriori al finanziamento, ma anche i soggetti che sono divenuti creditori successivamente. Se è vero che la banca, concedendo il finanziamento, ha intorbidito il mercato, e ha generato nei terzi l'apparenza della solvibilità dell'imprenditore, si afferma che tanto i creditori precedenti quanto quelli successivi siano stati condotti in errore. Tutti i creditori hanno contrattato (*ex novo*, o protrato i propri rapporti) col debitore in forza di un legittimo affidamento, generato dalla banca. La stessa pertanto sarebbe responsabile, nell'opinione maggioritaria, per le conseguenze dannose derivanti in capo ai creditori, a prescindere dal tempo in cui il loro diritto è nato.

L'opinione per cui l'interesse protetto sarebbe il diritto di credito è discutibile, poi, sotto un altro punto di vista. E' noto che uno degli elementi essenziali per l'affermazione di responsabilità extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., è la sussistenza di un nesso di causalità tra la condotta dell'agente e il danno. Tale requisito è dalla dottrina ritenuto nella lettera della norma, ove si dice che il fatto deve aver "cagionato" il danno. Il termine "cagione", o ragione, è proprio espressione della necessità di un vincolo causale tra i due estremi logici in discorso. Il legame causale tra fatto e danno dev'essere immediato. Infatti, se l'interesse leso fosse il credito, occorrerebbe notare che "*tra il danno dei terzi e il comportamento del banchiere si pone sempre quale tramite necessario il comportamento dell'imprenditore*" che spesso non è neppure sindacabile o controllabile da chi lo finanzia⁸⁹. Si potrebbe in altre parole dubitare dell'esistenza di un rapporto di causalità tra finanziamento e danno, poiché si intermedia il comportamento volontario dell'imprenditore che riguarda la fase di utilizzazione del finanziamento medesimo. Si potrebbe sostenere che il credito, in questa fattispecie, non è leso dalla banca, ma dall'imprenditore: il comportamento della banca influisce in via diretta sulla sfera giuridica dell'impresa, e non mina l'integrità del diritto soggettivo relativo del creditore. Il diritto di credito resta intatto nella sfera giuridica del suo titolare. Ciò che viene danneggiato (probabilmente in via mediata, ma diretta) è, come vedremo, il patrimonio dell'impresa insolvente, oppure, guardando al creditore, la sua facoltà di opporsi alla prosecuzione (disastrosa) dell'attività sociale. Seguendo, nelle prossime pagine, queste alternative ricostruzioni, sarà chiara la differenza qui affermata in tema di nesso di causalità. Guardando alla lesione del diritto di credito, vi è un passaggio logico e giuridico tra fatto (finanziamento) e danno (al credito)

⁸⁸ Cass. S.U. 28 marzo 2006 nn. 7029, 7030 e 7031, in *Dir. Fall.*, 2006, 2, p. 615 s. su cui ampiamente, in questo Capitolo, al Paragrafo 5.

⁸⁹ A. BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito?*, cit., p. 289.

rappresentato dal comportamento del debitore; questa intermediazione pone in discussione la sussistenza del nesso di causalità.

Appare dunque opportuno rivolgersi alle diverse opinioni (lesione della garanzia patrimoniale generica, lesione della libertà contrattuale), non solo in base alle ragioni fornite dalla dottrina – per cui la lesione non è al credito, dato che l'imprenditore è già insolvente – ma anche a fronte delle ragioni qui esposte, afferenti alla legittimazione attiva e alla sussistenza del nesso di causalità.

4.3 RICERCA DELL'INTERESSE TUTELATO: LIBERTÀ CONTRATTUALE

In base ad un'autorevole opinione⁹⁰ l'interesse tutelato dall'illecito di concessione abusiva del credito sarebbe la libertà contrattuale dei terzi.

A partire da una pronunzia di merito, ormai risalente (c.d. caso Caltagirone)⁹¹, si è iniziata ad affermare anche in giurisprudenza l'opinione per cui sia risarcibile anche la lesione ad una particolare forma di aspettativa: quella “*a non essere sviati nella propria autodeterminazione negoziale nei confronti dei possibili partners contrattuali*”⁹².

In particolare, lo sviamento può realizzarsi attraverso l'induzione a contrattare con un soggetto (nel caso, l'imprenditore insolvente) che non si sarebbe considerato quale controparte in assenza dell'attività di intorbidimento del mercato ad opera del danneggiante (banca).

Altra possibile forma di lesione alla libertà contrattuale, discussa in dottrina, è quella dell'induzione a non contrattare con alcuni soggetti con i quali, senza la turbativa, si sarebbe invece contrattato⁹³.

Si è detto che la condotta della banca “*non determina l'impossibilità della prestazione e non libera il debitore [...] non lede il diritto del creditore alla prestazione*”⁹⁴ e ciò perché oggetto della lesione non è il credito, bensì la gestione del credito da parte del suo titolare. La tesi vuole cioè dimostrare che la banca ha, mediante il finanziamento, influito sulla sfera giuridica dei creditori

⁹⁰ In via principale F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 221 ss.

⁹¹ Trib. Roma, 28 febbraio 1983, in *Foro it.*, 1984, 1, p. 1986.

⁹² F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 222.

⁹³ Sulla lesione della libertà contrattuale M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, in G. ALPA - M. BRESSONE, *I contratti in generale*, Torino, 1991, p. 1615 ss. e più di recente ID., *L'illecito*, Seconda Edizione, Milano, 2010, p. 1030 ss.; FACCI, *Il danno ingiusto*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni. Le obbligazioni da fatto illecito*, Vol. II, Torino, 2004, p. 468. Di recente sul punto F. GALGANO, *Trattato di diritto civile. Volume Terzo*, Seconda Edizione, Padova, 2010, p. 144 ss. che prende come centrale esempio proprio la concessione abusiva del credito.

⁹⁴ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 224.

dell'impresa finanziata. Costoro, riponendo fiducia sullo scrupoloso vaglio effettuato dalla banca, confidano nella solvibilità del loro debitore, e per questo evitano di esercitare i poteri di autotutela che l'ordinamento fornisce a protezione del credito.

I creditori anteriori al finanziamento sono titolari di azioni (conservative, quali la revocatoria, la surrogatoria, il sequestro conservativo, o costitutive, quali la domanda di fallimento) che potrebbero utilmente proteggere il loro diritto, a fronte dell'incombente insolvenza del debitore. Le azioni in questione non sono esercitate a causa del comportamento della banca, la quale "opacizza il mercato" attraverso il finanziamento. L'impresa insolvente, finanziata dalla banca, acquista credibilità sul mercato, e per questo i suoi creditori non richiedono il suo fallimento, e non proteggono i loro diritti.

Dal lato dei creditori successivi al finanziamento, si manifesta una lesione altrettanto grave all'autonomia contrattuale. Costoro, infatti, iniziano a contrattare con l'impresa insolvente in seguito alla concessione di credito. E' manifesto che, in assenza della condotta della banca (distorsiva delle condizioni del mercato) non sarebbero mai entrati in trattativa con quel soggetto. Sul loro intendimento negoziale, e sulla loro decisione di vincolarsi nei confronti dell'impresa, incide profondamente l'abusiva concessione di credito.

La condotta della banca lede, in via diretta, la facoltà di questi soggetti di autotutelarsi convenientemente (chiedendo il fallimento del debitore insolvente, o non entrando in relazione contrattuale con lo stesso). In entrambi i casi è alterata la percezione che i terzi hanno delle condizioni economiche dell'impresa finanziata: da tale "vizio", indotto dalla banca, discende il danno.

Si deve notare che, in questa ricostruzione, non si pone il problema del nesso di causalità⁹⁵, sopra prospettato in tema di lesione del credito. Secondo la lettura in esame, infatti, la lesione del bene protetto avviene in via diretta e immediata, senza passare per il tramite della condotta dell'impresa finanziata. E' il fatto del finanziamento in quanto tale a produrre quell'opacizzazione del mercato che vizia l'intendimento negoziale, o che frena la facoltà di autotutela dei danneggiati. Non può dunque dubitarsi del rapporto di immediatezza tra fatto e danno – pur potendo sussistere difficoltà di prova (almeno con riferimento all'incidenza del finanziamento sull'operato del creditore).

Possono porsi invece, nell'approfondimento di questa ricostruzione, altri due principali problemi. Il primo concerne il rapporto tra danno alla libertà contrattuale e (in)sussistenza di doveri di informazione a carico della banca nei confronti dei terzi. Il secondo, che si tratterà a breve,

⁹⁵ F. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, p. 231 e 232.

concerne l'affidamento: è discusso se possa parlarsi, in ambito di finanziamento abusivo, di una situazione di apparenza sulla quale i terzi e i creditori possano legittimamente riporre fiducia.

Con riferimento alla prima questione, un Autore⁹⁶ ritiene che per parlarsi di lesione della libertà contrattuale si debbano valutare tre circostanze: 1) la divulgazione di informazioni, e le relative modalità in cui avviene; 2) le qualità dei soggetti (così da desumere l'eventuale buona fede del divulgante e l'eventuale rispetto degli standard di diligenza a questo richiesti) e se chi è stato informato abbia potuto fare affidamento sulla veridicità della notizia; 3) la consapevolezza da parte dell'informatore che dalla notizia dipenda la conclusione del contratto.

Emerge che la lesione della libertà contrattuale trova applicazione in presenza di un dovere di informazione. L'implicita premessa ai tre punti qui esaminati è che l'informatore sia tenuto ad un comportamento corretto, e che invece fornisca dati e notizie scorrette o parziali, così generando un affidamento e un danno nei soggetti informati.

Si può rispondere che, se è evidente la lesione alla libertà contrattuale quando sussiste un obbligo di informazioni *“essa non resta esclusa in altri casi, come quello della concessione abusiva del credito dove – per come anticipato – tale obbligo di informazione non è rinvenibile”*. Ciò discenderebbe dal fatto che quando *“l'interesse leso appare meritevole di tutela [...] e il fatto lesivo non autorizzato (ma vietato) dall'ordinamento, sorge uno spazio apprezzabile di applicazione della regola di ingiustizia di cui all'art. 2043 c.c.”*⁹⁷

Si è detto più volte, nelle pagine che precedono⁹⁸, che non sussiste in capo alla banca un obbligo generalizzato di informare tutti i terzi delle condizioni economiche e della solvenza dei propri clienti⁹⁹. D'altro canto si è anche detto che, nelle norme di settore, è più volte richiamato il dovere dell'operatore bancario ad una *“sana e prudente gestione”* del credito¹⁰⁰ – e che questo dovere è posto nell'interesse dell'equilibrio del mercato, della concorrenza tra banche, e della generalità dei consociati¹⁰¹.

La banca è dunque tenuta, in base alle norme speciali, al vaglio del merito del credito non solo nel proprio interesse (per contenere il rischio dell'inadempimento) ma anche a beneficio del mercato e della collettività. Questo non per un (ormai sconfessato) ruolo pubblicistico dell'operatore

⁹⁶ M. FRANZONI, *L'illecito*, cit., p. 1030 – che cita a sostegno della sua ricostruzione Trib. Roma 18 giugno 1997, in *Dir. Informazione e informatica*, 1998, p. 282.

⁹⁷ F. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, p. 226

⁹⁸ Nella Prima Sezione, Capitolo II, Par. 3 – in questo Capitolo, al Par. 2

⁹⁹ Questo, al contrario, costituirebbe un'illecita lesione alla riservatezza.

¹⁰⁰ Ad esempio artt. 5, 56 e 61 T.U.B.

¹⁰¹ Si è anche concluso che da tale assunzione di principio non possa desumersi, appunto, il diritto particolare del creditore di essere correttamente informato, trattandosi di una normativa con rilevanza principalmente *“interna”* al settore bancario.

bancario, ma in ragione della particolare posizione conferitagli dall'ordinamento e della specifica diligenza di cui lo stesso è capace.

Sembra cioè che lo spazio “*spazio apprezzabile di applicazione*” dell'art. 2043 c.c. al finanziamento abusivo, postulato dalla dottrina¹⁰², possa desumersi proprio da queste riflessioni. La banca non deve informare i terzi creditori del finanziato, né il finanziamento è in quanto tale veicolo di notizie in senso stretto. Ciò non toglie che la concessione di credito abbia un effetto sul mercato – sia nella sfera giuridica del finanziato che in quella dei suoi creditori attuali e potenziali – in ragione della posizione di preminenza economica dell'*argentarius* e delle norme di settore che obbligano al vaglio del merito del credito. Se quindi non sussiste, come più volte detto, un diritto del terzo ad essere (personalmente e) correttamente informato dalla banca sulla solvibilità dell'imprenditore, sussiste però il diritto a non essere sviato o fuorviato nella propria libertà di contratto. Tale diritto è lesa quando la banca, nell'erogazione del credito, non opera (dolosamente o colposamente) un attento vaglio del merito del credito.

Resta da chiedersi se, con riguardo alla concessione abusiva del credito, si possa parlare di apparenza e di tutela dell'affidamento¹⁰³.

“*Il principio dell'apparenza del diritto trae origine dalla legittima e quindi incolpevole aspettativa del terzo di fronte ad una situazione ragionevolmente attendibile, anche se non conforme alla realtà, non altrimenti accertabile se non attraverso le sue esteriori manifestazioni*”¹⁰⁴. È noto che la protezione dell'affidamento, discendente dalla falsa apparenza, trova limite nella colpa del terzo: quando questi ha negligenzemente ommesso di accertare la realtà delle cose, trovandosi in condizione di poterlo fare, non merita tutela¹⁰⁵.

¹⁰² F. DI MARZIO, *op. ult. cit.*, p. 226.

¹⁰³ Sul punto, *ex multis*, in dottrina R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, Vol I, Milano, 1958; ID., *La dichiarazione apparente*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto civile* diretto da R. SACCO, Tomo 1, Terza edizione, Torino, 2004 p. 123 ss.; ID., voce *Apparenza*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, I, 1987; M. DI PAOLO, voce *Apparenza*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, p. 2; A. FALZEA, *Voci di teoria generale del diritto*, Terza Edizione, Milano, 1985; E. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, Università degli Studi di Trento, 2002; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1985, p. 181; M. D'AMELIO, voce *Apparenza del Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1, Torino, 1957; G. STOLFI, *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, 1, in A. CICU - F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1973, p. 377; R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973.

¹⁰⁴ V. FRANCESCHELLI, *Diritto Privato. Volume 1*, Quinta Edizione, Milano, 2010, il quale richiama a Cass. 16 agosto 1990 n. 8309, in *Mass. Giust. Civ.* 1990. Nella prospettiva qui accolta, l'apparenza è stato oggettivo, e l'affidamento è il riverbero soggettivo, interiore, che l'apparenza genera nel terzo (recentemente F. FESTI, *Il divieto di “venire contro il fatto proprio”*, Milano, 2007, p. 96 ss.). Per altri, invece, si potrebbe parlare di affidamento solo con riferimento alla fiducia nutrita dalle parti su un fatto non futuro, ma passato o presente – e così si distinguerebbe dall'apparenza, che è invece definita come fiducia sull'esistenza di una determinata situazione giuridica nei confronti dei terzi: in tal senso V. PIETROBON, *Affidamento*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 1 ss.

¹⁰⁵ Cass. 24 novembre 1981 n. 6244, in *Rep. Foro It.*, 1981, p. 58 reputa non meritevole l'affidamento del terzo quando la situazione reale avrebbe potuto essere agevolmente accertata con una condotta ispirata all'ordinaria diligenza.

Occorre specificare che la dottrina distingue due modelli di tutela dell'affidamento incolpevole: le ipotesi di apparenza c.d. pura, e quelle di apparenza c.d. colposa¹⁰⁶.

Nel primo caso l'apparenza si presenta come un fatto oggettivo, tutelato in quanto tale dal legislatore, senza che possa assumere rilievo né la colpa di chi ha posto in essere l'atto, né una lesione o un pregiudizio in capo a chi ha riposto fiducia nell'apparenza. *“E' un fatto oggettivo, che opera erga omnes”*¹⁰⁷

Si tratta di circostanze, descritte dalla legge, in cui il legislatore protegge e dà rilevanza non alla realtà, bensì alla “finzione” – generalmente per ragioni di speditezza dei traffici e certezza del diritto – a prescindere da ogni ulteriore requisito. L'apparenza è quindi elemento costitutivo della fattispecie.

Nel caso di apparenza colposa, invece, si ha un atto compiuto colposamente (o dolosamente) da un soggetto, che comporta conseguenze risarcitorie nel caso in cui leda i diritti di soggetti terzi. Gli elementi costitutivi dell'affidamento in questo caso sono dunque: la sussistenza di una condotta imputabile e un affidamento incolpevole e pregiudizievole.

Autorevole dottrina¹⁰⁸ parla, in riferimento all'apparenza colposa, di un dovere di coerenza, discendente dal brocardo *“nemo contra factum proprium venire potest”*: tale vincolo sorgerebbe, però, solo all'interno di una relazione privilegiata. Sul tema si tornerà di seguito, calando queste categorie nel tema del finanziamento abusivo.

Si deve ricordare che non è condiviso, in dottrina e giurisprudenza, l'ambito di applicazione del principio dell'apparenza. La giurisprudenza, con diverse incertezze, ritiene che il principio di apparenza sia da applicarsi solo nei casi espressamente previsti dalla legge (si fa principalmente riferimento agli artt. 543, 1189, 1415, 1416, 1835 c.c.). Si tratterebbe, in altre parole, di ipotesi eccezionali: si contrappone perciò il generale principio per cui rileva esclusivamente la situazione reale, a circostanze specifiche in cui è protetto l'affidamento dei terzi ingenerato dalla falsa apparenza. La regola dell'apparenza sarebbe allora *“comune denominatore dei casi particolari via via specificamente previsti”*¹⁰⁹.

Le pronunzie affermano che l'apparenza non possa definirsi quale principio generale, o istituto autonomo, idoneo a fondare un'ipotesi di responsabilità: *“L'apparenza del diritto – al di fuori dei casi particolari di tutela dell'affidamento da essa suscitato previsti dalla legge (art. 534,*

¹⁰⁶ Sulla distinzione qui riportata C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012, p. 87 ss. Cfr anche Cass. 19 aprile 1987 n. 423, in *Nuova giur. Civ. Comm.* 1987, 1, p. 488 (la differenza non è però unanimemente accolta dalla giurisprudenza: *contra* infatti Cass. 13 febbraio 1993 n. 2020, in *Foro it.*, 1994, 1, 159, con nota di DONATIVI).

¹⁰⁷ C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 90.

¹⁰⁸ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in ID. (diretto da), *Trattato di Diritto Civile, La parte generale del Diritto Civile*, Torino, 1998, p. 64 e 65.

¹⁰⁹ E. CONTINO, *Apparenza: principio generale od eccezionale?*, in *Giust. Civ.*, 2002, 6, p. 1638 ss.

commi 3 e 4, 1189, 1415 e 1416 c.c.) – non integra un istituto di carattere generale, con connotazioni definite e precise, ma opera nell'ambito dei singoli rapporti giuridici secondo il vario grado di tolleranza di questi in ordine alla prevalenza dello schema apparente su quello reale.”¹¹⁰

L'opinione più permissiva ammette il ricorso all'analogia per estendere l'applicazione della portata dell'apparenza: “La norma dell'art. 1189 c.c., che riconosce effetto liberatorio al pagamento effettuato dal debitore in buona fede a chi appare legittimato a riceverlo, si applica, per identità di ratio, all'ipotesi di pagamento effettuato a persona che appaia autorizzata a riceverlo per conto del creditore”.¹¹¹

Un passaggio merita però attenzione: la dottrina più attenta¹¹² dimostra che ad essere tassativo, e meritevole di interpretazione restrittiva, è il caso di apparenza “pura”. In quell'ipotesi infatti la legge garantisce un'eccezionale ed inestensibile rilevanza della finzione sulla realtà. E' per questo condivisibile l'affermazione per cui non si può ritenere quello dell'apparenza “pura” un principio generale, e si può comprendere il dibattito e l'incertezza anche sulla semplice applicazione analogica¹¹³.

Si aderisce all'opinione per cui l'apparenza colposa può assurgere invece a principio generale, o ragione giustificatrice della regola¹¹⁴: basando l'indagine sui requisiti essenziali dell'imputabilità della condotta e del pregiudizio per il terzo affidato, non vi è ragione di limitare l'incidenza dell'affidamento ai soli casi di legge. E' cioè possibile per l'interprete un vaglio dei requisiti anzidetti caso per caso – operazione che permette di far emergere quando, a fronte della colpa di un soggetto, si generi un affidamento meritevole di protezione nella controparte.

In una prospettiva di analisi economica del diritto, sembra corretto limitare le ipotesi di apparenza pura ai casi previsti dalla legge: come la responsabilità oggettiva, prescindendo dall'elemento soggettivo, possono essere fonti di inefficienza¹¹⁵. Sembra in contrario eccessivo trattare allo stesso modo le fattispecie di apparenza colposa, ove non è sufficiente la prova del fatto che genera la finzione, ma occorre anche l'imputabilità dello stesso ad un soggetto e, soprattutto, un danno. Da questo punto di vista, cioè, sembra efficiente considerare tutelabile l'affidamento in ipotesi di apparenza colposa, anche al di fuori dai casi previsti dalla legge.

¹¹⁰ Cass. 1 marzo 1995 n. 2311, in *Giur. it.*, 1995, 1, 1, p. 2032 ss., con nota di DE GREGORIO.

¹¹¹ Cass. 15 giugno 1991 n. 6774, in *Mass. Foro It.* 1991.

¹¹² R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit.; più recentemente anche C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, p. 90.

¹¹³ In senso positivo, sul punto, A. FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 701, in senso negativo invece R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria giuridica dell'apparenza*, Milano, 1973, p. 97.

¹¹⁴ R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, cit.

¹¹⁵ Cfr. G. BELLANTUONO - P. IAMICELI, *Analisi economica del diritto*, Trento, 2005, p. 43 ss.

La giurisprudenza pare, spesso, non porsi neppure il problema della “tipicità” delle ipotesi di apparenza colposa: estende ormai pacificamente il concetto di affidamento al tema della concessione abusiva del credito. In quasi tutte le pronunzie, di merito e di legittimità¹¹⁶, ricorre la formulazione per cui il finanziamento abusivo genera una “*falsa apparenza*”, o “*falsa impressione*”.

Effettivamente la concessione abusiva del credito vede una inequivocabile imputabilità alla banca della condotta produttiva dell’apparenza, e un danno in capo ai creditori che in tale fascinazione sono caduti. Sul punto si è già ragionato in precedenza.

L’elemento discutibile è invece un requisito ulteriore della dogmatica dell’apparenza colposa, richiamato negli studi in materia¹¹⁷ e a volte affermato in giurisprudenza¹¹⁸: la relazione di prossimità tra soggetto che genera l’apparenza e soggetto danneggiato.

Si è sostenuto¹¹⁹ che il dovere di coerenza in capo al soggetto che produce l’apparenza sorge esclusivamente all’interno di una relazione privilegiata. Da tale affermazione alcuni hanno tratto spunto per congiungere al tema dell’apparenza colposa la dogmatica della responsabilità da contatto sociale (o da status) e ai c.d. obblighi di protezione¹²⁰. Ove si possa affermare un dovere di protezione in capo al soggetto che genera l’apparenza, e quindi un’obbligazione ex art. 1173 c.c., sorge il dovere di buona fede, e dunque anche una relazione di prossimità – o “privilegiata” – tale da fondare l’affidamento, che diviene, per l’ordinamento, legittimo.

Ci si deve chiedere però se quella del contatto sociale sia l’unica “relazione privilegiata” idonea e sufficiente a generare un affidamento meritevole di protezione. Se così fosse si dovrebbe affermare che, nell’ambito della concessione abusiva del credito, il richiamo al tema dell’affidamento sarebbe fuori luogo (si è anzi ritenuto di negare la sussistenza dei requisiti del contatto sociale e della responsabilità da status nella concessione abusiva di credito¹²¹).

Si possono riscontrare ragioni per sostenere che, nel caso di finanziamento abusivo, si possa ravvisare una relazione privilegiata, senza dover ricorrere al paradigma del contatto sociale. Ciò anzitutto in quanto lo stesso uso del termine “relazione privilegiata” e non “relazione contrattuale” o “obbligatoria” dimostra che, nella mente dell’Autore, si volesse fare riferimento (almeno principalmente) a situazioni di contiguità di fatto, estranee all’ambito negoziale.

¹¹⁶ Per un elenco completo, si confronti il seguente Par. 5 .

¹¹⁷ R. SACCO, *op. ult. cit.*; C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 216.

¹¹⁸ Cass. 18 luglio 2003 n. 11246, in *Giust. civ. Mass.* 2003: “*affinché si verifichi una situazione di affidamento, come tale meritevole di tutela, anche sul piano risarcitorio, secondo l’ordinamento, è necessario che il soggetto che invochi l’affidamento sia il destinatario del comportamento altrui, che crea l’affidamento stesso*”.

¹¹⁹ R. SACCO, nelle opere anzi citate. In particolare, in *Il fatto, l’atto, il negozio*, cit., a p. 243.

¹²⁰ C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, cit., p. 216; ID., *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in A.A.V.V., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*. Vol. I, Milano, 2008, p. 405 ss.; P. FAVA, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, p. 377; E. PICCIN - M.E. TARFAGLIA, *I rapporti contrattuali di fatto*, Padova, 2010, p. 6 ss.

¹²¹ Cfr. nella Prima Sezione, Capitolo II, Par. 4.

Può richiamarsi quanto discusso nel primo Capitolo del presente studio: da quasi un secolo la dottrina fallimentarista ha sostenuto che l'impresa che gode di credito sul mercato non può essere considerata insolvente¹²². E' da questo principio, avvalorato dall'osservazione empirica, che, a giudizio di chi scrive, scaturisce l'apparenza, e la relazione di prossimità necessaria e sufficiente tra banca e creditori del finanziato¹²³.

Il rapporto di prossimità si delinea, in altre parole, attraverso una semplice *relatio*: la banca finanzia l'imprenditore in crisi, e ciò ha effetto nei confronti di tutti coloro che sono (o diverranno) suoi creditori in ragione dell'apparenza che il credito ha generato sul mercato.

Si ritiene di poter affermare la sussistenza di un'apparenza colposa nell'ipotesi del finanziamento abusivo, e dunque di un legittimo affidamento ingenerato dalla banca in capo ai creditori dell'insolvente – senza necessità (né invero possibilità) di configurare alcun contatto sociale.

Anche se, però, non si volesse qualificare la posizione del creditore come affidamento in senso stretto, non verrebbe meno la validità dell'opinione sulla concessione abusiva di credito che si sta qui discutendo. L'affidamento infatti attiene principalmente al nesso di causalità tra fatto (finanziamento) e danno (lesione della libertà contrattuale, cioè della facoltà di determinazione sulla stipulazione del contratto o sull'adozione dei rimedi giurisdizionali a propria tutela). E tale nesso è riscontrabile, e si dimostra a partire dal fatto che chi gode del credito sul mercato non (sembra) insolvente.

4.4 CONSEQUENZE IN TEMA DI LEGITTIMAZIONE ATTIVA DEL CURATORE FALLIMENTARE

La principale ripercussione pratica, che da un ventennio impegna interpreti e giudici, concerne la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione risarcitoria.

E' chiaro che la legittimazione attiva spetterà (esclusivamente) al singolo creditore qualora questi si muova prima dell'apertura della procedura di fallimento verso l'impresa finanziata. L'azione risarcitoria avrà qui dignità del tutto autonoma, e sarà retta dai principi ordinari della nostra

¹²² *Ex plurimis*, G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 5; S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, cit., p. 44. Più recentemente L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit., p. 123 e 124; conforme anche B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, cit., p. 276.

¹²³ Afferma ABI, *circolare serie legale n. 9 - 8 settembre 2009*, in www.abi.it: “[...] la scelta della banca di concedere o mantenere il proprio sostegno finanziario ad un'impresa, anche solo attraverso il mantenimento delle linee di credito, finisce inevitabilmente per determinare nei terzi l'idea di solvibilità e quindi di solidità dell'impresa stessa”.

procedura; vedrà quale attore il singolo creditore che lamenta danno da concessione abusiva di credito, e come convenuto la banca presunta danneggiante.

Quando invece l'impresa insolvente è dichiarata fallita ex art. 5 l.fall., e si è aperto il procedimento fallimentare, è noto che i creditori, quali singoli, non sono spogliati delle loro azioni personali, ma che il curatore fallimentare, organo della procedura, è titolare di azioni dirette al recupero dell'attivo fallimentare (anche a vantaggio dei creditori). Ciò in quanto, ex art. 30 comma primo l. fall., egli *“ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare e compie tutte le operazioni della procedura sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite”*.

Ci si è dunque chiesti se il curatore possa essere legittimato ad agire contro la banca per concessione abusiva del credito – subentrando e sostituendosi ai singoli danneggiati ed esercitando così un'unica azione diretta a ottenere il risarcimento del danno, a vantaggio dei creditori.

Parte della dottrina e qualche sentenza di merito hanno affermato la legittimazione del curatore fallimentare all'esercizio dell'azione.

Da un lato, si è segnalata la stretta vicinanza tra l'azione per concessione abusiva di credito e la responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali ex art. 2394 c.c.: l'azione diretta a risarcire i creditori per i danni cagionati dall' *“inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale”*, in caso di fallimento della società, può essere esercitata dal curatore fallimentare ai sensi dell'art. 2394bis c.c.¹²⁴.

Dall'altro lato, guardando all'utilità e allo scopo pratico dell'azione, privare il curatore fallimentare dell'azione contro la banca per concessione abusiva del credito avrebbe conseguenze nettamente inefficienti sul piano gius-economico. E' chiaro infatti che, se l'ordinamento appronta una tutela, deve curarsi che essa sia adeguata e fruibile dal danneggiato. Invece, prevedibilmente, non si riscontrano precedenti su azioni effettuate dai singoli creditori sociali verso la banca finanziatrice per concessione abusiva di credito. Questo, purtroppo, è naturale: si pensi al creditore fornitore di merce, o di energia, o al locatore dell'immobile ove si svolge l'attività sociale. Questi, esercitando singolarmente l'azione, sarebbe tenuto a subire i grandi costi e verrebbe onerato di provare circostanze contabili e fattuali complicate, sulle quali spesso non ha alcuna pregressa informazione.

Le ragioni dell'analisi economica del diritto porterebbero ad affermare che sarebbe invece efficiente attribuire ad un solo soggetto, dotato di adeguata e comprovata professionalità e investito del

¹²⁴ Il richiamo si deve in dottrina principalmente a A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 166 ss. – L'Autrice riconduce la legittimazione del curatore anche alla normativa degli artt. 146 e 240 l.fall. nonché dall'art. 2497 c.c.

compito di informarsi su ogni aspetto dei rapporti tra l'impresa fallita e le sue controparti, il ruolo di agire contro la banca per concessione abusiva del credito.

A fronte di queste riflessioni, altra parte della dottrina¹²⁵ e la prevalente giurisprudenza¹²⁶ hanno negato la legittimazione attiva del curatore fallimentare per l'esercizio dell'azione risarcitoria.

E' noto che il curatore fallimentare si sostituisce al fallito nell'esercizio dei diritti e delle azioni ad esso spettanti (poiché amministra il suo patrimonio) – ma è altrettanto vero che si sostituisce anche ai creditori nell'esercizio delle azioni della massa – cioè quelle dirette a tutelare il ceto creditorio in via omogenea (si parla di “sostituzione fallimentare”)¹²⁷.

Ripercorrendo l'argomentazione più frequente in giurisprudenza, la concessione abusiva del credito non può essere configurata come “azione di massa”: per questo non può sussistere legittimazione in capo al curatore fallimentare. Il pregiudizio discendente dall'illecito della banca non sarebbe riferibile alla massa dei creditori poiché ciascuno di essi subisce un pregiudizio particolare, e potenzialmente diverso dagli altri. Ciò significa che ogni creditore dovrebbe addurre in giudizio elementi di prova diversi a seconda degli specifici presupposti del danno patito¹²⁸.

In particolare si dovrebbe distinguere tra creditori anteriori e posteriori al finanziamento, e a seconda della professionalità e del grado di informazione che ogni creditore poteva (o doveva) avere sullo stato economico e finanziario del debitore fallito¹²⁹ e così via.

Il curatore dunque “*non potrebbe fa valere la sommatoria di tutti i pregiudizi singolarmente subiti da ciascuno dei creditori del debitore insolvente*”¹³⁰: l'azione non potrebbe essere configurata come “di massa”.

Una più recente dottrina¹³¹ ha correttamente sottolineato che questa argomentazione, spesa anche dalle Sezioni Unite di Cassazione nel 2006, non è del tutto risolutiva: anche l'azione revocatoria è ordinariamente destinata a produrre benefici solo verso singoli creditori determinati, ma in sede fallimentare assume la veste di azione di massa. Non vi è quindi, sotto questo profilo,

¹²⁵ F. ANELLI, *La responsabilità risarcitoria della banca per illeciti connessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. Banc. Merc. Fin.* 1998, p. 154-155; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità della banca per “concessione abusiva del credito”*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2002 n. 5 p. 1081 ss.; A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*, cit.; più in particolare sul punto: G. TARANTINO, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore all'azione risarcitoria*, in *Riv. Dir. Comm.* 2003, 2, p. 190 ss.; M. ROBLES, *Erogazione “abusiva” di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto*, in *B.B.T.C.*, 2002, 2, p. 278 ss.

¹²⁶ Principalmente in Cass. S.U. 28 marzo 2006 nn. 7029, 7030 e 7031, su cui infra, in questo Capitolo, al Paragrafo 5.

¹²⁷ Sul punto, ampiamente, L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 110 ss

¹²⁸ Sul punto si tornerà a breve, con particolare riferimento all'affidamento.

¹²⁹ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 184, sostiene che si debbano distinguere i creditori secondo “categorie di agenti modello”.

¹³⁰ B. INZIATRI, *op. ult. cit.*

¹³¹ L. BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. Comm.* 2013, 1, p. 109 ss.

un'incompatibilità strutturale e logica tra azioni (normalmente) individuali e competenza del curatore fallimentare.

La ragione della assenza di legittimazione attiva in capo al curatore è ravvisata da questa dottrina¹³² nell'impossibilità che l'organo della procedura si sostituisca ai singoli creditori nell'esercizio di azioni risarcitorie, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge¹³³ – queste, infatti, riguarderebbero esclusivamente il creditore, il quale solo avrebbe interesse ad agire per danni ad esso prodotti in via diretta.

L'azione di responsabilità per concessione abusiva del credito non è azione di massa, e non è assimilabile né alla revocatoria, né all'azione di responsabilità verso gli amministratori, in quanto rispetto alla prima differisce nei presupposti (sussiste in entrambi questi casi un vincolo contrattuale tra terzo e insolvente, ma mancano i requisiti per la revocatoria) e rispetto alla seconda manca il legame organico tra danneggiante e insolvente (gli amministratori rivestivano un ruolo di rappresentante e gestore dell'impresa). Manca dunque un vincolo diretto e sancito dalla legge che renda l'azione “di massa” e legittimi il curatore fallimentare.

Ciò si dimostra riflettendo sul fatto che tra gli elementi essenziali che l'attore (nella concessione abusiva) è tenuto a provare è la sussistenza di un legittimo affidamento ingenerato dalla condotta della banca nel creditore. L'affidamento discende, come detto, da una c.d. apparenza colposa – la cui dimostrazione passa attraverso la prova di tre elementi, già cennati:

- l'imputabilità della condotta alla banca;
- l'impossibilità per il singolo creditore di venire a conoscenza, con la normale diligenza che gli può essere richiesta, della realtà nascosta dalla falsa apparenza (affidamento incolpevole);
- il pregiudizio discendente dal legittimo affidamento: in questo caso, la lesione effettiva della libertà contrattuale.

Se sul primo punto non si possono ravvisare difficoltà, gli ultimi due elementi sono invece fortemente problematici. La prova di questi ultimi due requisiti infatti diverge, caso per caso, a seconda della situazione di fatto, della professionalità del creditore danneggiato, del livello di informazioni cui egli aveva accesso, del suo credito ecc.

In base a queste riflessioni si può condividere l'opinione prevalente per cui, guardando alla lesione della libertà contrattuale e alla relativa azione di responsabilità, non sussiste legittimazione attiva del curatore fallimentare.

La soluzione, però, è insoddisfacente: come detto, negando al curatore l'azione si rende del tutto marginale l'incidenza dell'illecito in esame, e ridottissima la tutela dei creditori verso la banca.

¹³² L. BALESTRA, *op. cit.*

¹³³ Quali gli artt. 2394 e 2394 bis c.c. su cui ampiamente infra e nel Capitolo V.

Si può dunque proseguire nella ricerca dell'interesse tutelato, per riscontrare se ulteriori soluzioni possono condurre a risultati più appaganti per l'interprete.

4.5. RICERCA DELL'INTERESSE TUTELATO: GARANZIA PATRIMONIALE GENERICA DEL DEBITORE. LA PLURIOFFENSIVITÀ' DELL'ILLECITO

E' dibattuto se la norma sull'illecito aquiliano possa essere diretta a proteggere anche il diritto all'integrità patrimoniale del debitore contro fatti che possano pregiudicare la sua capacità di far fronte, con il suo patrimonio presente e futuro, ai suoi debiti (art. 2740 c.c.).

La giurisprudenza si è più volte espressa in senso positivo¹³⁴: si è ritenuto sussistente un "diritto all'integrità del patrimonio" definito come "*diritto di determinarsi liberamente nello svolgimento dell'attività negoziale relativa al patrimonio*"¹³⁵. In dottrina, invece, da più parti tale affermazione di principio è stata autorevolmente criticata.

Alcuni¹³⁶ ritengono di dover escludere dal novero degli interessi meritevoli di tutela ex 2043 c.c. l'integrità patrimoniale in base al fatto che "*qualsiasi danno patrimoniale [...] finirebbe con l'essere risarcibile*". In altre parole, si perderebbe il significato e la rilevanza del requisito dell'ingiustizia del danno: basterebbe provare una qualsiasi lesione per ottenere un risarcimento.

Altri¹³⁷ affermano che l'integrità patrimoniale non è altro che "*il complesso dei diritti i carattere economico spettanti alla persona*" e che quindi la sua lesione non può che realizzarsi mediante un *vulnus* a uno dei diversi diritti che concorrono a formare il patrimonio del debitore. In tal senso l'integrità patrimoniale non rilevarebbe quale interesse autonomo e meritevole a prescindere dalle sue diverse declinazioni.

¹³⁴ Cass. 4 maggio 1982 n. 3764, in *Gius. Civ. Mass.* 1982, 1, p. 1745; Cass. 25 luglio 1986 n. 4755, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1987, 1, p. 386 con nota di LIBERTINI – nella motivazione di quest'ultima sentenza si afferma che l'art. 2043 c.c. "*tutela il diritto di ogni cittadino alla propria integrità patrimoniale*".

L'opinione è stata confermata anche dalla più volte citata Cass. S.U. 22 luglio 1999 n. 500.

¹³⁵ Cass. 4 maggio 1982 n. 3764, cit.

¹³⁶ F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, cit., p. 9. Similmente C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1989, p. 539 ss. il quale nega la rilevanza di una lesione al patrimonio in quanto tale: ciò porterebbe per l'Autore a violare e sconvolgere gli equilibri che il legislatore ha immaginato e voluto tra attività e responsabilità. Conforme anche C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela del patrimonio e responsabilità extracontrattuale*, Roma, 1994, p. 19.

¹³⁷ C.M. BIANCA, *Diritto Civile. Volume 5. La responsabilità*, cit., p. 625 e 626.

Nel conflitto tra dottrina e giurisprudenza sul punto, vi è chi afferma che non sempre la lesione dell'integrità patrimoniale è sostituibile e identica ad una lesione di singoli diritti economici specifici¹³⁸: assumerebbe in quest'ottica autonomo rilievo.

Si potrebbe parlare cioè di una tutela residuale: seguendo la giurisprudenza, si potrebbe offrire ristoro anche in casi in cui un soggetto è danneggiato nella sua integrità patrimoniale, a condizione che: 1) non sia ravvisabile una lesione diretta ad altro interesse protetto; 2) nel caso concreto l'interprete riscontri, in base al principio di bilanciamento degli interessi, un'indiscussa meritevolezza di tutela¹³⁹.

A. LA SUSSISTENZA DI UN DANNO ALL'INTEGRITÀ PATRIMONIALE DELL'IMPRESA

Giungendo alle applicazioni di questa opinione al tema della concessione del credito, si deve ricordare che un' autorevole voce della dottrina¹⁴⁰ ha sostenuto che l'interesse leso dal finanziamento abusivo sia proprio l'integrità patrimoniale dell'impresa insolvente.

L'opinione è dimostrata dall'Autore ragionando sulla portata giuridico economica del finanziamento: studiando cioè l'effetto del credito sul patrimonio e sulle capacità finanziarie dell'impresa decotta.

E' opinione diffusa che, soprattutto in periodi di c.d. *credit crunch*, ricevere un finanziamento sia un beneficio per l'impresa (sia essa in difficoltà o *in bonis*). La ragione è che l'impresa, a mezzo della nuova liquidità introdotta nel patrimonio sociale, potrebbe chiudere le sue esposizioni debitorie più onerose e avviare un maggior numero di iniziative economiche redditizie¹⁴¹.

¹³⁸ G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.* 2002, 1, p. 232 ss.

¹³⁹ Così dando corretto rilievo al requisito dell'ingiustizia del danno, in aderenza alle critiche sopra riportate.

¹⁴⁰ B. INZITARI, *Concessione abusiva di credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione della autonomia contrattuale*, in *Dir. banc. merc. fin.* 1993, 412 ss. ID., *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *B.B.T.C.*, cit., p. 295; ID., *Legittimazione del curatore per abusiva concessione del credito: plurioffensività dell'illecito al patrimonio e alla garanzia patrimoniale*, in *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006; ID., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit., p. 463 ss.

¹⁴¹ A favore di questa impostazione App. Bari 17 giugno 2002, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2003, 2, p. 582-583, App. Bari 2 luglio 2002, in *Fallimento*, 2002, p. 1164; App. Bari 18 febbraio 2003, in *Fallimento*, 2004, p. 427. In dottrina sono riscontrati accenni in A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Il rischio per le banche nel finanziamento di imprese in difficoltà: la concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 1995, 1, 250 ss.; G. LO CASCIO, *Iniziativa giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche*, in *Fallimento*, 2002, 1182 ss.

A prescindere dalle riflessioni giuspolitiche in tema di crisi economica, l'Autore dimostra come questa visione sia "semplicistica", "atecnica" ed "erronea"¹⁴² guardando alle sue conseguenze sul sistema giuridico.

Il finanziamento è spesso un requisito fondamentale per l'avvio o il proseguimento dell'attività produttiva, ma non si può dimenticare che la nuova finanza comporta necessariamente dei costi e degli oneri. I costi consistono nell'obbligo di corrispondere gli interessi (legali o convenzionali e moratori) e nelle spese di apertura e di gestione della pratica da parte della banca; l'onere principale consiste nell'obbligo di restituzione della somma mutuata. Ciò deve avvenire a determinate scadenze, periodicamente: anche questo aspetto costituisce un vincolo e un peso per l'impresa, che deve avere disponibile ad ogni termine un ammontare di denaro sufficiente al pagamento della rata.

Per altro, si deve notare che i costi mutano sia in base alle condizioni generali del mercato, sia in base alla situazione economica del soggetto finanziato. Per la banca ogni tipo di finanziamento è soggetto al rischio dell'insolvenza del finanziato, ma, ovviamente, più alta è la *chance* di *default* dell'impresa più onerosi saranno i costi che la banca imporrà per l'ottenimento del finanziamento (così garantendosi e distribuendo correttamente il rischio in esame). E' anzi comune che i servizi delle banche diretti alle imprese in difficoltà siano forniti a costi particolarmente alti, allo scopo di ottenere un ampio margine di guadagno per il caso in cui la società esca dalla crisi temporanea (e di ammortizzare le perdite in caso di *default*).

Perché un finanziamento sia efficiente, occorre che l'impresa possa utilizzare la nuova liquidità in modo tale che i ricavi della sua attività economica superino i costi del finanziamento stesso.¹⁴³

Tale circostanza può verificarsi: secondo l'insegnamento dell'Analisi Economica del Diritto il c.d. miracolo del contratto sta proprio nel fatto che, in questo caso, il finanziatore è soddisfatto perché guadagna dal prestito di denaro, e il finanziato è soddisfatto perché, attraverso l'uso di tale denaro, riesce a guadagnare tanto da coprire i costi e guadagnare a sua volta.

¹⁴² B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Le società*, 2007, 4, p. 467 ss.

¹⁴³ Un semplice esempio: l'impresa Alfa, *in bonis*, ottiene a credito da una banca l'importo di 100. Contestualmente, ex art. 1813 c.c., sorge l'obbligo di restituzione dell'importo mutuato e di corresponsione di interessi. L'impresa estinguerà nel tempo il suo debito pagando alla banca, complessivamente, 110. L'impresa ha richiesto il finanziamento perché la disponibilità di denaro le permette di impegnare liquidità in un'attività economica. Se tale attività, alla data di estinzione del mutuo, le avrà fruttato 110, o un importo superiore, l'impresa avrà fatto fruttare il finanziamento, e questo non sarà stato dannoso, bensì virtuoso. Se invece, per varie ragioni, l'impresa non avrà fatto fruttare il credito ricevuto, all'esito dell'operazione si troverà impoverita quantomeno in misura pari al valore degli interessi.

La dottrina in esame sostiene, però, che il finanziamento sia invece sempre inefficiente qualora venga diretto ad un soggetto in stato di insolvenza¹⁴⁴. La conclusione pare corretta soprattutto a partire dalle premesse che si sono svolte nel Capitolo I nella Prima Sezione: quando cioè il finanziamento è diretto ad un'impresa irreversibilmente insolvente.

In quella circostanza, infatti, si è detto che l'insolvenza ha condotto l'attività imprenditoriale ad un circolo vizioso di distruzione di ricchezza, poiché il rendimento del capitale è costantemente inferiore al costo delle risorse¹⁴⁵.

In altre parole il proseguimento dell'attività sociale, grazie al finanziamento bancario, non potrà condurre a ricavi effettivi superiori ai costi del credito.

Nei casi in oggetto, l'impresa generalmente paga con la nuova finanza i propri debiti scaduti e non ha modo di incentivare o avviare iniziative economiche di successo nei tempi necessari. Viene sottolineato che, per lo più, il soggetto insolvente non riuscirà neppure a restituire, alla scadenza, l'intera provvista. Può dirsi allora che il finanziamento all'impresa insolvente produce un vero e proprio danno al patrimonio sociale, per due ragioni differenti:

- guardando al bilancio, perché si genera un debito che nel tempo è superiore alla liquidità fornita: ciò si potrà risolvere in una perdita, che intacca le altre poste dell'attivo patrimoniale;
- in ottica economica, perché l'impresa a causa di questo finanziamento non fallisce immediatamente, non viene espulsa dal mercato: le è concesso del tempo supplementare. In questo periodo, data la situazione di decozione, l'attivo patrimoniale non farà che assottigliarsi e diminuire.

In questo senso si può sostenere che il finanziamento all'impresa insolvente generi un circolo vizioso: non solo non produce plusvalori perché l'impresa non è in grado di mettere a frutto la liquidità, ma crea esso stesso passività a causa degli interessi, e inoltre permette il prolungarsi della vita della società e dunque la dissipazione di ulteriori ricchezze.

Questi argomenti non paiono cadere a fronte della critica di parte della dottrina¹⁴⁶ che sostiene che il finanziamento all'impresa insolvente sia sempre neutro. L'affermazione sarebbe argomentata in base al fatto che il danno non deriva dal finanziamento quale evento giuridico, ma dall'uso che l'imprenditore fa del denaro mutuato.

¹⁴⁴Diverso è invece il discorso per le imprese in mero stato di crisi: a tale ipotesi non sono applicabili le conclusioni che seguono. L'impresa in mero stato di crisi, infatti, non è ancora patologicamente incapace di generare ricchezza e di emergere dalla situazione di difficoltà: nel caso concreto è ben possibile che, proprio grazie ad un finanziamento e ad un piano di recupero, essa possa risanarsi.

¹⁴⁵ Capitolo I, Par. 4.

¹⁴⁶ F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie "concessione abusiva del credito"*, in *B.B.T.C.*, 2009, 3, p. 382 ss.

Secondo questa critica, la lesione all'integrità patrimoniale non discenderebbe, si ripete, dal contratto stipulato dall'insolvente con la banca¹⁴⁷, bensì dall'improprio utilizzo della provvista da parte del finanziato. In particolare è messa in discussione *“la falsa convinzione che, in caso di insolvenza del finanziato, le risorse siano necessariamente destinate a un uso improduttivo”*.

Addirittura sarebbe *“sin troppo evidente che le nuove risorse possono favorire – con giovamento sia per l'impresa che per i suoi creditori – non soltanto la improduttiva e dannosa permanenza dell'impresa sul mercato, ma anche la liquidazione concordata del patrimonio: in un programma fatto oggetto di un contratto, di un accordo di 'ristrutturazione' ai sensi dell'art. 182-bis l.fall. o di un concordato preventivo”*.

La confutazione non è del tutto apprezzabile, in quanto smarrisce la distinzione¹⁴⁸ tra crisi, insolvenza, e insolvenza irreversibile – o meglio non coglie il portato economico dell'irreversibilità dell'insolvenza. Difatti, come si è più volte enucleato, quando l'impresa, in stato di “necrosi”, distrugge ricchezza, è anzitutto impedita ogni forma di *turnaround*: le soluzioni concordate non possono che essere dirette alla liquidazione del residuo attivo¹⁴⁹.

In questa prospettiva, l'apporto di capitale di credito non è affatto neutro. Se infatti l'impresa si trova in uno stato in cui oggettivamente distrugge progressivamente la ricchezza, il finanziamento non è idoneo (al contrario del conferimento) a riequilibrare la situazione finanziaria ed economica.

Nonostante l'utilizzo che l'imprenditore possa fare, anche con tutta la perizia, la diligenza e l'accortezza, del finanziamento ricevuto dalla banca, stante lo stato di necrosi, l'effetto del contratto con la banca sarà sempre negativo per il suo patrimonio. Nell'ipotesi più rosea, l'unico effetto del finanziamento sarà rimandare il fallimento dell'impresa insolvente (magari senza danneggiarla direttamente, ma comunque non permettendo soddisfazione tempestiva alle ragioni dei creditori).

È vero cioè che il finanziamento spesso è elemento essenziale e imprescindibile di una ristrutturazione aziendale, e che quindi può avere effetti fortemente positivi per l'impresa in difficoltà, ma ciò accade solo nel caso in cui l'impresa non sia irreversibilmente insolvente. Qualora lo stato sia irreversibile, al contrario, il finanziamento non ha altro effetto che il prolungamento della vita dell'impresa, la quale merita invece l'espulsione tempestiva dal mercato e la liquidazione.

Ricevere un finanziamento è un'attività in rischiosa, o quanto meno onerosa: ciò è espresso a chiare lettere in più punti nel codice civile.

¹⁴⁷ Il quale comunque avrebbe effetti distorsivi sul mercato, e quindi sarebbe fonte di responsabilità per l'affidamento generato nei creditori, sotto ben altro punto di vista.

¹⁴⁸ Che lo stesso Autore ha ben presente: cfr. *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 162 ss.

¹⁴⁹ Si ricorda che, se l'insolvenza è irreversibile, la liquidazione atomistica dei beni aziendali dovrebbe condurre a un risultato migliore rispetto alla cessione dell'azienda – per questo si reputa (non materialmente ma economicamente) impossibile, perché del tutto inefficiente, il risanamento. Cfr. nella prima Sezione, Capitolo I, Par. 4.

La dottrina¹⁵⁰ ricorda, con un parallelo, l'art. 1190 c.c., che in tema del pagamento effettuato dal debitore ad un creditore incapace dispone: “*il pagamento fatto al creditore incapace di riceverlo non libera il debitore, se questi non prova che ciò che fu pagato è stato rivolto a vantaggio dell'incapace*”. Dalla norma si desume che ricevere denaro non è sempre un vantaggio, neppure quando la somma è dovuta in forza di un pregresso rapporto (e quindi l'adempimento è mero “atto dovuto”). Il legislatore dimostra di tenere in considerazione il fatto che un soggetto incapace (in senso stretto o, come nel nostro caso, in senso economico) può non far fruttare la provvista, e addirittura utilizzarla in proprio danno.

Si accosta a tale richiamo anche l'art. 374 co. 1 n. 2) e l'art. 320 co. 3 c.c., norme che considerano l'assunzione di obbligazioni (come quella da mutuo) atti di straordinaria amministrazione per il minore e per l'interdetto, che richiedono l'autorizzazione del giudice tutelare. Occorre dunque un controllo, un vaglio effettuato dall'esterno, per stabilire se e quando un finanziamento può essere intrapreso da un soggetto che non è (più) capace di curare i propri interessi.

Può condividersi quindi la conclusione per cui il finanziamento all'impresa irreversibilmente insolvente genera un danno all'integrità patrimoniale dell'impresa. Ci si deve però interrogare sull'uso che di tali nozioni economiche si possa fare, in via interpretativa e nell'ottica della responsabilità aquiliana.

B. GARANZIA PATRIMONIALE GENERICA COME DIRITTO DEI CREDITORI LESO DALLA CONDOTTA DELLA BANCA

Una prima conseguenza, sostenuta da parte della dottrina¹⁵¹ potrebbe essere la seguente: dal danno inferto al patrimonio sociale deriva un danno anche ai creditori sociali. A questi il legislatore riserva infatti, anzitutto, ex art. 2740 c.c., il diritto di soddisfarsi su tutti i beni presenti e futuri del debitore (impresa insolvente).

Guardando la vicenda in una prospettiva statica¹⁵², se il comportamento di un terzo (banca) ha l'effetto di danneggiare il patrimonio dell'impresa, e quindi di assottigliare la c.d. garanzia patrimoniale generica, i creditori possono lamentare d'aver subito un danno ingiusto. Il finanziamento ha ridotto le chance di soddisfazione dei creditori ex 2740 c.c. e ha prolungato artificialmente la vita dell'impresa, che era destinata ad essere eliminata dal mercato.

¹⁵⁰ B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit.

¹⁵¹ A. BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito?*, cit., pp. 287 ss. e in (a cura di) S. MACCARONE - A. NIGRO, *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981, pp. 788 ss.; U. MORERA, *Il fido bancario. Profili giuridici*, Milano, 1998, p. 168 oltre allo stesso INZITARI, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁵² DI MARZIO, *op. cit.*, p. 186.

E' stato dunque sostenuto che “*il pregiudizio arrecato dal finanziamento abusivo non si produce immediatamente nella sfera dei terzi ma è invece il riflesso di quello arrecato all'integrità del patrimonio dell'imprenditore [...] in ragione delle ulteriori perdite derivanti dal protrarsi dell'attività [...]*”¹⁵³ e per questo il finanziamento abusivo non integrerebbe propriamente una lesione aquiliana del credito, ma una lesione alla garanzia patrimoniale da parte del terzo, non dissimile da quella prevista dal legislatore all'art. 2394 c.c. La condotta illecita inciderebbe sulla capacità di adempimento del debitore, in danno dei creditori¹⁵⁴.

Tale danno si configura, in questa ricostruzione, come una particolare forma di lesione per il soggetto creditore: la lesione non è al credito (il quale, come detto, rimane di per sé inalterato¹⁵⁵) né alla libertà contrattuale (non si guarda, qui, ai possibili rimedi impediti dalla situazione di apparenza¹⁵⁶) ma una lesione alla garanzia patrimoniale generica – fondata sul danno generato dal finanziamento abusivo al patrimonio dell'imprenditore.

L'opinione, per come esposta, non può essere accolta.

In primo luogo, infatti, ostano le considerazioni svolte, all'inizio di questo Paragrafo, con riferimento all'utilizzo dell'integrità patrimoniale come interesse meritevole di tutela nell'alveo dell'art. 2043 c.c. Si può facilmente dimostrare di essere caduti nell'errore segnalato da parte della dottrina¹⁵⁷: utilizzare il riferimento all'integrità patrimoniale (concetto generico) in luogo del richiamo al singolo diritto o alla singola situazione giuridica effettivamente in concreto lesa dalla condotta dell'agente (nell'opinione che qui si segue, la libertà contrattuale). Non si sarebbe andati a fondo nella determinazione di quale sia davvero l'interesse che l'ordinamento deve proteggere rispetto alla condotta abusiva della banca.¹⁵⁸

In secondo luogo autorevole dottrina¹⁵⁹ sostiene che la lesione della garanzia patrimoniale, nel nostro ordinamento, è rimediabile attraverso gli strumenti tipici dell'azione revocatoria e surrogatoria e del sequestro conservativo. Non tutti questi strumenti si attagliano alle esigenze dei creditori dell'insolvente, ma hanno in comune un profilo giuridico centrale: sono azioni non soddisfatorie, e di natura conservativa. Applicando rimedi risarcitori a lesioni protette da norme specifiche si “*rischia di innestare un'incongruenza sul piano dogmatico*”¹⁶⁰.

¹⁵³ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 142.

¹⁵⁴ A. VISCUSI, *op. ult. cit.*, p. 143.

¹⁵⁵ Capitolo IV, Par. 2

¹⁵⁶ Capitolo IV, Par. 3

¹⁵⁷ C.M. BIANCA, *op. e loc. ult. cit.*

¹⁵⁸ Addirittura, per la lettura di altra parte della dottrina, l'integrità patrimoniale non sarebbe in alcun caso interesse meritevole di tutela, come anzi spiegato, e quindi la tesi perderebbe di ogni fondamento.

¹⁵⁹ F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie “concessione abusiva del credito”*, cit. In precedenza A. BORGIOI, *Responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito?*, cit.

¹⁶⁰ F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie “concessione abusiva del credito*, cit.

C. IL DANNO AL PATRIMONIO DELL'IMPRESA COME FONDAMENTO DI UNA PRETESA RISARCITORIA DIRETTA DA PARTE DEL SOGGETTO FINANZIATO

Il tema dell'interesse patrimoniale è il centro di un'altra ipotesi ricostruttiva¹⁶¹. La dottrina cui si deve questo approfondimento sostiene che il danno all'integrità patrimoniale possa e debba essere fatto valere non dai creditori sociali, di riflesso, con richiamo al concetto di garanzia patrimoniale generica, bensì proprio dall'impresa insolvente.

In particolare, seguendo l'iter logico anzi svolto, si potrebbe giungere ad affermare che sia lo stesso imprenditore ad essere stato leso dal finanziamento bancario: *“Non solo infatti non si può dire che il finanziamento, che immeritevolmente è stato erogato dalla banca all'imprenditore in stato di insolvenza [...], possa costituire per quest'ultimo un arricchimento ma risulta arbitrario e in contrasto con evidenze notorie e di comune esperienza, ritenere che l'erogazione abusiva di un finanziamento non arrechi pregiudizio all'imprenditore immeritatamente finanziato ed al suo patrimonio”*¹⁶². Gli effetti negativi del finanziamento, anzi esposti, sono così riassumibili:

- L'aumento del volume di debito che grava su patrimonio del debitore¹⁶³.
- La sopravvivenza dell'impresa insolvente sul mercato, fattore che conduce (se l'insolvenza è irreversibile) solo ad un incremento progressivo della sua esposizione debitoria, e quindi un continuo impoverimento dell'attivo aziendale.

*“Il peso degli oneri del finanziamento (la c.d. leva finanziaria) eroderà in modo progressivo il patrimonio della società”*¹⁶⁴.

L'opinione in esame è stata di recente condivisa da altra autorevole voce in dottrina¹⁶⁵, che ha affermato: *“ (...) il finanziamento ad un'impresa in crisi irreversibile comporta un aumento dell'esposizione debitoria dell'imprenditore a causa dell'onere di restituzione. In tale prospettiva, è utile ricordare, che la disciplina di bilancio impone di iscriverne i finanziamenti nell'attivo tra le disponibilità liquide e la contemporanea iscrizione al passivo nella voce debiti verso le banche.*

¹⁶¹ B. INZITARI, nelle opere anzi citate.

¹⁶² B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit.

¹⁶³ Il finanziamento non potrebbe definirsi neutro: l'effetto negativo si riscontra la necessità di *“conteggiare a debito le somme relative agli interessi maturati nell'esercizio, come pure il corrispettivo spettante all'istituto di credito per il servizio espletato”* – B. INZITARI, *op. ult. cit.* – unito al fatto che l'impresa si trova in uno stato di default tale da non poter coprire, con i ricavi attesi, il costo del finanziamento.

¹⁶⁴ B. INZITARI, *op. ult. cit.*

¹⁶⁵ P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, p. 655 ss.

Palese è come la concessione del credito ad un'impresa senza possibilità di risanamento non solo non si presenti neutra sotto il profilo patrimoniale, ma abbia addirittura un effetto negativo se si considera la necessità di conteggiare a debito le somme relative agli interessi maturati.”

Il danno, si ripete, colpisce direttamente il patrimonio dell'impresa e solo di riflesso i suoi creditori. Da ciò la dottrina deduce la natura “plurioffensiva” dell'illecito che discende dal finanziamento abusivo. Quando l'impresa verrà dichiarata fallita, i creditori avranno diritto di far valere (individualmente) le loro pretese risarcitorie verso la banca – dimostrando di essere stati lesi nella loro libertà negoziale. Il curatore fallimentare, al quale spetta ex art. 31 co. 1 l.fall. la competenza per le azioni risarcitorie discendenti da lesioni (anche extracontrattuali) all'impresa, potrà d'altro lato far valere il danno all'integrità patrimoniale.¹⁶⁶

“ [...] Il diritto al risarcimento dei creditori deve essere ben distinto in due profili che risultano autonomi: quello a far valere una tutela individuale per un pregiudizio singolarmente patito, per il quale ciascun creditore può mantenere singulatim la legittimazione e quello al risarcimento per il danno subito alla garanzia patrimoniale, ulteriormente indebolita per il protrarsi dell'attività nell'insolvenza e per il ritardo nella dichiarazione di fallimento, per la quale la legittimazione non può che essere complessiva e spettare al curatore, quale soggetto che funzionalmente è in grado di tutelare la lesione alla garanzia patrimoniale”¹⁶⁷

L'Autore ricorda che l'opinione prevalente¹⁶⁸, anche in giurisprudenza¹⁶⁹, nega la legittimazione attiva del curatore fallimentare per l'azione discendente da concessione abusiva di credito. Ciò in quanto, come detto nel Paragrafo precedente, il pregiudizio discendente dall'illecito della banca non sarebbe riferibile alla massa dei creditori: ciascuno di essi subisce un pregiudizio particolare, e potenzialmente diverso dagli altri. Ciò significa che ogni creditore dovrebbe addurre in giudizio elementi di prova diversi a seconda degli specifici presupposti del danno patito.

Questi argomenti¹⁷⁰, che negano la competenza del curatore fallimentare nella concessione abusiva del credito, non possono ritenersi validi nel caso in cui si aderisca all'opinione qui

¹⁶⁶ Naturalmente non è comunque ammissibile una moltiplicazione di responsabilità – *bis in idem* – a danno della banca, per principio consolidato.

¹⁶⁷ B. INZITARI, *op. ult. cit.*

¹⁶⁸ F. ANELLI, *La responsabilità risarcitoria della banca per illeciti connessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. Banc. Merc. Fin.* 1998, p. 154-155; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *La responsabilità della banca per “concessione abusiva del credito”*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2002, 5. p. 1081 ss.; A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*, cit.; più in particolare sul punto: G. TARANTINO, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore all'azione risarcitoria*, in *Riv. Dir. Comm.* 2003, 2, p. 190 ss.; M. ROBLES, *Erogazione “abusiva” di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovenuto*, cit., p. 278 ss.

¹⁶⁹ Principalmente in Cass. S.U. 28 marzo 2006 nn. 7029, 7030 e 7031, su cui *infra*, in questo Capitolo, al Paragrafo 5.

¹⁷⁰ Più diffusamente esposti in questo Capitolo, al Par. 3.

esposta¹⁷¹, per cui il finanziamento abusivo configurerebbe una lesione diretta al patrimonio dell'impresa. Se così è, infatti, il danno è patito direttamente dall'imprenditore: l'azione risarcitoria dovrebbe essere esperita direttamente dalla società (o dall'imprenditore persona fisica), che ha patito direttamente il *vulnus*. In sua vece, l'azione per il risarcimento del danno in sede fallimentare sarà invece logicamente esperita dal curatore, il quale *“ha l'amministrazione del patrimonio fallimentare”* ex art. 31 co. 1 l.fall.

L'azione non riguarda in via immediata i creditori sociali: questi naturalmente beneficerebbero dell'incremento dell'attivo fallimentare derivante dal vittorioso esperimento dell'azione ex art. 2043 c.c. da parte della società, poiché potranno soddisfarsi su un patrimonio accresciuto dal risarcimento. Questo però è un beneficio indiretto: non sono i creditori i titolari dell'azione, bensì l'imprenditore, e quindi, in sede fallimentare, il curatore.

*“Appare, in conclusione, necessario distinguere tra il pregiudizio che colpisce la singola sfera individuale di ciascun creditore e quella tipologia di pregiudizio che ha una dimensione di danno del tutto diversa, in quanto si presenta caratterizzata dal fatto di risultare uniforme e generalizzata per tutti i terzi che per il fatto di aver contrattato con il debitore sono divenuti creditori danneggiati [...]. Mentre, infatti, per quanto concerne il pregiudizio subito dal singolo creditore si tratterà di dimostrare un danno specifico, peculiare nella dimensione e nella qualità, rispetto a quello subito da ciascuno degli altri creditori. Nell'azione aquiliana che viene fatta valere nel fallimento, al contrario, ciò che conta è una dimensione di danno che investe indistintamente qualsiasi creditore, in una dimensione diversa, vale a dire non specifica ma piuttosto, come abbiamo detto, generalizzata e uniforme.”*¹⁷²

L'indagine svolta sulla legittimazione del curatore fallimentare può portare a una riflessione ulteriore. Pare che il discrimine tra l'azione risarcitoria per concessione abusiva del credito, ove si lamenta la lesione della libertà contrattuale dei terzi, e l'azione diretta a far valere la lesione dell'integrità del patrimonio sociale possa individuarsi nell'affidamento.

Nel primo caso, infatti, non vi è dubbio che l'elemento centrale della fattispecie, per come ricostruita in dottrina e in giurisprudenza¹⁷³, sia la sussistenza di un'apparenza, generata dal comportamento della banca sul mercato. Tale apparenza riguarda la solvibilità e il merito dell'impresa finanziata, e induce un (legittimo) affidamento nei terzi (creditori anteriori o successivi) – i quali, riponendo fiducia nel vaglio effettuato dalla banca sul merito del credito, investono o continuano a intessere rapporti con l'insolvente.

¹⁷¹ Primariamente elaborata da B. INZITARI, nelle opere più volte citate.

¹⁷² B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit.

¹⁷³ Negli autori e nelle massime citate – sul punto cfr. il precedente paragrafo 3 di questo Capitolo.

Si è detto che la lesione è alla libertà contrattuale: i creditori anteriori, infatti, proprio in forza del comportamento della banca (e da questo rassicurati), non utilizzano gli strumenti giuridici che hanno a disposizione per proteggere il loro credito e per ottenere il fallimento dell'insolvente. D'altro lato i creditori successivi sono incentivati ad investire nell'impresa insolvente: senza il finanziamento della banca non avrebbero stipulato il loro contratto. Emerge chiaramente il ruolo giocato dal principio dell'affidamento nella ricostruzione di questa manifestazione dell'illecito. La dottrina più accorta rileva che, nella prova del nesso di causalità, occorrerà ai singoli creditori provare la natura e la legittimità del proprio affidamento¹⁷⁴.

Diversamente, se si guarda al danno direttamente subito dal patrimonio dell'impresa, l'affidamento non ha alcun ruolo, perché, come detto, i terzi creditori non sono i titolari diretti dell'azione¹⁷⁵. L'azione, secondo la ricostruzione dogmatica che qui si sta discutendo, spetterebbe (all'imprenditore e dopo il fallimento) al curatore fallimentare. Questi ha diritto di esercitare l'azione risarcitoria, perché all'interno della prova del nesso di causalità non occorre addurre e dimostrare l'esistenza, l'entità e la legittimità dell'affidamento di ciascuno dei creditori, ma solo l'esistenza del finanziamento e lo stato di insolvenza irreversibile.

L'opinione da ultimo commentata, che individua nel finanziamento abusivo un danno diretto all'impresa, azionabile da parte del curatore fallimentare, permetterebbe una corretta sanzione delle condotte abusive della banca, e una migliore tutela del ceto creditorio.

Naturalmente l'Autore¹⁷⁶ cui si deve questa tesi ricorda che non si possono cumulare i benefici derivanti dall'azione diretta effettuata dal singolo creditore per concessione abusiva del credito e quelli derivanti dal risarcimento del danno patito dall'imprenditore a causa del finanziamento abusivo.

Sussistono però un numero di criticità concernenti l'opinione discussa in questo Paragrafo, alcune delle quali non paiono sormontabili.

E' invero superabile la critica di quella (vasta) parte della dottrina che non riconosce un'autonoma dignità all'integrità patrimoniale quale interesse da proteggersi ex art. 2043 c.c. – lo si è più volte detto in queste pagine.

La suggestiva soluzione manifesta alcuni vizi, che potremmo definire incoerenze sul piano logico-sistematico.

¹⁷⁴ Sul tema dell'affidamento, *amplius supra*, in questo Capitolo, Par. 3.

¹⁷⁵ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 154 – l'Autrice giunge alla stessa conclusione sul ruolo dell'affidamento, pur aderendo all'idea, anzi confutata, per cui l'interesse leso sarebbe la garanzia patrimoniale generica dei creditori.

¹⁷⁶ B. INZITARI, *op. ult. cit.*

Si è affermato che il finanziamento concesso dalla banca causa un danno all'impresa, e che quindi l'imprenditore, o meglio il curatore (che è semplicemente un amministratore dei beni aziendali durante il periodo del procedimento fallimentare) può ottenere risarcimento tale lesione del patrimonio. Ciò permette ai creditori di beneficiare, in via indiretta, di un accresciuto attivo fallimentare.

Qui una prima incoerenza: tra i creditori dell'impresa insolvente c'è anche la banca che ha operato il finanziamento. Il risarcimento che il finanziatore pagherebbe all'impresa fallita tornerebbe, così, almeno parzialmente a suo vantaggio: la banca, in veste di creditore (spesso privilegiato) si soddisferebbe, insieme o prima degli altri creditori (realmente danneggiati) sullo stesso denaro che ha dovuto essa stessa pagare ex art. 2043 c.c. Si ricorda anche nella dottrina meno recente che *“alla massa di regola partecipa, in quanto creditore, la stessa banca cui si imputa il comportamento lesivo”*¹⁷⁷.

L'effetto dell'azione risarcitoria, che indirettamente beneficia il danneggiante, è certamente stravagante: è certamente inefficiente questo doppio passaggio di ricchezza, che potrebbe non garantire ai creditori realmente danneggiati un completo ristoro della loro posizione. Però non credo si possa affermare che tale ragione sia da sola sufficiente a confutare l'opinione qui esposta. Non è infatti violato alcun principio sostanziale o procedurale: un creditore deve risarcire l'impresa fallita, e ciò comporta un incremento dell'attivo fallimentare sul quale si soddisferà anche il creditore stesso. Si può, al più, sostenere, che si tratta di una soluzione poco soddisfacente, soprattutto in tutti i casi in cui la banca gode di un privilegio che resiste alle azioni del fallimento, e che la porta a soddisfarsi per prima sull'attivo fallimentare (e così anche sul proprio stesso risarcimento).

Una seconda incongruenza è però probabilmente insuperabile. E' noto che il finanziamento non è un atto unilaterale, o un comportamento materiale, bensì un contratto. Fondamento del contratto è il concorso delle volontà delle parti, le quali convengono in autonomia il contenuto dell'accordo. Il finanziatore non può prescindere dal consenso dell'imprenditore per erogare il credito, e anzi, quasi sempre, la richiesta di credito deriva dal soggetto finanziato.

Ecco il cuore del problema: la responsabilità della banca discenderebbe dalla lesione del patrimonio dell'insolvente, ma questa lesione a sua volta dipende da un contratto, convenuto liberamente dall'impresa (presunta danneggiata) con la banca.

Il danno avviene dunque per effetto di un atto voluto, e anzi spesso richiesto, dal danneggiato stesso: il finanziamento¹⁷⁸. Di qui si deve riconoscere che l'imprenditore non ha diritto ad essere

¹⁷⁷ A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., p. 344.

¹⁷⁸ F. DI MARZIO, *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 151 ss.: l'impresa *“quale controparte della banca finanziatrice, piuttosto che essere fuorviata dalla*

risarcito per i danni allo stesso causati dal contratto, nei limiti in cui questo sia valido¹⁷⁹.

L'incoerenza qui denunciata non pare superabile neanche mediante il ricorso alle teorie della dottrina fallimentarista in merito alla posizione del curatore fallimentare rispetto agli atti del fallito anteriori al fallimento¹⁸⁰: è vero che il curatore fallimentare talora è considerato terzo, quando rappresenta gli interessi della massa dei creditori, ed altre volte è considerato parte del giudizio, in quanto esercita i diritti e le azioni del fallito. E' altrettanto vero, ed anzi discende da quanto affermato, che la qualifica processuale di "terzo" si ha solo quando il curatore agisce in protezione dei creditori. In questo caso il fondamento dell'azione è invece una lesione diretta al patrimonio dell'impresa da parte della banca. I creditori beneficerebbero solo in via indiretta dell'esito positivo dell'azione, e non si può quindi affermare che il curatore agisca (nella veste di terzo) in loro protezione – come accadrebbe nel caso di un'azione revocatoria fallimentare.

La dottrina ripete che il curatore "*si sostituisce al debitore fallito e si colloca nella sua stessa posizione*" tra l'altro "*quando fa valere contro un terzo pretese creditorie*"¹⁸¹ (anche extracontrattuali). Se si ammettesse un danno al patrimonio dell'impresa, il diritto al risarcimento del danno sarebbe da qualificarsi come un diritto rinvenuto nel patrimonio dell'impresa insolvente, ed esercitato ex art. 43 l.fall. Proprio per le considerazioni anzi svolte, sembra incongruente e scorretto

opacizzazione del mercato prodotta dalla abusiva concessione di credito, è mossa nella sua azione proprio dall'intento di ottenere quell'effetto, al fine di scongiurare o ritardare il fallimento. L'impresa, insomma, è coautrice dell'accordo abusivo secondo lo schema relazionale designato (a vari effetti) negli artt. 1344, 1345 o 2901 c.c.". Conforme M. ROBLES, *Erogazione "abusiva" di credito*, cit., p. 281.

¹⁷⁹ Non paiono risolutive le difese espresse da P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, p. 655 ss., il quale afferma " (...) la circostanza che la concessione del credito sia stata richiesta dallo stesso imprenditore non esclude la possibilità di azioni risarcitorie nei confronti delle banche. Il ricorso al credito in assenza dei relativi presupposti costituisce infatti violazione del dovere di diligenza degli amministratori e non esclude, pertanto, la responsabilità delle banche che hanno cooperato con l'imprenditore (o con gli amministratori nella realizzazione del comportamento illecito). La richiesta dell'imprenditore volta ad ottenere la concessione del credito ha il mero ruolo di invito alla banca ad esaminare la propria situazione e ad concedere il credito e l'erogazione del finanziamento avviene in virtù di un'autonoma attività della banca secondo un procedimento tipizzato (istruttoria, delibera, verifica nel tempo delle condizioni patrimoniali del soggetto finanziato) e costituisce il risultato di una valutazione di carattere economico e giuridico vincolata a precisi parametri; ne consegue che la richiesta dell'imprenditore non può costituire evento idoneo ad influenzare sul piano eziologico la produzione del danno.

Alla luce di tali rilievi si comprende come, in linea di principio, la circostanza che l'erogazione del credito avvenga in seguito ad una domanda dell'imprenditore non precluda la possibilità che gli organi delle procedure possano agire per i danni determinati dalla concessione del credito al patrimonio dell'impresa fallita".

Non solo, come si dirà a breve, l'opinione in esame è rifiutata dalle Sezioni Unite di Cassazione, ma pare viziata da una precomprensione: il contratto di finanziamento, per quanto predisposto dalla banca, e concluso solo all'esito di uno scrutinio di merito, non fa venir meno il requisito fondamentale dell'accordo delle parti ex art. 1325 c.c. Dalla pagina qui riportata sembra che l'Autore immagini il contratto bancario come uno schema negoziale del tutto autonomo rispetto al contratto, che non si conclude con l'incontro di proposta e accettazione ma con un "invito" cui segue un esame della condizione economica dell'invitante e "un'autonoma attività della banca" (sic!) dalla quale derivano gli effetti giuridici – quasi si trattasse di due negozi unilaterali e paralleli. La ricostruzione, che può avere un qualche fascino, non si accorda con i principi di diritto civile all'oggi condivisi e codicisticamente recepiti.

¹⁸⁰ Sul punto L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 112

¹⁸¹ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 112

parlare di un danno al patrimonio dell'impresa cagionato da un contratto convenuto e voluto dall'imprenditore stesso. Ciò almeno nel senso e nelle modalità proposte sin d'ora dalla dottrina¹⁸².

Svolte, in questi ultimi due paragrafi, le argomentazioni a sostegno e a critica dei due orientamenti dottrinali più condivisi dalla letteratura giuridica, occorre approfondire i riscontri giurisprudenziali sul tema, i quali, si preannuncia, sono per lo più conformi alle (insoddisfacenti¹⁸³) conclusioni cui si è giunti sin d'ora.

4.6 LA PLURIOFFENSIVITÀ' DELL'ILLECITO NELLA GIURISPRUDENZA

La giurisprudenza si è interessata al tema della concessione abusiva di credito a partire dall'inizio degli anni Novanta del Secolo scorso. Lentamente le idee della dottrina sono penetrate nelle motivazioni dei giudici, e, come si vedrà in questa breve sintesi, sono giunte a toccare quasi tutti i punti salienti del complesso problema del finanziamento abusivo.

La prima sentenza di Cassazione che tematizza la concessione abusiva del credito è la n. 343 del 13 gennaio 1993¹⁸⁴. Essa è stata, a ragione, definita dalla dottrina come "falso precedente"¹⁸⁵: la fattispecie riguardava infatti il comportamento di una banca delegata all'incasso di assegni emessi allo scoperto; era addotta la sua responsabilità per i danni discendenti dalla mancata comunicazione di informazioni necessarie alla banca mandataria (obbligo di informazione discendente dallo status della banca stessa) e dalla conseguente impossibilità, per quest'ultima, di recedere dai rapporti con l'insolvente.

Nonostante si possa facilmente intendere che il tema del finanziamento abusivo è, nella fattispecie, marginale¹⁸⁶ se non del tutto assente¹⁸⁷, i giudici di legittimità hanno dettato un primo numero di regole e presupposti per la configurazione dell'illecito. Si è detto infatti che "*l'abusiva concessione del credito può integrare una probabile lesione e dell'equilibrio del sistema, e dei terzi*", così implicitamente confermando le riflessioni che si sono anzitempo svolte sulla differenza tra violazione della normativa bancaria interna (principi di sana e prudente gestione) e danno

¹⁸² B. INZITARI, op. ult. cit.

¹⁸³ Si è già detto, e si ripeterà in chiusura di questo Capitolo, che privare il curatore fallimentare della legittimazione ad un'azione contro la banca finanziatrice equivale a minimizzare il valore e l'incidenza dell'illecito della banca, almeno sotto il profilo pratico e operativo.

¹⁸⁴ Testo integrale in www.ilcaso.it

¹⁸⁵ V. ROPPO, *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Fall.*, 1996, p. 876 ss.

¹⁸⁶ G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, Torino, 2005, p. 251.

¹⁸⁷ V. ROPPO, op. ult. cit.

extracontrattuale¹⁸⁸. Secondo la pronunzia, la colpa extracontrattuale si sostanzierebbe “nell’omissione della gamma di cautele imposte alle aziende che esercitano il credito” e quindi “nella violazione dei doveri gravanti sul soggetto “banca” a causa del proprio status”. Si è già detto¹⁸⁹ che, in questo come in altri casi, la giurisprudenza ricorre al termine “status” senza realmente voler aderire alle tesi che configurano una particolare ipotesi di responsabilità contrattuale. Il richiamo agli standard di diligenza e ai doveri imposti dalle norme di settore sono diretti, invero, a favorire il vaglio sull’elemento soggettivo della colpa.

Più di recente il Tribunale di Foggia (12 dicembre 2000 e 7 maggio 2002)¹⁹⁰, tra i primi richiesti di pronunziarsi sul tema della concessione abusiva del credito, ha due volte affermato la competenza del curatore fallimentare all’azione, definendo l’illecito come fondato sul “ritardo nella pronunzia di fallimento per effetto di tale finanziamento” causativo di un danno “per la platea dei creditori diversi da quelli bancari”¹⁹¹.

Si deve notare che nella sentenza non viene data enfasi al ruolo dell’affidamento dei terzi ingenerato dalla condotta della banca¹⁹², bensì si desume una lesione del principio della “par condicio” – azionabile direttamente dal curatore.

Entrambe le pronunzie sono state smentite nei successivi gradi del giudizio, ma una cosa certamente è utile trattenere: non può affermarsi la natura di azione di massa se si dà profondo rilievo all’apparenza che ha ingannato i creditori. Guardando all’affidamento, come si è detto, subentrano differenziazioni all’interno del ceto creditorio, che smentiscono la vocazione universale e concorsuale dell’azione.

Proprio la prima sentenza di Foggia dà luogo ad un regolamento di competenza, ove la Cassazione, con ordinanza n. 12368 del 9 ottobre 2001¹⁹³, *obiter dictum*, confuta le argomentazioni spese dal tribunale sulla legittimazione del curatore: “l’azione in discorso non può essere definitiva come «azione di massa» già solo per la considerazione che il danneggiato dall’abusiva concessione del credito non può, in via generale e di principio e in relazione alla struttura dell’illecito in questione, identificarsi con la totalità dei creditori, ossia con il ceto creditorio della procedura concorsuale (del quale, come la dottrina sul tema ha rilevato, è partecipe, di regola, anche, in

¹⁸⁸ Sul punto si confronti, nella Prima Sezione, quanto detto nel Capitolo II.

¹⁸⁹ Capitolo II Par. 4

¹⁹⁰ Trib. Foggia 12 dicembre 2000 in *Dir. Banca e mercato fin.*, 2002, 1, p. 260 con nota di NIGRO (Fallimento Casillo Grani) e Trib. Foggia 7 maggio 2002 in *Fallimento* 2002, p. 1166 con nota di LO CASCIO (Fallimento Italsemole).

¹⁹¹ Trib. Foggia 7 maggio 2002, cit.

¹⁹² Se non in minima parte nella sentenza del 2000, ove si dimostra il danno dei creditori successivi al finanziamento, in seconda battuta, sostenendo che gli stessi sono stati “tratti in inganno dall’apparente solvibilità” della società finanziata. Il punto non sembra però centrale nello svolgimento dell’argomentazione.

¹⁹³ Testo integrale in www.ilcaso.it

quanto creditore, quel banchiere al quale viene imputato e addebitato il comportamento lesivo, ossia l'abuso nella concessione del credito) ma si identifica, invece, con ciascuno dei creditori rispetto ai quali tutte le componenti dell'illecito saranno da verificare.”

Riordinando le affermazioni della prima Cassazione che si pronunzia effettivamente sul tema della concessione abusiva di credito, si deve quindi ricordare: 1) il danno – in virtù della stessa struttura dell'illecito – è al singolo creditore e non alla massa; 2) è dunque necessario che ciascun creditore dimostri gli elementi costitutivi di cui all'art. 2043 c.c.; 3) non si può parlare di azione di massa (anche) perché all'interno della massa dei creditori c'è spesso la stessa banca finanziatrice/danneggiante¹⁹⁴. Tali affermazioni sono tutte confermate in una successiva pronunzia di Cassazione (19 settembre 2003 n. 13934)¹⁹⁵ – ancora un regolamento di competenza discendente dal Tribunale di Foggia.

La Corte d'Appello di Bari (17 giugno 2002)¹⁹⁶ richiesta di valutare l'impugnativa della pronunzia del Tribunale di Foggia del 2000, aderisce sostanzialmente alle affermazioni riportate dalla Cassazione n. 12368 del 9 ottobre 2001. Si leggono però in sentenza alcuni punti interessanti. Anzitutto è confutato il principio per cui il danno discenderebbe dalla pronunzia di fallimento: si conferma quanto più volte affermato in queste pagine, cioè che il danno discende in via diretta dal finanziamento abusivo, ed è quindi risarcibile a prescindere dal momento in cui intervenga il fallimento: il singolo creditore potrebbe agire per la lesione della sua libertà contrattuale anche prima dell'apertura della procedura fallimentare.

La Corte, inoltre, nega che si possa richiamare l'art. 2394 (oggi 2394 e 2394 bis) c.c. per giustificare la competenza del curatore fallimentare, anzi afferma che l'azione per concessione abusiva del credito è piuttosto assimilabile a quella di cui all'art. 2395 c.c., per cui (a prescindere dalle azioni di massa) *“le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposo o dolosi degli amministratori”*. Si tratta, quindi, di una legittimazione singolare e distinta per ciascuno dei creditori: per la dottrina (e la sentenza in esame) l'azione di cui all'art. 2395 non è infatti inclusa nel richiamo di cui all'art. 146 co. 2 l.fall.

¹⁹⁴ Il punto si è trattato più estesamente nel precedente Par. 4 di questo Capitolo.

¹⁹⁵ Cass. 19 settembre 2003 n. 13934, in *Dir. Banca e Mercato Fin.*, 2004, p. 291 (ancora su Fallimento Casillo, ma questa volta concernente la società Casillo Grani). Si legge nella corpo dell'ordinanza di Cassazione una pregevole ricostruzione dell'illecito in esame, nell'ottica dell'affidamento e della lesione della libertà contrattuale: *“la concessione abusiva di credito - che è al fondamento della domanda risarcitoria - si sostanzia in finanziamenti concessi alla C. G. dagli istituti resistenti in una situazione di conoscenza o conoscibilità dello stato di insolvenza della finanziata: illegittima attività di sostegno finanziario che avrebbe ingenerato negli operatori di mercato l'errata convinzione della solvibilità della C. G., inducendoli a stipulare con la fallita dei negozi, che non sarebbero stati conclusi se la fallita non fosse stata artificiosamente sostenuta finanziariamente.”*

¹⁹⁶ App. Bari, 17 giugno 2002, cit., in *Riv. Dir. Comm.* 2003, 2, p. 171 con nota di TARANTINO.

Viene anche, in questo secondo grado, affermato dalla difesa della parte appellata che “*il diritto leso consiste nell’aver gli istituti bancari impedito alla fallita società di svolgere le azioni revocatorie*”. Tale ipotesi viene dichiarata inammissibile, in quanto domanda nuova. Si noti però che questa prospettazione (di un danno alla libertà contrattuale non dei creditori ma della stessa impresa finanziata) dovrebbe essere rigettata anche nel merito, poiché ricade nello stesso vizio che si contesta alla ricostruzione per cui sussisterebbe una lesione diretta del patrimonio dell’impresa. Non è ammesso che il finanziato lamenti i danni discendenti da un contratto (valido) che egli stesso ha volontariamente stipulato.

La Corte d’Appello conclude smentendo la pronuncia del Tribunale di Foggia e negando la legittimazione del curatore fallimentare.

Un ulteriore regolamento di competenza concernente il fallimento Casillo porta la Cassazione (27 febbraio 2004 n. 4112)¹⁹⁷ ad un’affermazione diversa da quelle più volte ripercorse: si afferma che l’aggravamento dell’insolvenza “*si realizza nel luogo dove è la sede dell’impresa, intesa come il luogo di svolgimento della sua attività economica e come il centro dei suoi rapporti economici e giuridici, che è dunque il luogo in cui producono concreti effetti dannosi la protrazione abusiva del credito bancario, l’artificiosa tenuta in vita dell’impresa e il conseguente ritardo nella dichiarazione di fallimento del debitore. Quest’ultimo fatto è da ritenere già di per sé pregiudizievole rispetto alla garanzia costituita dalla consistenza del patrimonio del debitore e alla conservazione della par condicio creditorum*”. Si afferma che il danno è ravvisato “*prima di tutto*” nella diminuzione della garanzia patrimoniale generica del debitore/finanziato. Sembra qui ripercorrersi l’orientamento¹⁹⁸ per il quale l’illecito colpisce i creditori nel loro (presunto) diritto all’integrità patrimoniale del debitore, ai sensi dell’art. 2740 c.c.

In quegli stessi anni si è pronunciato anche il Tribunale di Milano (9 e 21 maggio 2001¹⁹⁹). Le sentenze tematizzano sia l’affidamento riposto dai creditori sulla solvibilità dell’impresa, discendente dal comportamento della banca, sia l’ipotesi di un danno diretto al patrimonio della società.

Quanto al primo punto si è affermato che, proprio in virtù della differenziazione tra le posizioni soggettive dei singoli creditori danneggiati, discendenti dal diverso affidamento riposto nella solvenza del finanziato, non vi è legittimazione attiva del curatore fallimentare. Non giova il richiamo all’art. 2394 c.c. (oggi 2394 e 2394 bis c.c.), che è norma eccezionale e non regola generale

¹⁹⁷ Cass. 27 febbraio 2004 n. 4112, in *Giust. Civ. Mass.* 2004, p. 2

¹⁹⁸ Criticato, alla luce della dottrina in tema di danno ingiusto e irrisarcibilità della lesione all’integrità patrimoniale in quanto tale, nel precedente Paragrafo 4.

¹⁹⁹ Trib. Milano, 9 maggio 2001, in *Corriere Giur.* 2001, p. 1643 con nota ROLFI, Trib. Milano, 21 maggio 2001, in *Dir. Banca e Mercato Fin.*, 2002, 1, 259, con nota di NIGRO (Fallimento La Vitimec srl)

che garantisce una rappresentanza del curatore per tutte le azioni di danno ai creditori sociali²⁰⁰. Si afferma anche che (al di fuori dell'azione revocatoria) il sistema non riconosce la possibilità per il curatore di far valere in nome dei creditori del fallimento la responsabilità di terzi.²⁰¹

Quanto al secondo punto, la sentenza afferma “[...] *va subito chiarito che non risulta che nella presente causa la parte attrice abbia fatto valere proprie ragioni di danno nei confronti della convenuta, che è pacifico che i finanziamenti erogati dalla banca, di cui si censura l'eccessiva ed anomala concessione di credito, vennero chiesti dalla società poi fallita, che non si pongono questioni relativamente al rapporto banca-cliente ed all'entità del saldo alla chiusura di tale rapporto, che, del resto, le ragioni creditorie vantate dalla banca nei confronti della società fallita risultano essere state riconosciute con l'ammissione al passivo del fallimento per un importo di oltre 10 miliardi. Quantunque possa apparire suggestiva l'immagine (diffusamente descritta nella comparsa conclusionale attrice) di un soggetto alimentato a dismisura sino al punto di rottura, va escluso che in causa si controverta del danno risentito dal soggetto eccessivamente alimentato [...]. Insomma, nel caso di specie, non si tratta tanto del rischio di una duplicazione delle ragioni di danno (contemporaneamente in capo alla società fallita ed ai suoi creditori) né di una altrimenti invocabile ipotesi di solidarietà dal lato attivo, quanto, piuttosto, della titolarità del danno che si assume cagionato dalla banca convenuta*”. Si sottolinea, per la prima volta, l'incongruenza anzi ampiamente discussa: non è ammissibile l'affermazione di un danno al patrimonio della società, in quanto la società stessa ha convenuto e richiesto il finanziamento abusivo (che, per altro, è una delle principali voci del passivo fallimentare).

La Corte d'Appello di Milano (11 maggio 2004)²⁰², analizzando il ricorso contro la pronunzia di primo grado, ripercorre le affermazioni del tribunale e le sue conclusioni, e in particolare rigetta nuovamente la prospettazione di un danno all'impresa discendente dal finanziamento il quale (nota la Corte) è richiesto e ottenuto, e non “*subito per imposizione*”. Ricorda anche, in assonanza con la Corte d'Appello di Bari del 2002, che l'art. 146 co. 2 l.fall. non ricomprende l'azione di responsabilità ex art. 2395 c.c. contro gli amministratori per i danni direttamente arrecati al singolo creditore – di qui, analogicamente, la mancanza di legittimazione attiva anche nel caso di danno ai creditori per concessione abusiva di credito.

²⁰⁰ Nella pronunzia del Tribunale di Milano del 21 maggio 2001 anzi citata si legge che il singolo creditore è “*chiamato a dimostrare di aver fatto incolpevole affidamento sull'apparente situazione di floridità della società; a tale ultimo requisito, in una con l'esigenza di individuare in concreto il danno risarcibile, ha poi indotto una parte della dottrina a distinguere la posizione dei terzi che sono divenuti creditori prima della censurata concessione abusiva di credito da quelli che lo sono divenuti in un momento successivo*”.

²⁰¹ Trib. di Milano, 9 maggio 2001, cit.

²⁰² App. Milano, 11 maggio 2004, in *B.B.T.C.*, 2004, 2, p. 643 con nota di VISCUSI.

Sul tema è intervenuto anche il Tribunale di Monza, in data 14 febbraio 2002²⁰³. La sentenza anzi tutto conferma un'opinione qui espressa nel Secondo Capitolo della Prima Sezione: non sono solo le banche a finanziare le imprese, e dunque non è solo di responsabilità della banca che si deve parlare: anche gli intermediari di cui all'art. 106 e 107 T.U.B. possono essere, al ricorrere dei presupposti anzi discussi, chiamati a rispondere dei loro finanziamenti.²⁰⁴

La sentenza inoltre offre una lettura politica interessante del rapporto tra azione revocatoria e azioni risarcitorie, sostenendo che, quando si depotenzia la prima, gli interpreti non possono che rivolgersi alle seconde per ottenere, sotto un profilo gius-economico, risultati analoghi – previsione che in effetti, con la riforma della legge fallimentare, si è verificata²⁰⁵.

Decisive sono poi le pronunzie delle Sezioni Unite di Cassazione (n. 7029, 7030 e 7031 del 28 marzo 2006)²⁰⁶. Ivi si leggono diverse affermazioni già condivise dalla giurisprudenza (e dalla dottrina) maggioritarie, ma anche spunti di riflessione ulteriori e preziosi per l'evoluzione successiva degli studi sul finanziamento abusivo.

Anzitutto è affermato che il danno in esame ha natura aquiliana – così apertamente rifiutando le costruzioni dottrinali in tema di responsabilità da status, o responsabilità da contatto sociale.

Inoltre si dice che l'artificiosa prosecuzione dell'attività sociale non è evento scollegato dalla “*produzione della falsa opinione del mercato*”: il primo evento è presupposto del secondo. Si condivide quindi, *in nuce*, il principio, più volte discusso, per cui il credito genera nel mercato la convinzione che il finanziato sia solvente²⁰⁷.

La corte rigetta la richiesta di risarcimento fondata sul danno al patrimonio della società, in quanto dedotto ex novo in sede di legittimità, e dunque inammissibile. Ma sul punto offre comunque

²⁰³ Trib. Monza, 14 febbraio 2002, in *Giur. Comm.*, 2004, 2, p. 335 con nota di BENEDETTO (Fallimento FOGEST).

²⁰⁴ Afferma la sentenza: “È facile mettere in evidenza allora come l'appoggiarsi sull'ordinamento “sezionale” bancario (o su quello parallelo previsto per i servizi d'investimento, laddove spesso l'espletamento dell'attività primaria porta gli operatori a finanziare i clienti od il mercato: art. 5 e 6 t.u. fin.) rischia di estromettere dalla repressione attraverso la responsabilità civile in primo luogo i soggetti che siano anche fortuitamente al corrente delle condizioni del debitore (in quanto in possesso di informazioni “private”), e secondariamente quei soggetti, organizzati in forma imprenditoriale addirittura con specializzazione esclusiva, che erogino professionalmente, al pari delle banche, il credito; infatti costoro non sono necessariamente sottoposti al modello di vigilanza “prudenziale” ispirato al “tipo” bancario, ma solo e soltanto là dove le dimensioni patrimoniali da essi raggiunte lo impongano (art. 107 t.u. banc.), laddove la mera concessione professionale di finanziamenti è per il resto assoggettata a controlli più blandi, di natura prevalentemente pubblicitaria (artt. 106- 113 t.u. banc.).”

²⁰⁵ Sent. Cit.: “È inutile aggiungere che qualora fossero accolte le istanze di riforma della l.f. tese proprio a depotenziare la revocatoria dei pagamenti, in specie nei rapporti bancari, senza nulla aggiungere di costruttivo sul piano della prevenzione dei comportamenti “opportunistici” dell'operatore bancario, grave sarebbe la compromissione della funzione di prevenzione e contenimento dell'insolvenza nel nostro sistema, che già appare per i suesposti motivi economici carente di altre forme private efficienti di monitoraggio. [...] È evidente che se venisse meno o fosse resa inefficiente la funzione preventiva insita nella revocatoria, il sistema non potrebbe che reagire aumentando l'aggressività dell'apparato risarcitorio.”

²⁰⁶ Cass. S.U. 28 marzo 2006 n. 7029, 7030 e 7031, in *Riv. Dir. Comm.* 2006, 1/2/3, II, p. 1 (7029 Fallimento Italsemole; 7030 Fallimento Casillo Silos; 7031 Fallimento Casillo Grani).

²⁰⁷ G. BONELLI, *op. e loc. ult. cit.*

delle importanti riflessioni: l'impresa *“partecipò al contratto che dette luogo all'abusiva concessione di credito”* e per questo non può affermarsi il sorgere, in forza di tale contratto, di un credito risarcitorio in capo alla stessa. Né, afferma la Cassazione, potrebbe parlarsi di compensazione di colpe ex art. 1227 c.c., poiché in questo caso entrambe le parti hanno dato luogo consensualmente al medesimo illecito – non si tratta di due distinte condotte. Altra ragione addotta dalla Corte, e qui parzialmente condivisa²⁰⁸, risiede nel fatto che la banca, presunta danneggiante, facendo parte della massa dei creditori, godrebbe (in parte) dello stesso risarcimento che è tenuta a corrispondere all'attivo fallimentare in ragione del finanziamento abusivo.

Con riferimento alla legittimazione del curatore fallimentare, i giudici sostengono che il curatore non vanti un potere di rappresentanza generale dei creditori. Al contrario affermano che la funzione del curatore è diretta a conservare il patrimonio del debitore attraverso l'esercizio delle azioni di massa – ma che la sua legittimazione ad agire (sostitutiva dei singoli creditori) non sussiste *“in presenza di azioni esercitabili individualmente”*. Il punto è stato criticato dalla dottrina²⁰⁹, che ha notato l'incongruenza di queste affermazioni rispetto all'azione revocatoria (che è azione individuale al di fuori del fallimento) e che ha piuttosto affermato che la legittimazione del curatore non si spinge a coprire le azioni risarcitorie a vantaggio dei creditori del fallito (come dimostrato dall'art. 2395 c.c.).

Conclude comunque correttamente la corte, negando la natura di azione di massa: *“L'azione di massa è caratterizzata dal carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del suo esito positivo. Essa nell'immediato perviene all'effetto di aumentare la massa attiva, quali che possano essere i limiti quantitativi entro i quali i creditori se ne avvantaggeranno. Essa tende direttamente alla reintegrazione del patrimonio del debitore, inteso come sua garanzia generica e comunque esso sarà suddiviso attraverso il riparto”*. Viceversa, l'azione per concessione abusiva del credito ha la funzione di reintegrare il patrimonio del singolo creditore da un danno specialmente e singolarmente dallo stesso patito. Ciò è dimostrato affermando che sussiste una differenza – anche in riferimento alle prove da dedurre – tra creditori antecedenti e creditori successivi al finanziamento (a tutti però la corte sembra in teoria riconoscere diritto al risarcimento, seppur con basi diverse).

Le Sezioni Unite però lasciano aperte diverse soluzioni *obiter dictum*. La prima si legge quando nella sentenza è affermato che *“potrebbe, al più, ipotizzarsi una responsabilità di costoro (le banche)²¹⁰ per mala gestio”*. Ci si riferisce cioè alla prospettiva di un concorso nell'illecito civile compiuto dagli amministratori che hanno scorrettamente protratto l'attività sociale a danno dei

²⁰⁸ Cfr. Par. 3 di questo Capitolo.

²⁰⁹ L. BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, cit.; A. MARCINKIEWICZ, *La concessione abusiva di credito: nuove frontiere*, in *Fallimento*, 2011, 3, p. 305.

²¹⁰ Nota aggiunta.

creditori. D'altro lato si ritiene configurabile anche un possibile danno per le imprese concorrenti del finanziato, le quali possono essere lese dal fatto che l'insolvente ha continuato una concorrenza che altrimenti non avrebbe potuto porre in essere.

Di qui l'affermazione espressa, da parte della Corte, sulla "plurioffensività" dell'illecito: *"si deve dunque dedurre che l'effetto dannoso della attività illecita di cui si tratta non è di necessità e dunque esclusivamente la erronea percezione della solvibilità della impresa finanziata. Lo specifico effetto piuttosto è potenzialmente plurimo, e dipende dalla relazione giuridica con il terzo danneggiato. Situazione tutt'affatto estranea a quella caratterizzata dalla omogeneità delle azioni di massa."*

Prevedibilmente, la giurisprudenza successiva si è per lo più limitata a condividere ed applicare i principi espressi dalle Sezioni Unite²¹¹. Leggendo le pronunzie più recenti si possono notare però alcune affermazioni importanti ai nostri fini.

Il Tribunale di Monza (31 luglio 2007)²¹² afferma che l'apporto di capitale di credito all'impresa insolvente non è dannoso di per sé, ma fatto di per se stesso neutro: il danno discenderebbe piuttosto dall'uso scorretto del finanziamento – imputabile agli organi gestori²¹³: *"la concreta successiva utilizzazione di tali finanziamenti appare elemento estraneo alla erogazione di credito e non può essere addebitato (per il solo finanziamento) all'istituto erogante"*. In quest'ambito il Tribunale segue le opinioni della dottrina, a suo tempo criticata²¹⁴, senza dar peso al fatto che l'insolvenza di cui qui si discute è irreversibile, e dunque l'effetto dannoso del finanziamento è connaturato al fatto che l'impresa non può che distruggere ricchezza, e non vi è modo di far fruttare positivamente il credito erogato.

Il Tribunale di Piacenza (7 ottobre 2008)²¹⁵ accenna un interessante passaggio: quando sia dedotto un danno al patrimonio della società, esso ha come presupposto l'aggravamento del dissesto e non il fallimento. Da ciò desume che l'azione non può essere ritenuta "di massa" e derivante dal fallimento ex art. 24 l.fall.: verrebbe dunque meno la competenza del tribunale fallimentare.

La Corte di Cassazione (1 giugno 2010 n. 13413)²¹⁶ ha recentemente affrontato in ottica diversa il problema. Nel caso di specie gli amministratori della società e il direttore della filiale della banca che aveva erogato i finanziamenti erano stati condannati in giudizio penale per bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito. Si conclude allora: *"la circostanza che l'amministratore*

²¹¹ Così Cass. 13 giugno 2008 n. 16031 in *Giuda al Diritto*, 2008, 50, p. 112; Cass. 23 luglio 2010 n. 17284 in *Guida al Diritto*, 2010, 43, p. 76 ; Trib. Monza, 8 febbraio 2011 n. 317, in *Riv. dott. comm.*, 2011, p. 440.

²¹² Trib. Monza 31 luglio 2007, in *B.B.T.C.*, 2009, 3, p. 378 ss.

²¹³ F. DI MARZIO, *Sulla fattispecie "concessione abusiva del credito"*, in *B.B.T.C.*, 2009, 3, p. 382 ss.

²¹⁴ *Amplius* nel precedente Paragrafo 3.

²¹⁵ Trib. Piacenza, 7 ottobre 2008, in www.ilcaso.it.

²¹⁶ Cass. 1 giugno 2010 n. 13413, in *Giur. Comm.* 2011, 5, p. 1157 con nota di PINTO (Fallimento Vitimec srl).

della società fallita e il direttore della filiale della banca siano stati condannati per "concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito", vale ad integrare un'ipotesi di responsabilità dell'amministratore verso la società ex art. 2393 cod. civ. – che il curatore può far valere ai sensi della L. Fall., art. 146 – e di concorso nella stessa responsabilità della banca convenuta in relazione alla condotta del proprio funzionario. Costituisce, infatti, principio giurisprudenziale indiscusso quello secondo cui, sia in tema di responsabilità contrattuale che responsabilità extracontrattuale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi che regolano il nesso di causalità e il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento, che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo, configurandosi a carico dei responsabili del danno, un'obbligazione solidale”.

Si afferma dunque la sussistenza di una responsabilità della banca, ma non per concessione abusiva del credito (almeno, non nel senso classico del termine). Seguendo le suggestioni suggerite, in un inciso, dalle Sezioni Unite, in questo caso la Cassazione individua la sussistenza di un concorso della banca nell'illecito degli amministratori, che sarebbe perseguibile dal curatore fallimentare.

Non si ravvisa dunque un danno al patrimonio, né il curatore è considerato legittimato all'esercizio delle azioni risarcitorie per il danno patito dai singoli creditori, ma si fa strada una terza via: quella del concorso nell'illecito di cui all'art. 2393 c.c.

Una pronunzia del Tribunale di Rovereto (6 agosto 2012)²¹⁷ affronta problemi in parte nuovi e certamente interessanti. La sentenza anzitutto afferma che la responsabilità per concessione abusiva del credito non è un illecito proprio: non solo le banche, ma anche qualsiasi soggetto può astrattamente essere responsabile per finanziamento abusivo²¹⁸.

Il tribunale ritiene poi che anche il contratto di sale and lease back possa essere un finanziamento rilevante ai fini dell'illecito in esame, come si è detto nel Capitolo III.

Ulteriore importante affermazione è che lo stato di insolvenza rilevante ai fini della concessione abusiva del credito è quello del *default* irreversibile, e che tale stato non sussiste fintantoché c'è un socio disposto, anno per anno, a coprire le perdite con il proprio patrimonio personale. Si può riscontrare dunque conferma a due importanti affermazioni svolte in questo lavoro:

²¹⁷ Cit., reperibile anche in www.ilcaso.it

²¹⁸ Si afferma testualmente “*nel nostro sistema l'abusiva concessione di credito sia pur sempre una concreta applicazione della clausola generale di responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. e non un'ipotesi tipica di responsabilità, non la conseguenza che la normale riferibilità agli istituti di credito non configura un elemento costitutivo della fattispecie ed essa può trovare applicazione anche ai finanziatori professionali non qualificabili come istituti di credito*”.

la rilevanza della sola insolvenza irreversibile²¹⁹ e l'irrelevanza ai fini della concessione abusiva di credito degli apporti a titolo di capitale di rischio²²⁰.

Infine il tribunale afferma che, qualora il creditore sia anche società controllante del debitore insolvente, e quando vi sia un rapporto di trattativa che coinvolge la banca ed entrambe le società del gruppo, il fatto che il finanziamento sia stipulato solo tra la banca e la controllata non rende del tutto estranea la controllante dalla stipulazione. Non essendo considerabile sostanzialmente come soggetto terzo, nonostante il disposto dell'art. 1372 c.c., la società controllante non potrà affermare la concessione abusiva del credito da parte della banca²²¹.

Se nella sostanza il risultato cui perviene il tribunale risulta corretto, non ci si può esimere da una critica di merito: la ragione per cui la controllante non può ritenersi, nel caso, danneggiata non attiene al fatto che "non è terza" rispetto al contratto di finanziamento. Sotto un profilo giuridico la controllante è terza, eccome. La ragione per cui non può essere affermata responsabilità (come la stessa sentenza sostiene, ma in seconda battuta) è sostanziale: dato che la controllante conosceva esattamente la condizione economica della debitrice controllata, era cioè pienamente informata sullo stato di insolvenza, non può affermarsi la sussistenza di un legittimo affidamento, e dunque non si può richiedere la tutela per lesione della libertà contrattuale.

Essendo pienamente a conoscenza delle circostanze, la società non è stata indotta in errore dal finanziamento (avendolo addirittura essa stessa concertato). Non sussiste dunque alcun interesse meritevole di tutela dal lato della società controllante.

Vi sono in conclusione altre due affermazioni interessanti che si possono leggere in questa complessa pronunzia di merito:

- non è prospettabile che un soggetto possa incorrere in errore sul proprio stato di insolvenza per un finanziamento da lui stesso richiesto e concesso; anche qualora si volesse ritenere prospettabile un simile errore, il tribunale sostiene che esso sarebbe da qualificarsi come colpevole, con conseguente insussistenza del requisito dell'ingiustizia del danno;
- il tribunale riconosce la plurioffensività dell'illecito in esame – ma oltre alla lesione della libertà contrattuale non considera (come tradizionalmente) la lesione al patrimonio della società, bensì, in via diretta, l'ipotesi di concorso della banca in *mala gestio* degli organi sociali – recependo dunque perfettamente l'iter che dalle Sezioni Unite si riconduce alla

²¹⁹ Capitolo I Par. 4.

²²⁰ Capitolo III Par. 1 e 2.

²²¹ "Se pertanto un soggetto partecipa attivamente all'attività materiale che conduce al contratto, pur non assumendo formalmente la qualifica di parte contrattuale ai sensi dell'art. 1372 c.c., non può tuttavia, ai fini delle fattispecie di responsabilità extracontrattuale invocata, ritenersi soggetto estraneo all'attività stessa."

più recente Cassazione 13413 del 2010. Anche questo punto sarà oggetto di approfondimento nel prossimo capitolo.

Ultimo precedente rinvenuto in materia è una pronuncia del Tribunale di Pescara del 31 luglio 2014²²². Ivi si riscontra una sostanziale adesione alle pronunce delle Sezioni Unite, ma con alcuni interessanti affermazioni in diritto.

Quanto al ruolo della banca e al vaglio del merito del credito si afferma: *“la misura della diligenza deve essere riferita alla categoria di appartenenza del terzo ed all'onere di informazione tipico del settore di operatività (Cass. Sez. I, Sentenza n. 2557 del 04/02/2008); nella specie deve dunque considerarsi il fatto che autore dell'operazione di credito è la banca e che l'erogazione di credito costituisce una prestazione tecnica di carattere professionale, svolta nell'ambito di una attività riservata e sottoposta ai controlli dell'autorità di vigilanza. Ciò a dire che il credito è il risultato di un'attività tecnica che, necessariamente, deve giungere a conclusione di una valutazione compiuta attraverso una adeguata istruttoria. Il finanziamento, in altre parole, non può essere considerato al pari di un meccanismo anonimo ed indifferenziato, indiscriminatamente accessibile a tutti senza distinzione. Al contrario, le operazioni di credito sono espressione del massimo livello che nella contrattazione può essere raggiunto dalla valutazione degli elementi di affidamento e di meritevolezza del soggetto richiedente. La doverosa istruttoria preventiva all'operazione di credito, in special modo in caso di finanziamento, ha ad oggetto la persona del richiedente, il suo patrimonio e le prospettive del settore rispetto all'operazione contrattuale che si va a compiere.”*

Si dichiara la specifica rilevanza di una diligenza rafforzata, in ragione della professionalità dell'impresa bancaria e delle regole che disciplinano l'erogazione di credito. Inoltre si individuano, quali indici della consapevolezza della banca circa l'insolvenza dell'imprenditore: 1) la natura qualificata della parte finanziatrice; 2) la pubblicazione di un bilancio che indichi la sofferenza della società; 3) la continuità (piuttosto che occasionalità) e l'importanza dei rapporti intrattenuti con la società²²³.

Nel caso di specie ricorrono i presupposti per un rimprovero di negligenza in capo alle banche, che hanno finanziato un soggetto irreversibilmente insolvente. Ciononostante il tribunale rigetta la pretesa risarcitoria, che questa volta proviene da un creditore sociale e non dal curatore fallimentare, asserendo che non è stato idoneamente provato in giudizio il fatto che i finanziamenti bancari inquinarono la percezione dell'attore, ingenerando una falsa apparenza e dunque un suo affidamento nella solvenza del contraente. La conclusione può sembrare rigorosa, ma nel caso di

²²² Trib. Pescara, 31 luglio 2013, in www.giustiziacivile.com, testo integrale in www.iusexplorer.it/Dejure

²²³ Sul punto si tornerà nell'ultimo paragrafo del Capitolo VI.

specie è del tutto ragionevole in quanto il creditore che ha agito era una società parte del medesimo gruppo, che per altro condivideva con la società insolvente anche uno degli amministratori.

Piuttosto si può criticare la pronunzia nella parte in cui, escluso l'affidamento del creditore agente, non abbia ritenuto percorribili (neanche obiter dictum) altri strumenti di diritto per sanzionare la condotta palesemente colpevole delle banche convenute. Vedremo una possibile risposta nelle prossime pagine.

Si può da quanto illustrato confermare che la giurisprudenza: a) nega la sussistenza di un danno al patrimonio della società; b) nega la legittimazione del curatore fallimentare all'azione di risarcimento per la lesione dei singoli creditori; c) inizia ad affermare una possibile responsabilità della banca per concorso nell'illecito degli amministratori.

Non si può tacere, inoltre, che ad oggi nessuno dei giudizi di cui si è potuto leggere hanno condotto ad un esito anche solo marginalmente positivo per la curatela fallimentare e negativo per gli istituti di credito.

Queste riflessioni dimostrano che dottrina e giurisprudenza sono (per lo più) coerenti nei presupposti teorici, ma divergenti sul piano pratico: se negli studi degli interpreti è pacifico che si possa e si debba affermare, anche per ragioni di efficienza del sistema, la responsabilità della banca che eroghi credito senza vagliare il merito delle sue controparti, la giurisprudenza non ha ancora avuto modo, dopo più di quarant'anni di approfondimenti letterari, di esercitare fruttuosamente questi insegnamenti.

Nei paragrafi di questo Capitolo si è trattato in via principale del requisito dell'ingiustizia del danno. Nel corso della ricerca, però, si sono già delineati anche gli ulteriori elementi dell'illecito extracontrattuale ex art. 2043 c.c. In particolare, si è detto che:

- l'illecito, nell'opinione prevalente, può essere sorretto tanto dall'elemento soggettivo del dolo quanto da quello della colpa²²⁴ ;
- il nesso di causalità varia, a seconda della ricostruzione dogmatica che si sposa²²⁵: per la tesi più condivisibile (lesione della libertà contrattuale) il legame è tra l'affidamento colposo, ingenerato dal comportamento della banca, e il fatto che, rispettivamente, i creditori anteriori non hanno agito in revocatoria o richiedendo il fallimento, e che i creditori successivi abbiano contrattato con l'impresa;
- un danno cagionato ai creditori è la diminuzione dell'attivo patrimoniale, derivante dal prolungamento della vita dell'impresa insolvente, e dunque il decremento delle chance di

²²⁴ Sul punto, nella Prima Sezione, Capitolo 3, Par. 3.3 .

²²⁵ Capitolo 4, Par. 4.2, 4.3, 4.4 .

soddisfazione del diritto del creditore²²⁶; altro danno potenzialmente sussistente potrebbe essere diretto all'impresa: il finanziamento ad un soggetto irreversibilmente insolvente, come si è detto, comporta una lesione al suo patrimonio, in quanto questi non potrà mettere a frutto il credito ricevuto e non sarà in grado di coprirne i costi²²⁷.

²²⁶ Capitolo 4, Par. 4.3 .

²²⁷ Capitolo 4, Par. 4.4 .

CAPITOLO V

NUOVE PROSPETTIVE PER LA CONCESSIONE ABUSIVA DEL CREDITO: L'IPOTESI DELLA INVALIDITÀ DEL FINANZIAMENTO

5.1 VOIDABILITY RULE: LE RAGIONI ECONOMICHE PER LA (PROPOSTA) INVALIDITÀ DEL FINANZIAMENTO ALL'INSOLVENTE

“ (...) Alcuni studiosi pensano che il controllo sulla contrattazione possa avvenire solo attraverso il rimedio risarcitorio. Tuttavia, perché escludere che il controllo sulla contrattazione non possa aversi anche mediante un controllo sugli atti?

Perché non immaginare che il legislatore, proprio in considerazione del contratto come momento della contrattazione, non intenda conformare l'atto ai principi regolatori della buona e corretta contrattazione?

Perché escludere che ciò possa avvenire con meccanismi di modulazione del rimedio invalidante orientati alla salvaguardia del principio della concorrenza, della trasparenza e della proporzionalità?”²²⁸

L'indagine della materia porta a considerare una soluzione alternativa al problema del finanziamento erogato all'imprenditore insolvente, ancora poco esplorata in dottrina e giurisprudenza: l'ipotesi dell'invalidità del finanziamento.

Negli studi monografici che, ormai dieci anni orsono, si sono occupati della concessione abusiva del credito, il tema dell'invalidità è stato brevemente accennato, allo scopo di escluderlo dal campo d'indagine.

Una voce in dottrina²²⁹ ha negato che *“il problema del finanziamento abusivo possa essere affrontato attraverso il rimedio della nullità negoziale”*, elencando diverse ragioni: sarebbe inadeguato, in quanto non priverebbe la banca del diritto di insinuarsi al passivo per il recupero di quanto erogato; sarebbe impercorribile, perché il danno attiene *“non tanto e non solo all'operazione di finanziamento, ma alla prosecuzione dell'attività”*; la nullità non potrebbe farsi discendere dal fatto che il finanziamento abusivo concreti l'inosservanza di principi sottesi alla disciplina penale

²²⁸ D. MARCELLO, *Interessi e tutele nei rapporti tra imprese. Il rimedio della nullità*, Napoli, 2013, p. 53.

²²⁹ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 138 s.

(condizione necessaria per una nullità virtuale sarebbe che il fatto che il comportamento sia direttamente vietato dalla norma penale); il fatto che il contratto abbia l'obiettivo di frodare i creditori non dovrebbe essere sanzionato con la nullità, ma con la revocatoria (inefficacia relativa); la violazione delle regole di correttezza e buona fede non può ripercuotersi sul momento genetico dell'obbligazione.

Secondo un'altra autorevole opinione²³⁰ si dovrebbe confrontare il tema dell'illiceità con il tema dell'abuso. In particolare l'Autore sostiene che si debba distinguere a seconda che il contratto sia unilateralmente illecito, quando si assiste all'abuso della libertà contrattuale della parte forte e la sopraffazione della parte debole, o che sia bilateralmente illecito, e rechi cioè *“offesa agli interessi superiori dell'ordinamento a prescindere dalla violazione dei parametri tipici della condotta abusiva: buona fede e bilanciamento degli interessi”*²³¹. Solo nel primo caso il contratto potrebbe ritenersi abusivo, secondo l'Autore, mentre nel secondo caso si dovrebbe parlare di contratto illecito *tout court*²³².

Il finanziamento all'imprenditore insolvente rientrerebbe tra i contratti unilateralmente illeciti, in quanto consisterebbe in un comportamento abusivo dal solo lato della banca. L'Autore esclude dunque dal campo della sua indagine la sanzione della nullità (e dell'invalidità) del contratto, ulteriormente asserendo che *“negare la validità e/o la coercibilità del contratto tra le parti, oltre a non trovare appigli nel diritto positivo, produrrebbe (...) un indebito vantaggio in capo alla banca consentendole di liberarsi dall'obbligo dell'adempimento ben oltre i limiti segnati dai poteri di autotutela codicisticamente costituiti a vantaggio del creditore”*²³³.

Prima di affrontare le ragioni di diritto positivo che fondano le opinioni anzi espresse (e le loro eventuali critiche) si vuole tentare di inquadrare il problema dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, per capire se davvero la soluzione della nullità o dell'annullabilità possa dirsi inefficiente e ultronea rispetto al caso in esame.

Sembra infatti che la prima, principale e condivisa ragione addotta in dottrina per escludere il rimedio dell'invalidità dalle possibili soluzioni del problema della concessione abusiva di credito sia la sua inadeguatezza sotto il profilo economico - sanzionatorio.

²³⁰ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 214 s.

²³¹ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 214.

²³² Contra R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Diritto Privato*, 1997, III. *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 218 – il quale afferma che la sanzione per l'abuso del diritto sia la nullità: la libertà contrattuale è limitata dalla salvaguardia dei principi di ordine pubblico e dal buon costume. Si dimostra così un nesso biunivoco tra abusività ed illiceità, che permette di concludere che *“la menzione dell'abuso appare ridondante e pleonastica”*. Si è detto del tema in Introduzione. .

²³³ F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 219 nota 144.

Ci si deve allora chiedere quando sia efficiente imporre una regola di responsabilità (c.d. *liability rule*) e quando invece sia auspicabile un rimedio assoluto e opponibile *erga omnes* (in tema di tutela dei diritti reali si parla di *property rule*, ma in questo caso si potrebbe forse parlare di una *voidability rule*²³⁴). Guardando all'alternativa tra rimedio risarcitorio e invalidità del contratto si può affermare che la nullità (o l'invalidità in generale) appare la regola migliore nel caso in cui il contratto produca esternalità negative. In particolare la dottrina ha previsto che la pronuncia di invalidità del contratto sia opportuna nel caso in cui il contratto produca un danno a terzi (si fa l'esempio degli accordi per commettere crimini) o quando generi una perdita di utilità per le parti contraenti (si porta l'esempio della persona incapace). Ci si deve, anche in questo caso, basare sul rapporto costi benefici: il danno verso le parti deve “*tendere a eccedere i benefici del contratto perché sia socialmente desiderabile non attuare un contratto*”²³⁵.

In altre parole, approfondendo il concetto, il rimedio risarcitorio risulta migliore quando è agevole determinare chi siano i soggetti danneggiati e quale sia l'ammontare del danno, mentre il rimedio della nullità è da preferirsi qualora siano colpiti dal contratto interessi plurimi o diffusi, facenti capo ad una molteplicità eterogenea di “giocatori”, quando il contratto abbia cioè un'influenza negativa sul mercato difficilmente arginabile col semplice rimedio di cui all'art. 2043 c.c.

In questo senso si può affermare che anche per l'analisi economica del diritto la nullità dev'essere prevista a protezione di interessi generali – ove per “interesse generale” si intenda l'interesse del mercato alla massimizzazione della ricchezza – quando i costi del contratto superano i benefici che esso genera per le parti o per i terzi. Il contratto che non sia solo dannoso per qualcuno dei consociati, ma produca conseguenze negative – e dunque inefficienti – nell'ottica del mercato, merita di essere espunto, in quanto quasi certamente le esternalità che produce sono superiori ai benefici privati che comporta.

Guardando al caso che ci occupa, si potrebbe affermare che il finanziamento diretto ad un soggetto irreversibilmente insolvente meriti la sanzione della nullità, in quanto genera necessariamente esternalità negative. In particolare, può essere affermato un danno per i terzi

²³⁴ R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., p. 110 ss.

²³⁵ In tal senso S. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Harvard, 2004 [ed. Italiana a cura di D. PORRINI, Torino, 2005] p. 301. In R. COOTER - U. MATTEI - P.G. MONATERI - T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, cit., p. 162 si afferma, trattando delle esternalità del contratto nei confronti dei terzi: “A volte il diritto dei contratti protegge i terzi, rifiutando di dare attuazione ad un contratto fra i contraenti originari. I giudici potrebbero rifiutarsi di far valere un contratto quando è contrario all'ordine pubblico”. L'opera riporta l'esempio delle intese che restringono la concorrenza; si vedrà che l'ipotesi qui suggerita è proprio affine a questa suggestione: il giudice dovrebbe rifiutare l'attuazione del finanziamento dell'impresa insolvente in quanto contrario all'ordine pubblico. Alla conclusione si deve giungere per gradi: nelle prossime pagine si cercherà di dare fondamento giuridico a questa ipotesi.

creditori (anteriori e posteriori al finanziamento), un danno per il patrimonio della società insolvente stessa e (almeno secondo le Sezioni Unite) un danno agli altri imprenditori concorrenti dell'impresa insolvente.

E' inoltre certo che i benefici prodotti dall'erogazione del credito siano ampiamente superati dalle esternalità che lo stesso genera nei confronti dei soggetti anzi citati.

Infine, il curatore fallimentare sarebbe (finalmente) legittimato all'esercizio dell'azione di nullità ed alle conseguenti eventuali azioni ancillari²³⁶ verso la banca. La sussistenza della legittimazione attiva si prova semplicemente: il curatore in tal caso non intraprenderebbe un'azione di massa, bensì un'azione in cui si sostituisce all'imprenditore stesso ex art. 31 l.fall. (nella sua qualità di amministratore del patrimonio fallimentare). Aderendo all'ipotesi proposta si avrebbe una definitiva emersione dall'*impasse* che ha reso sino ad oggi la concessione abusiva del credito un'arma spuntata.

Si può dunque affermare che il modello economico che prevede la nullità del contratto di finanziamento erogato all'imprenditore insolvente, eventualmente giustificato con alcuni correttivi, è più efficiente e preferibile rispetto al modello tradizionale che prevede solo (uno o più) rimedi risarcitori – e merita pertanto di essere approfondito e, se possibile, giustificato sul piano giuridico.

5.2 L'ARGOMENTO DELL'INVALIDITÀ DEL FINANZIAMENTO ABUSIVO: PRIME IPOTESI RICOSTRUTTIVE

A. NULLITÀ PER CONTRARIETÀ ALL'ART. 124 BIS T.U.B.

Si potrebbe anzitutto immaginare che la nullità discenda dalla violazione di norme imperative contenute nella disciplina bancaria in tema di valutazione del merito creditizio. Il tema è già stato accennato nella Prima Sezione, Capitolo II, ma si deve qui precisare che l'unica norma del T.U.B. che impone espressamente alla banca una valutazione del merito del credito è il nuovo art. 124 bis, che regola però solo il capo del credito ai consumatori²³⁷.

²³⁶ Sulla possibilità di configurare, oltre all'azione di nullità, un diritto per l'imprenditore al risarcimento del danno, fondato su forme di responsabilità precontrattuale, si tornerà in questo Capitolo, al Paragrafo 4.

²³⁷ La norma, rubricata "Verifica del merito creditizio" dispone testualmente: "1. Prima della conclusione del contratto di credito, il finanziatore valuta il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando una banca dati pertinente. 2. Se le parti convengono di modificare l'importo totale del credito dopo la conclusione del contratto di credito, il finanziatore aggiorna le informazioni finanziarie di cui dispone riguardo al consumatore e valuta il merito creditizio del medesimo prima di procedere ad un aumento significativo dell'importo totale del credito. 3. La Banca d'Italia, in conformità alle deliberazioni del CICR, detta disposizioni attuative del presente articolo."

Si ricorda in particolare che, a seguito del “*Nuovo Accordo sui requisiti minimi di capitale firmato a Basilea*” (c.d. Basilea II), anche nel nostro ordinamento si è sottolineata la necessità del vaglio puntuale del merito del credito nel settore bancario, ma solo con la direttiva 08/48/CE (ed il D.Lgs. 13 agosto 2010 n. 141) si è normativamente introdotto un obbligo per le banche in tal senso, con specifico riferimento ai contratti di finanziamento ai consumatori (con l’art. 124 bis T.U.B. citato). La dottrina²³⁸, in particolare, precisa che il vaglio del merito del credito è in generale richiesto per la protezione del mercato, mentre la norma dell’art. 124 bis T.U.B. è specificamente diretta a protezione del consumatore. Si sottolinea anche che è diverso il vaglio cui è tenuto l’operatore: se con riguardo all’impresa si deve svolgere un giudizio prognostico, con riguardo al consumatore il giudizio dev’essere invece ancorato al presente, o al massimo al recente passato.

Nell’art. 124 bis T.U.B. manca la previsione di una sanzione per il caso di inosservanza degli obblighi di verifica: parte della dottrina ha affermato che dunque la norma è incoercibile, non potendosi applicare le previsioni di cui all’art. 144 T.U.B. (ove il 124 bis non è infatti richiamato)²³⁹; per altri invece si dovrebbe ricorrere ad un rimedio risarcitorio²⁴⁰, e per un’ultima impostazione potrebbe essere dichiarata l’invalidità del contratto stesso²⁴¹. Il punto è oggetto di discussione ancora non sopita in giurisprudenza²⁴².

Anche qualora si volesse aderire alla tesi, che pare minoritaria, della nullità del contratto stipulato in violazione dell’art. 124 bis T.U.B., la stessa conclusione non sarebbe facilmente trasferibile al contratto di finanziamento dell’imprenditore (che non rientra, come anzi detto, nel perimetro della norma di legge). Nel primo caso infatti si potrebbe affermare una nullità virtuale, ex

²³⁸ L. ACCIARI, *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Milano, 2012, p. 143 s.

²³⁹ L. ACCIARI, *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, cit., p. 143.

²⁴⁰ A. D’ANGELO - V. ROPPO, *Annuario del contratto 2012*, Torino, 2013, p. 318. Gli autori affermano che l’obbligo di valutazione del merito del credito rientra tra le regole di condotta, e dunque la sua violazione dovrebbe condurre, come più volte affermato dalla giurisprudenza degli anni Duemila (da ultimo Cass. SS. UU. 19 dicembre 2007 n. 26724 e 26725, in www.ilcaso.it), al solo rimedio del risarcimento del danno. Si parla espressamente di responsabilità precontrattuale in S. MAZZAMUTO, *I contratti di credito*, in M. BRESSONE (a cura di), *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2013, p. 315 - sul punto cfr. però R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2010, p. 303 ss. - il quale nega che la violazione dell’art. 124bis T.U.B. possa comportare una responsabilità per *culpa in contrahendo*.

²⁴¹ A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in A.A. V.V., *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009, p. 189.

²⁴² L’Arbitro Bancario Finanziario, Collegio di Roma, con decisione n. 4440 del 20 agosto 2013, in www.arbitrobancariofinanziario.it, precisa “*Non vi è dubbio che la violazione di tale obbligo determini il diritto del cliente ad essere risarcito del danno cagionatogli*” - ma la sentenza della Corte di Giustizia UE 27 marzo 2014 relativa alla causa C-565/2012 ha affermato invece (probabilmente applicando la regola in vigore nell’ordinamento francese) che l’art. 23 della direttiva 2008/48 “*osta all’applicazione di un regime nazionale*” che preveda, in caso di violazione della regola che impone il vaglio del merito del credito, “*che il creditore decada dal suo diritto agli interessi convenzionali ma beneficio di pieno diritto degli interessi al tasso legale*”: in sostanza, il creditore decadrebbe dal diritto di pretendere ogni interesse.

art. 1418 comma 1 c.c., per violazione di una norma imperativa²⁴³, mentre nel caso di finanziamento abusivo all'impresa insolvente non potrebbe valere lo stesso richiamo. L'art. 124 bis T.U.B., per le ragioni anzidette, non potrebbe essere esteso a tutti i contratti di finanziamento, e così la (già discutibile) sanzione di nullità non potrebbe essere analogicamente applicata a finanziamenti diretti a clienti non consumatori.

B. NULLITÀ PER CONTRARIETÀ ALLE NORME PENALI CHE SANZIONANO LA BANCAROTTA ED IL RICORSO ABUSIVO AL CREDITO

Si potrebbe tornare su un rapporto tra la concessione abusiva del credito e la normativa penale che sanziona le ipotesi di bancarotta e di ricorso abusivo al credito (artt. 217 e 218 l. fall.).

Si potrebbe cioè basare la sanzione civilistica della nullità sulla disciplina penale dei reati afferenti l'insolvenza, ritenendo che siano proprio gli artt. 217 e 218 l.fall. le norme imperative violate dalla condotta della banca, e che determinano, in combinato disposto con l'art. 1418 comma 1 c.c. la nullità del contratto. Ostono però a tale ricostruzione tre ordini di ragioni.

In primo luogo, è vero che le norme penali che sanzionano bancarotta e ricorso abusivo al credito sono state considerate da autorevole dottrina²⁴⁴ come indicatrici dell'interesse tutelato dalla concessione abusiva del credito, o meglio, in altri termini²⁴⁵, come norme dalle quali si può desumere l'ingiustizia del danno inferto dal finanziatore. Ciò però non equivale a dire che le stesse norme (imperative) sono direttamente violate dalla condotta della banca – al contrario: sono norme cardine dalle quali potrebbe desumersi un principio, o meglio, l'esigenza di tutela di un interesse.

In secondo luogo, rifacendosi agli studi che si sono misurati sul rapporto tra invalidità del contratto e normativa penale²⁴⁶, si riscontra un ulteriore ostacolo: perché si configuri il reato di bancarotta, o di ricorso abusivo al credito (che non sono “reati-contratto”) è necessario che i negozi di finanziamento – che formano la fattispecie “in fatto” – siano validi²⁴⁷. Se i contratti fossero cioè dichiarati nulli, non produrrebbero effetto alcuno, e dunque non potrebbero essere considerati fonte

²⁴³ Lo stesso art. 124 bis T.U.B. che prevede l'obbligo di una corretta valutazione del merito creditizio.

²⁴⁴ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 134 e 135; D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, cit., p.739: “l'ingiustizia discende [...] dalla lesione del bene giuridico protetto dai delitti di bancarotta semplice e bancarotta preferenziale”.

²⁴⁵ Nell'accezione di ingiustizia formulata da R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, cit., p. 1439 ss., secondo cui l'interprete deve mettere in atto un “*procedimento di semplificazione delle fattispecie legalmente prevedute o repressse*”.

²⁴⁶ G. OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, 1, p. 178; I. LEONCINI, *Rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 997 ss.; A. LIBERATI, *Contratto e reato*, Milano, 2004; riassuntivamente e più di recente F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 448 ss.

²⁴⁷ V. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012, p. 254.

del reato di bancarotta o di ricorso abusivo al credito (così, se il contratto di mutuo alla base di un preteso ricorso abusivo al credito è nullo per mancanza di forma, il reato non può sussistere).

In terzo luogo e conclusivamente, sarebbe possibile punire la banca solo nel caso in cui la fattispecie concreta configuri un reato: solo quando il finanziamento produce (o concorre a generare) la bancarotta o il ricorso abusivo al credito esso sarebbe nullo, mentre in ogni altro caso, a prescindere dalla gravità del comportamento della banca o del danno all'impresa e ai suoi creditori, la nullità non sarebbe affermabile. Ciò limiterebbe fortemente l'utilizzo e dunque l'efficienza del rimedio. Anche questa ricerca di una nullità virtuale sembra dunque inappagata.

C. NULLITÀ PER CONTRARIETÀ DELLA CONDOTTA AI PRINCIPI DI CORRETTEZZA E BUONA FEDE

Un terza via, già esplorata con riferimento a fattispecie affini²⁴⁸, sarebbe quella della nullità per violazione dei doveri di condotta della banca, e dunque discendente dalla contrarietà dell'operato del finanziatore ai principi di correttezza e buona fede²⁴⁹.

Sul tema la produzione dell'ultimo decennio è molto vasta²⁵⁰, e non è questa la sede per ripercorrere tutte le opinioni che si sono diffuse sul punto: ci si può limitare ad osservare che la Corte di Cassazione, a più riprese e anche a Sezioni Unite²⁵¹, ha da ultimo affermato che la conseguenza della violazione di regole di condotta (e dunque del principio di buona fede) non può mai essere la nullità del contratto, ma solo il risarcimento del danno²⁵². Si è evidenziata pertanto la distinzione tra regole di validità del contratto (che concernono il momento genetico) e regole di responsabilità (che riguardano invece l'ambito esecutivo e applicativo)²⁵³ già enucleata dalla dottrina classica: "In

²⁴⁸ Il tema ha acquistato notevole rilevanza in tema di doveri di informazione dell'intermediario finanziario. Si è notato, che la normativa di settore spesso non distingue gli obblighi di comportamento dell'intermediario dalla vera e propria (valida) formazione del contratto. Nonostante le affermazioni di principio della dottrina e della giurisprudenza, la normativa speciale continua, anche nelle nuove produzioni (si pensi alle direttive MIFID) a imporre norme di comportamento specifiche, dettagliate ed evidentemente imperative. Sul punto di recente F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. 57, Padova, 2010, *passim*; A. BUSCEMI - G. DI MEO - S. EVANGELISTI, *Recepimento delle direttive MIFID. Regole di condotta degli intermediari e tutela degli investitori. Sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, Milano, 2011, p. 96.

²⁴⁹ A favore di questa opinione A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1999, p. 24.

²⁵⁰ *Ex multae* si ricordano le riflessioni di C. MIRELLO, *La nullità virtuale*, Padova, 2010, p. 46 ss. e di F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, p. 120 s..

²⁵¹ Cass. S. U. 19 dicembre 2007 nn. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, p. 784, con nota di SCODITTI.

²⁵² Non tutta la dottrina condivide le affermazioni (in realtà piuttosto generalizzanti) delle Sezioni Unite, soprattutto con riferimento al tema degli investitori finanziari: D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *I Contratti*, 2008, 4, 403 ss.

²⁵³ G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.* 2002, 1, p. 40.

*nessun caso comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione della buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni*²⁵⁴.

Non pare che questa strada possa condurre ad una affermazione di invalidità del contratto di finanziamento all'imprenditore insolvente, stante l'opinione granitica dalla giurisprudenza.

5.3 FONDAMENTA DELLA NULLITÀ: BUON COSTUME, MERITEVOLEZZA E ORDINE PUBBLICO

Dallo studio dei più recenti contributi europei sul tema del finanziamento bancario, ed in particolare in Germania ed in Italia, alcune voci in dottrina hanno iniziato a considerare la sanzione della nullità come rimedio per il contratto di credito stipulato con l'insolvente.

A. LA STRADA TEDESCA: NULLITÀ PER CONTRARIETÀ DELLA CONDOTTA DELLA BANCA AL BUON COSTUME

Una prima strada è stata proposta, nel diritto tedesco, da un Autore²⁵⁵, il quale, in un recente studio, ha affermato che il contratto di finanziamento stipulato dalla banca con un imprenditore insolvente dev'essere considerato nullo.

In particolare si legge: *“Ebenso liegt es, wenn eine Bank zwar weiß, dass ihr Kunde praktisch insolvent ist, sie ihm aber gleichwohl noch einen (letzten) Kredit gewährt, weil sie darauf spekuliert, dass andere Gläubiger sich dadurch täuschen lassen, den Kunden irrtümlich für wirtschaftlich überlebensfähig halten und Dispositionen treffen werden, die sich letztlich zum Vorteil der Bank auswirken. In einem solchen Fall der Insolvenzverschleppung ist der Kreditvertrag zwischen der Bank und ihrem Kunden nichtig; außerdem kann die Bank gemäß S.826 dem getäuschten Gläubiger zum Schadensersatz verpflichtet sein (...). Mitunter kommt es vor, dass ein Vertrag zunächst als sittenwidrig angesehen, dann aber vom Gesetzgeber verboten wird und damit gemäß S.134 nichtig ist.”*²⁵⁶

²⁵⁴ L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *B.B.T.C.*, 1997, 1, p. 9.

²⁵⁵ H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, 2009, p. 88.

²⁵⁶ H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, cit.. Una traduzione letterale potrebbe essere la seguente: "Similmente succede che, nonostante una banca sappia che il suo cliente è di fatto insolvente, ella gli garantisca comunque ancora un ultimo credito, ipotizzando che gli altri creditori (dell'insolvente) si facciano così ingannare, erroneamente ritenendo il cliente economicamente autosufficiente, e che quindi stipolino (con l'insolvente) accordi che in ultima analisi sono favorevoli alla banca stessa. In una simile circostanza di protrarsi dell'insolvenza [Insolvenzverschleppung: reato fallimentare di protrazione dello stato di insolvenza, sanzionato ai sensi della Sezione 15 dell'InsO] l'accordo di credito tra la banca e il cliente è da considerarsi nullo; in aggiunta, la Banca, ai sensi della S. 826 BGB può essere tenuta a

Si afferma cioè che quando la banca conosce lo stato di insolvenza del suo cliente, ma comunque decide di garantirgli un ultimo credito, essa sta speculando sul fatto che gli altri creditori dell'insolvente confidino nella stabilità economica del finanziato (e questo effetto genera indirettamente un profitto per la banca).

Si prevede che in questo caso il contratto di credito è nullo, poiché permette il protrarsi dello stato di insolvenza (ipotesi sanzionata anche penalmente dall' InsO Sezione 15); la banca potrà anche essere tenuta a risarcire i danni provocati dal suo comportamento ai sensi della Sezione 826 del BGB, titolata "Danni intenzionali contrari all'ordine pubblico" dove si afferma "*la persona che, in maniera contraria all'ordine pubblico, intenzionalmente infligge danno ad un'altra persona è tenuta a risarcire i danni che le ha causato*".

L'Autore afferma dunque una responsabilità risarcitoria della banca nei confronti dei creditori, ritenendo che la fattispecie configuri (principalmente se non esclusivamente) un illecito diretto in loro danno. Nel breve brano non è presa in considerazione la condizione dell'impresa insolvente, e l'ipotesi che il finanziamento abusivo possa arrecarle danno.

In conclusione si spiega che la nullità che colpisce il contratto di credito potrebbe essere ricondotta alla contrarietà al buon costume, ma che spesso i legislatori decidono di tradurre simili fattispecie in ipotesi di nullità discendenti dalla violazione di norme imperative, ai sensi della Sezione 134 del BGB (omologo tedesco della nostra nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418 comma 1 c.c.). Non è chiaro se l'Autore ritenga che questo procedimento di passaggio tra buon costume e nullità virtuale sia già avvenuto, con il recepimento dell' *Insolvenzverschleppung* (e cioè del divieto di continuazione della società insolvente) o sia solo un'ipotesi prospettata *pro futuro*. In ogni caso sembra in equivoca la conclusione: il credito all'imprenditore insolvente dev'essere considerato (per una strada o per l'altra) nullo, perché il comportamento della banca verso i creditori dell'insolvente è riprovevole e illecito.

Il contributo si affianca ad un meno recente studio²⁵⁷ che approfondisce le possibili fonti di responsabilità della banca nell'erogazione di credito, e individua accanto alla figura della concessione abusiva che determina la falsa apparenza di solvibilità (*sittenwidrige Gläubingergefährdung*) anche la fattispecie di "immorale rinvio della apertura del concorso" (*sittenwidrige Konkursverschleppung*) e quella di "immorale controllo occulto della gestione dell'attività d'impresa" (*sittenwidrige stillen Inhaberschaft*).

rifondere i danni ai creditori illusi. Talvolta succede che un contratto, da principio visto come contrario al buon costume, venga però poi proibito dai legislatori e sia dunque da considerarsi nullo in forza di legge ai sensi della S. 134 BGB."

²⁵⁷ A. ENGERT, *Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung*, München, 2005.

Da quest'opera emerge il rimprovero alla banca di una condotta contraria al buon costume, immorale perché ingiusta, connotata dall'approfittamento di una condizione di ignoranza o di debolezza degli altri operatori del mercato.

Per quanto, a mio giudizio, questo genere di considerazioni non si attagli alla tradizione giuridica italiana e alla sensibilità dell'interprete italiano, gli studi citati hanno il pregio di introdurre nel dibattito sul finanziamento alle imprese in crisi²⁵⁸ una nuova impostazione e una nuova inquadratura dei problemi, idonea, come anzi detto, a risolvere alcune delle sue principali criticità.

I giuristi tedeschi non considerano compiutamente gli sviluppi sotto il profilo economico delle loro opinioni: per lo più si limitano a predicare la nullità del contratto, lasciando che la legge del BGB ne faccia seguire le conseguenze.

B. FINANZIAMENTO Nullo PERCHÉ VOLTO AD UN INTERESSE NON MERITEVOLE DI TUTELA EX ART. 1322 CO. 2 C.C.

Una simile conclusione si legge in un recente scritto italiano²⁵⁹, dove l'Autore approfondisce meglio il contesto normativo ed economico in cui si situa la fattispecie. Focalizzando l'attenzione sul tema della tutela del credito, si riconosce che la concessione di finanziamenti dipende dalla disponibilità di adeguate forme di garanzia. Laddove mancano sufficienti strumenti di protezione per il creditore sono concessi meno finanziamenti, e a maggior costo, con detrimento delle ragioni dei privati e del mercato²⁶⁰.

Si mostra, poi, la recessione dell'attuale mercato del credito: gli operatori istituzionali non si contentano (quasi) mai della semplice garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.), e a ciò si affianca la "crisi delle garanzie immobiliari" e "l'inidoneità delle garanzie mobiliari del credito"²⁶¹.

Questo discende principalmente dall'inefficienza del sistema dell'esecuzione forzata in Italia, che non costituisce un sistema ottimale in quanto comporta tempi eccessivamente lunghi e immobilizza la ricchezza del creditore (oltre a quella del debitore insolvente). Si assiste così alla "fuga del mercato verso le garanzie personali", più flessibili e adattabili all'esigenza del caso concreto.

Si afferma, a corollario, che l'oggetto del diritto finanziatore "*non è, a ben vedere, né la prestazione cui il debitore è tenuto né il «bene dovuto» bensì l'utilità economica che dall'operazione si può*

²⁵⁸ Ne dà conto F. DI MARZIO, *L'abuso nella concessione del credito*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 2, p. 314 ss.

²⁵⁹ C. MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, in *Giust. Civ.* 2013, 9, p. 473 ss.

²⁶⁰ H.W. FLESING, *Economic functions of security in a market economy*, in NORTON - ADENAS, *Emerging financial markets and secured transactions*, London, 1998, p. 15 ss.; P. SAVONA, *Geopolitica economica*, Milano, 2004, p. 127 s.

²⁶¹ C. MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, cit.

*ricavare nella misura in cui la stessa sia prontamente eseguita*²⁶² – ciò per sottolineare l'importanza della “prontezza nella riscossione” del credito.

Questi rilievi sono necessari all'Autore per dimostrare la rilevanza estrema che riveste il vaglio del merito del credito. Se il creditore non può (o non vuole) più fare affidamento sul processo esecutivo, diviene necessario che l'allocazione delle risorse della banca sia efficiente, e quindi che il conflitto sia risolto *ex ante*, con un'erogazione oculata e diretta solo a soggetti meritevoli e capaci (anche sul lungo periodo) di adempiere regolarmente le loro obbligazioni.

Si denota poi che l'allocazione efficiente del credito non riveste soltanto un interesse privato della banca, ma influisce sull'equilibrio del sistema economico e sulla stabilità dell'intero settore bancario²⁶³. Lo scopo del sistema bancario, secondo l'Autore, sarebbe quello di indirizzare le risorse verso impieghi efficienti, e cioè progetti che offrano la massima redditività (ma che, si permette di aggiungere, nel contempo rassicurino sulla certezza della restituzione).

Da quanto detto si giustifica la proposta di dare rilievo al merito del credito piuttosto che all'assenza di rischio nel credito.

Il punto può sembrare banale, ma riveste un'importanza notevole. Sin dalla fine dell'Ottocento, con la proliferazione dei c.d. crediti speciali, è affiorato (pur rimanendo spesso sotto traccia) il tema del “credito alla cosa”²⁶⁴ – in particolare recepito nelle discipline (ancora in vigore) del credito fondiario e del credito su pegno. La pratica bancaria (suffragata da leggi speciali²⁶⁵) offre ancora oggi alcuni tipi di finanziamento fondati sulla sussistenza di garanzie reali idonee a coprire l'intero debito del cliente. Si pensi che sino agli anni Settanta il legame tra credito fondiario e bene ipotecato era così forte che gli interessi pattuiti a favore del finanziatore non potevano superare la redditività della cosa. L'idea del credito fondato sulla redditività della cosa è venuto meno da quarant'anni (espunto dalla L. 16 ottobre 1975 n. 492), ma permane ancora nel nostro ordinamento (ed è fonte di critiche di buona parte della dottrina) la disciplina speciale per il credito fondiario, già accennata nelle pagine del Terzo Capitolo con riferimento al caso della banca che rinegozia una

²⁶² C. MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, cit.

²⁶³ Si ricordino le riflessioni spese nella Prima Sezione, Paragrafo 2.4, con riferimento alla funzione delle norme del T.U.B. Sul tema si tornerà brevemente anche nelle pagine che seguono.

²⁶⁴ Si è usata in dottrina l'espressione “credito alla cosa” per indicare che il finanziamento si incentra sul bene oggetto d'ipoteca, piuttosto che sulla persona del finanziato. Il credito è “*erogato in funzione dell'ipoteca (contestualità) e della sicurezza del rientro che, ex ante, il bene vincolato deve assicurare (grado della garanzia e importo erogato), a prescindere dalla situazione patrimoniale generale del soggetto finanziato*” – così G. PRESTI, *Le particolari operazioni di credito nel nuovo ordinamento bancario*, in U. MORERA - A. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, vol. II, Milano, 1996, p. 89. Il tema è esteso in dottrina anche alle regole speciali del credito su pegno: sul punto C. COSTA (a cura di), *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2013, p. 478 (sul credito fondiario cfr. p. 1392).

²⁶⁵ In materia di credito fondiario la prima legge post-unitaria è la L. 14 giugno 1866 n. 2983 – cui ha fatto seguito la L. 22 dicembre 1905 n. 592. Diverse riforme hanno coinvolto la materia negli anni Sessanta e Settanta del Secolo scorso, sino a quando la disciplina speciale è confluita nel Testo Unico Bancario (artt. 38-42).

precedente esposizione del cliente erogando un mutuo fondiario diretto a copertura del pregresso debito.

Il modello del “credito alla cosa” non può certo soddisfare il mercato odierno, soprattutto alla luce dell’inefficienza del sistema dell’esecuzione forzata anzi denunciata. In particolare è pacifico in dottrina²⁶⁶ che la natura fondiaria del mutuo non può oggi esimere la banca dallo scrutinio del merito del credito: non sussistendo più un rapporto tra redditività della cosa ipotecata e interessi pattuiti, la banca non può più fare riferimento solo o principalmente alla garanzia reale, e deve necessariamente vagliare approfonditamente le qualità e le capacità economiche del suo cliente.

Per questo si deve dare importanza alla valutazione del merito del credito: solo una scrupolosa indagine sulle qualità e le capacità del soggetto finanziato possono portare a ridurre il rischio dell’inadempimento e dunque ad evitare di dover fruire della giustizia statale, a prescindere dal tipo di finanziamento prescelto.

La valutazione del merito del credito, nella prospettiva sottolineata dall’Autore, non ha però effetti positivi solo per la banca, ma contribuisce a realizzare interessi di rango costituzionale; si richiamano in particolare: la corretta esplicazione dell’esercizio del credito ex art. 47 cost.; l’incentivo alla libera concorrenza ex art. 41 cost.; la tutela lavoro ex art. 35 cost.

Proprio dall’analisi del rapporto tra il merito del credito ed i principi costituzionali l’Autore giustifica una prima deduzione: occorre guardare all’interesse perseguito dalle parti nel rapporto di finanziamento, alla luce del requisito di meritevolezza dell’interesse sotteso al contratto a norma dell’art. 1322 comma 2 c.c.

Accettate queste premesse, ne discende la logica conclusione: qualora gli interessi perseguiti dalle parti non siano meritevoli, cioè quando il credito generi “*inefficienze nel sistema creando un vulnus al delicato impianto di tutela del risparmio*”²⁶⁷, si potrebbe rilevare un limite genetico del contratto, e dunque si dovrebbe asserirne la nullità.

L’Autore riconosce che questa nullità non discende dalla violazione di un’espressa previsione legislativa, ma deriva dall’assenza del requisito di meritevolezza del contratto, che si pone in contrasto con interessi di rilievo costituzionale (artt. 35, 41 e 47 c.c.). Queste riflessioni sono proposte e applicate anche con espresso riferimento al tema della concessione abusiva del credito: si afferma che il rimedio risarcitorio “*non sembra in grado di tutelare interessi di carattere generale*

²⁶⁶ C. M. TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, in *Quaderni di Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2006, in particolare pp. 175 e 246.

²⁶⁷ C. MIGLIO, *L’autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, cit.

(come quello della tutela del risparmio)²⁶⁸ e che può essere dunque suggerito il rimedio della nullità.

C. ANALISI CRITICA DEGLI ARGOMENTI DEL BUON COSTUME E DELLA MERITEVOLEZZA

Venendo all'analisi delle due posizioni anzi esposte, si può anzitutto notare che entrambi i contributi derivano da paesi di *civil law* europei, e si collocano dopo l'intervento di Basilea II (e dunque a seguito di un rinnovato interesse sul tema della concessione di credito). Certamente l'evoluzione normativa e l'armonizzazione del diritto comunitario stanno avvicinando la sensibilità degli interpreti su temi centrali del mercato globale, quali la concorrenza, la tutela della c.d. parte debole e da ultimo, pur con qualche ritrosia, anche l'erogazione del credito bancario.

Quanto al merito delle due opinioni, si può probabilmente condividere la proposta del comune risultato della nullità del contratto²⁶⁹, alla luce dei ragionamenti giuseconomici proposti in apertura; qualche dubbio si può sollevare invece quanto all'impostazione sistematica offerta dalle autorevoli voci esaminate.

Non pare che nel nostro ordinamento possa affermarsi che la concessione abusiva del credito sia un comportamento contrario al buon costume. Nonostante la definizione dei contorni dei c.d. *boni mores* sia fonte di ampio dibattito in dottrina²⁷⁰, pare (almeno nel nostro ordinamento) ultroneo il giudizio di immoralità riferito al contratto di credito: non sembra che la morale comune (a torto o a ragione) riprovi nettamente la condotta dell'erogazione di finanziamenti all'insolvente²⁷¹. O meglio,

²⁶⁸ C. MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, cit.

²⁶⁹ Probabilmente si dovrebbe accogliere il riferimento ad una teoria della nullità "funzionale", che supera il concetto di nullità "strutturale" – anche alla luce delle nuove normative di settore e delle c.d. nullità relative – secondo il suggerimento di D. MARCELLO, *Interessi e tutele nei rapporti tra imprese. Il rimedio della nullità*, cit., p. 31.

²⁷⁰ Da ultimo sul tema A.G. ANNUNZIATA, *La nozione di «buon costume» e applicabilità della soluti retentio ex art. 2035 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2011, 1, p. 186; S. MASCIANGELO, *La contrarietà al buon costume di contratti illegali o vietati*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 11, p. 1159 – cui si permette di rinviare per i vasti riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

²⁷¹ Cass. 18 giugno 1987 n. 5371 in *Foro It.*, 1988, 1, p. 43 ss. ha affermato: "la nozione di negozio contrario al buon costume (oltre ai negozi che infrangono le regole del pudore sessuale e della decenza) comprende anche i negozi che urtano contro i principi e le esigenze etiche della coscienza collettiva, elevata a livello di morale sociale, in un determinato momento ed ambiente". Si ricorda anche G.B. FERRI, *Il buon costume*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma 1988, p. 1, ove si legge: "un fatto giuridicamente illecito può apparire come morale e, viceversa, un fatto immorale può essere giuridicamente lecito". Le condivisibili affermazioni porta a chiedersi quali siano i principi e le esigenze etiche collettive, e quanto le ragioni e le esigenze dell'economia e la protezione dei creditori possano ritenersi comprese nei *boni mores*. Non è possibile dare una risposta soddisfacente, ma può affermarsi, come nel testo, che la coscienza del popolo italiano è ancora lungi dal considerare riprovevoli e immorali condotte che hanno a che fare esclusivamente con comportamenti economici. E' però probabile che le recenti vicende di cronaca finanziaria, unite al rilevante impatto della crisi economica, abbiano segnato l'inizio di un percorso diretto alla presa di coscienza dell'importanza (anche etica) dell'attività bancaria e finanziaria. R. COSTI, *Banca etica e responsabilità sociale delle banche*, in *B.B.T.C.*, 2011, 2, p. 165 ss. Si deve notare però che parte della dottrina riconduce nell'ambito del buon costume casi di negozi contrari al c.d. «ordine economico»: contratti di turbamento aste, patti limitativi della concorrenza, negozi usurari - in tal senso: R.

non credo si possa limitare il ragionamento giuridico alla semplice affermazione di principio per cui il contratto è nullo in quanto è scorretto nei confronti dei creditori che sono ingannati dall'artificiale aspetto economico dell'imprenditore finanziato: il problema è ben più vasto e complesso²⁷².

Non pare inoltre che il richiamo dell'autore tedesco alla possibile nullità virtuale del contratto per violazione di regole imperative di diritto fallimentare possa trovare cittadinanza nel nostro ordinamento. Negato che le norme penali di cui agli artt. 217 e 218 l.fall. possano costituire fondamento della nullità, non pare infatti che vi siano altre regole imperative espresse da cui poter far discendere la sanzione.

In particolare si può richiamare un recente arresto della Cassazione²⁷³ nel quale la Corte precisa che il contratto con il quale le parti, in sede di concordato, intendono avvantaggiare uno dei creditori a discapito degli altri, non è illecito (se non può dirsi contrario, per altre ragioni, all'ordine pubblico, al buon costume o a norme imperative) "*non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che sancisca in via generale, come per il contratto in frode alla legge, l'invalidità del contratto in frode dei terzi, ai quali, invece, l'ordinamento accorda rimedi specifici, correlati alle varie ipotesi di pregiudizio che essi possano risentire dall'altrui attività negoziale*". Il contratto che danneggia i terzi non è per ciò solo ritenuto contrario al buon costume (nel nostro ordinamento), ma si presta ad altre forme di impugnazione, quali la revocatoria. Il solo fatto di aver voluto pregiudicare gli altri creditori non è sufficiente a supportare la nullità, poiché esiste un rimedio specifico e alternativo diretto a regolamentare questa fattispecie.

D'altro lato, guardando alla ricostruzione offerta dall'Autore italiano, si osserva che egli stesso apre le proprie riflessioni ad una critica²⁷⁴. Egli incentra infatti l'argomento portante della nullità del contratto di finanziamento sul concetto di meritevolezza dell'interesse di cui all'art. 1322 co. 2 c.c. – ma la nozione, la portata e il valore del requisito della meritevolezza (soprattutto a fronte di contratti tipici) è stato fortemente messo in discussione dalla dottrina²⁷⁵ e dalla giurisprudenza²⁷⁶.

SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Libro quarto, Bologna-Roma, 1970, p. 270. Un ulteriore *punctum dolens* è la differenza tra buon costume e principi di ordine pubblico: qualora si volesse affermare l'immoralità del finanziamento, si rischierebbe di confondere la sua contrarietà ai *boni mores* con la sua contrarietà ai pilastri dell'ordine pubblico economico.

²⁷² Una simile conclusione è implicita nella pronuncia delle Sezioni Unite 28 marzo 2006 nn. 7029, 7030 e 7031, cit., che parlano di una "plurioffensività" del contratto.

²⁷³ Cass. 14 aprile 2011 n. 8541, in *Guida al diritto*, 2011, 20, p. 56 con nota di CASTRO.

²⁷⁴ C. MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, cit., nota 62.

²⁷⁵ Da ultimo si veda lo studio riassuntivo di L.M. PETRONE, *L'utilizzo giurisprudenziale del concetto di meritevolezza*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, 1, p. 50. In dottrina sul punto E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, 1, p. 222 – fautore dell'introduzione del concetto nel Codice Civile del 1942. Successive e critiche (*ex plurimae*) le autorevoli voci di G.B. FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Terza edizione, Rimini, 1990 p. 133; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, I, 3^a ed., Torino, 2004, 849; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico*. I. *Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 199.

Risulta ancora irrisolto il rapporto tra la meritevolezza e la liceità, ma l'opinione all'oggi maggioritaria è che il contratto meritevole è semplicemente non contrario a norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Ci si dovrebbe chiedere allora se la meritevolezza possa assumere nell'ambito del finanziamento bancario una specifica rilevanza "di settore", alla luce delle normative speciali che lo disciplinano, o se – come sembra più immediato – l'immeritevolezza possa rilevare sotto il diverso profilo della violazione di un principio diverso.

D. LA PROPOSTA DELLA NULLITÀ PER CONTRARIETÀ ALL'ORDINE PUBBLICO ECONOMICO DEL FINANZIAMENTO

Gli orientamenti proposti dagli Autori citati non devono essere del tutto respinti. Occorre però trovare un'alternativa interpretativa che permetta di affermare la stessa conclusione attraverso un percorso meno insidioso.

Pare di poter già intravedere una possibile risposta alla luce di quanto è emerso nello svolgimento del presente lavoro:

- si è detto (Par. 1.4) che l'unica condizione del soggetto finanziato certamente rilevante è l'insolvenza irreversibile (cioè lo stato in cui l'impresa distrugge ricchezza, ove non è più efficiente il *turaround*);
- si è considerato (Par. 2.3 e 2.4) che le norme del T.U.B. (e in particolare l'art. 5, che richiede una "*sana e prudente gestione del credito*" alla luce della "*stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario*") non sono poste a semplice tutela dei creditori del soggetto finanziato, ma sono dirette a regolamentare i rapporti tra banche e soprattutto a disciplinare il loro operato in funzione e beneficio del mercato;
- si è tentato di dimostrare (Cap. 4) che il finanziamento all'impresa insolvente genera danno ai creditori (sotto il profilo della lesione della loro libertà contrattuale) e anche all'impresa

²⁷⁶ Lo stesso autore cita la sentenza Cass. 6 febbraio 2004 n. 2288, in *Contratti*, 2004, p. 801, che afferma "*Secondo una semplice esegesi dell'art. 1322 c.c., non parrebbe che il contratto innominato meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, fosse semplicemente quello non in contrasto con le norme imperative, l'ordine pubblico e il buon costume. Tali requisiti valgono anche per i contratti nominati; per i contratti innominati, invece, il requisito della meritevolezza dovrebbe essere autonomo e specificamente individuabile. Tuttavia, come è noto, vi è da anni una tendenza giurisprudenziale abrogativa della norma contenuta nell'art. 1322 c.c., là dove pone come condizione per la validità dei contratti innominati, che siano volti alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. La tendenza è condivisa dalla Corte di cassazione che ha finito per abbandonare il requisito autonomo della meritevolezza per dichiarare meritevole tutto ciò che non è contrario alle norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume*". L.M. PETRONE, *L'utilizzo giurisprudenziale del concetto di meritevolezza*, cit., afferma che nella giurisprudenza "*La nullità e l'immeritevolezza si sovrappongono fino al punto di essere considerate una specie di endiadi*".

stessa, la quale, essendo in uno stato di “necrosi”, è incapace di gestire con efficienza la liquidità messa a disposizione: non potrà dunque che proseguire la sua attività, continuando a far decrescere l’attivo residuo per la soddisfazione dei creditori; si è anche ricordata l’opinione delle Sezioni Unite di Cassazione per cui il finanziamento potrebbe generare danno anche ai concorrenti dell’imprenditore insolvente;

- in questo capitolo si è proposta l’argomentazione per cui il contratto che genera esternalità negative diffuse dev’essere espunto dal mercato con la sanzione della nullità, non essendo sufficiente ed efficiente il solo rimedio risarcitorio; si è anche detto che il finanziamento effettuato senza un corretto vaglio del merito del credito mette a repentaglio la stabilità del mercato e la certezza dei traffici, e dunque produce effetti negativi su tutti i consociati;
- escluso che il finanziamento in esame violi norme imperative od offenda i *boni mores*, resta aperta la strada dell’offesa ai principi di ordine pubblico.

E’ stato chiarito in dottrina che esiste un ordine pubblico testuale ed un ordine pubblico virtuale²⁷⁷: questo è necessario ed evidente, poiché esso, per definizione, “è correlato alla società giuridicamente organizzata, ma è distinto dalla legge espressa”²⁷⁸.

Molte sono le alternative proposte per definire la clausola generale: rifiutate nettamente le letture che privano l’ordine pubblico di autonoma rilevanza, che lo appiattiscono allo *speculum* delle norme imperative, si può condividere una locuzione, piuttosto diffusa, che afferma contrario all’ordine pubblico il contratto “che si dirige contro i principi giuridici fondamentali e gli interessi generali – desumibili dalle norme cogenti di legge, anche se non formulati in norme concrete – sui quali riposa l’ordinamento giuridico dello Stato”²⁷⁹. Per il vero molte altre enunciazioni sono state proposte, e non è questa la sede idonea per una compiuta elencazione; si possono però trarre due elementi comuni: l’ordine pubblico mira a regolare rapporti di natura patrimoniale e traduce in norma una esperienza preterlegale (perché non normativizzata)²⁸⁰.

Non si può neppure dare una completa risposta alle critiche che, da molto tempo e da più parti, pongono in discussione l’utilità e soprattutto la legittimità intellettuale della categoria, la quale effettivamente potrebbe essere estesa o ristretta sulla base della sensibilità e delle opinioni dell’interprete. Nel caso qui esaminato, però, sembra che il problema enunciato non rilevi: non si vuole infatti proporre un nuovo principio di ordine pubblico, cioè un’estensione delle fundamenta

²⁷⁷ U. BRECCIA, *Il contratto in generale. Tomo II*, in M. BRESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Volume XIII, Torino, 1999, p. 171.

²⁷⁸ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., Tomo Secondo, p. 65

²⁷⁹ Così testualmente R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Tomo Secondo, p. 86 s.; la dottrina cui si fa riferimento è però primamente discendente da F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 245.

²⁸⁰ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, Tomo Secondo, p. 89.

dell'ordinamento; basterà riscontrare, nel caso del finanziamento "abusivo", principi di ordine pubblico già affermati e condivisi in altre materie.

Secondo gli studi di recente dottrina²⁸¹, la teorica del contratto illecito (e in particolare del contratto contrario all'ordine pubblico) deve misurarsi anche nell'ottica dinamica dell'attività, intesa come "attività di cui il contratto consta (dunque: la condotta negoziale) e attività in cui il contratto s'inserisce (dunque: l'impresa)". E' in questa prospettiva che si propone di osservare la contrarietà all'ordine pubblico della condotta del finanziatore: guardando all'evoluzione giuridica ed economica e agli effetti del contratto sull'attività d'impresa e sul mercato. "L'illiceità discrimina l'attività negoziale con riguardo ai risultati che essa di prefigge; pervade come qualificazione assorbente tutti quei contratti volti ad un risultato che possa argomentarsi come contrario ai principi-valori dell'ordinamento"²⁸². Insomma: "il limite del contratto è anche il limite del mercato"²⁸³.

Per il legame intercorrente tra la fattispecie studiata e il mercato, si può trarre la conseguenza che i principi fondamentali che qui rilevano sono quelli dell'ordine pubblico economico; in particolare si potrebbe parlare di ordine pubblico economico "di direzione"²⁸⁴, poiché si tratta della protezione di posizioni giuridiche che riguardano il mercato degli scambi, di misure dirette all'interesse generale della collettività, nell'ottica dello sviluppo del progresso economico²⁸⁵ (e quindi dell'efficienza del sistema).

Identificato il campo d'indagine, sotto il profilo del diritto dei contratti si deve ricordare che l'ipotesi di nullità in esame rientra nella illiceità della causa, a norma dell'art. 1343 c.c. (causa illecita perché contraria all'ordine pubblico).

Che la causa abbia un ruolo centrale nell'elaborazione qui proposta è evidente: non si sta parlando infatti di un vizio di formazione del negozio (che è, all'apparenza, un finanziamento come tanti), ma della funzione concreta e dinamica che esso assume: è riprovevole che il credito sia concesso ad un soggetto immeritevole, date le conseguenze dannose (c.d. esternalità negative) che esso genera per l'impresa, per i suoi creditori, per i concorrenti e, in ultima analisi, per il mercato.

²⁸¹ F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, p. 11.

²⁸² F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 19; il centrale concetto è ribadito ed esplicito anche a p. 38.

²⁸³ F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 170. Seguendo la ricostruzione dell'autore, i principi che rilevano nella fattispecie sono di ordine pubblico *del mercato* e non *oltre il mercato*. Il punto si può cogliere anche dove l'Autore parla di relazionalità (p. 212 s.): considerare il contratto nel contesto in cui accade, e quindi come relazione di mercato, porta ad osservare alcuni fattori esteriori che possono favorire il vaglio sulla conformità all'ordine pubblico: le qualifiche soggettive degli attori, i ruoli da essi ricoperti nel mercato, l'imposizione di comportamenti e prestazioni supplementari non connesse con l'oggetto del contratto (come il caso dell'ingerenza nella gestione).

²⁸⁴ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963 – G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963 p. 464 ss.

²⁸⁵ F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 64.

Si condivide a pieno l'affermazione contenuta in un recente contributo²⁸⁶: “*nel giudizio sulla validità i singoli contratti posti in essere dall'impresa devono essere osservati sia sotto il profilo dello scambio, e quindi dell'assetto di interessi che si instaura tra le parti, sia sotto il profilo relativo all'operazione economica intesa nel suo complesso*”; il giudizio di validità “*non può trascurare le esternalità che (il contratto) produce, in particolare tutti gli effetti che si realizzano anche al di fuori della sfera giuridica dei contraenti*”.

Svolte queste necessarie premesse generali sul tema dell'ordine pubblico, e sui suoi riflessi nella fattispecie in esame, si procede ad enucleare quali siano i principi fondanti dell'ordinamento che ostano alla validità del contratto tra banca e impresa insolvente²⁸⁷.

Tre norme costituzionali preservano il risparmio, la concorrenza e il lavoro: si è detto che il finanziamento all'insolvente si pone in contrasto con le esigenze di corretta erogazione di credito (art. 47), di libera concorrenza tra imprese (art. 41 comma 3) e di tutela del lavoro (art. 35)²⁸⁸.

Si nota un ulteriore riferimento costituzionale che pare dimostrare la conclusione della nullità, e che sembra enucleare chiaramente la *ratio* di ordine pubblico qui considerata: lo stesso art. 41 cost., al comma secondo, prevede che l'iniziativa economica privata “*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana*”²⁸⁹.

Il principio di ordine pubblico che pare colpito dalla fattispecie è proprio questo: il contratto non deve essere diretto necessariamente a fini sociali o solidali, ma non può contrastare espressamente con il bene comune, né ledere interessi diffusi²⁹⁰. Nell'asserzione “*Non può*” si racchiude la possibile sanzione della nullità²⁹¹.

²⁸⁶ D. MARCELLO, *Interessi e tutele nei rapporti tra imprese. Il rimedio della nullità*, cit., p. 156.

²⁸⁷ Ricordando che “*La giurisprudenza rinviene stabilmente i valori di ordine pubblico nella Costituzione*” F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 51.

²⁸⁸ C. MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, cit. .

²⁸⁹ F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., p. 108.

²⁹⁰ L. ELIA, *Intervento*, in N. IRTI (a cura di), *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1999. Si è affermato che la norma dell'art. 41 cost. pone una gerarchia di valori, disponendo che la libertà economica ceda il passo a diritti di grado superiore. In particolare si dice che il richiamo all'utilità sociale è un limite esterno, dettato dai costituenti al legislatore nazionale, il quale è dalla stessa costituzione legittimato a vincolare l'autonomia dei privati indirizzandola ad obiettivi di carattere sociale. Ne discendono due esempi importanti: le norme a tutela della concorrenza e le norme a protezione del consumatore. Così P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, Terza Edizione, Torino, 2013, p. 994 .

²⁹¹ Nota F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 788 che la riserva di legge è imposta nel terzo comma dell'art. 41 cost. e non nel secondo. Pertanto “*spetta al giudice di stabilire quando l'autonomia privata si pone in contrasto con l'utilità sociale (...) o arrechi danno alla sicurezza, alla libertà o alla dignità umana, anche considerando che tali criteri di valutazione esprimono principi di ordine pubblico e si risolvono quindi in un giudizio di liceità e validità del contratto*” .

Non si vuole però limitare la riflessione alle norme costituzionali, poiché è noto che dalle stesse può essere tratta ogni più diversa ricostruzione²⁹² – stante il fatto che i costituenti “*credevano certo di rivolgersi al legislatore ordinario, più che ai privati*”²⁹³.

Non sono gli articoli della costituzione le uniche indicatrici del principio di ordine pubblico violato dal finanziamento abusivo. Si può tornare a ricordare il principio di “*sana e prudente gestione del credito*”, evidentemente violato nel caso che ci occupa: dalle norme di settore, esplorate nel Secondo Capitolo, e in particolare dalle recenti innovazioni di Basilea II e della recente Direttiva 2014/17/UE (in tema di credito al consumo), emerge la necessità che l'erogazione del credito sia svolta in modo oculato e diretta a clienti meritevoli nell'interesse del sistema bancario ma (soprattutto) della stabilità ed efficienza del mercato²⁹⁴. Il punto è pienamente centrato, per quanto in prospettiva diversa, da un Autore, che ha di recente affermato, in uno scritto sulla concessione abusiva di credito: “*Né può sottovalutarsi che nel caso del credito imprudentemente concesso gli obblighi (non di correttezza ma) di diligenza violati, custoditi nella direttiva di principio della sana e prudente gestione, sono posti a tutela non della controparte contrattuale (come invece accade per gli obblighi di informazione nei contratti di investimento) ma della stabilità dell'impresa di credito e dell'intero settore bancario*”²⁹⁵, cioè del mercato.

Esempi conclamati di nullità del contratto (anche) per tutela del mercato si trovano nelle discipline della concorrenza tra imprese e nell'usura.

²⁹² La recente pronuncia della Corte Costituzionale, ordinanza 2 aprile 2014 n. 77, in www.gazzettaufficiale.it, in tema di clausola penale afferma la “*rilevabilità ex officio della nullità (totale o parziale), ex art. 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, «funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato» (Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a Sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)*». Il giudice delle leggi pare ammettere una rilevanza diretta e incidente delle norme costituzionali sulla validità del contratto e la facoltà di far permeare attraverso l'art. 2 cost. i principi di correttezza e buona fede nel giudizio di validità del contratto (ciò in parziale contraddizione con quanto affermato dalle Sezioni Unite di Cassazione, ed anzi riportato e condiviso, in riferimento alla distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità).

²⁹³ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., Tomo Secondo, p. 79.

²⁹⁴ Cfr. in particolare i considerando 55 e 57 della Direttiva 2014/17/UE.

²⁹⁵ F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie “concessione abusiva del credito”*, cit., il quale, nella nota 30, prosegue: “*In altri termini, se degli scopi della regolamentazione dell'attività bancaria «Uno è di impedire alle banche di sfruttare i poveri o le persone ignoranti. Un altro è garantire la stabilità del sistema finanziario» (Stiglitz, Bancarotta, trad. it., Torino, 2010, 116), mentre il primo è proprio del settore dei contratti di investimento ed è perseguito nel contratto attraverso la tutela informativa dell'investitore, invece il secondo appartiene non al contratto ma all'attività d'impresa, che viene contenuta affinché — per il tramite di un negligente merito creditizio — non sfoci in contrattazioni rischiose per il sistema. Soltanto nel primo caso l'obbiettivo della legge è realizzato attraverso la protezione del contraente; nel secondo caso l'obbiettivo è infatti raggiunto attraverso al protezione del mercato (perseguita anche ristorando i terzi dai danni subiti per la concessione abusiva di credito all'impresa insolvente). La diversa conclusione non potrebbe discendere dalle tesi sulle illiceità del contratto, attesa la regola dell'art. 1338 c.c.*”. L'ultima affermazione, anche se non cristallina, sembrerebbe contraddire le conclusioni che saranno tratte, nel prossimo paragrafo, in tema di responsabilità precontrattuale ancillare all'azione di nullità. Non se ne può comunque vagliare o contraddire il merito, in quanto non argomentata.

Nel primo caso è da più parti riconosciuto che le regole che vietano agli imprenditori i patti limitativi della concorrenza non sono volte tanto a proteggere i potenziali *competitors* che si affacciano su quel settore, o solo i clienti che patiscono costi maggiori, ma direttamente la stessa struttura del mercato.

Similmente il reato di usura è ritenuto “plurioffensivo”, perché lesivo non solo del patrimonio dell’usurato ma anche dell’economia pubblica²⁹⁶. Funzione della repressione della condotta usuraria, così come – ad avviso di chi scrive – del finanziamento all’insolvente, non è solo la tutela degli interessi individuali coinvolti e lesi, ma “più in generale il corretto svolgimento delle relazioni economiche nel mercato di credito”²⁹⁷ il che porta ad affermare la contrarietà all’ordine pubblico del contratto usurario, tanto quanto, come qui proposto, del contratto di finanziamento all’impresa insolvente.

Un ulteriore accenno merita il tema del credito (fondiario) diretto al ripianamento di una pregressa esposizione debitoria. L’argomento è già stato trattato nella prima Sezione²⁹⁸ tra le fattispecie di finanziamento rilevanti ai fini della concessione abusiva di credito: si ricorda qui che la dottrina e la giurisprudenza hanno molto dibattuto sulla natura e le eventuali sanzioni che discendono dalla condotta della banca. Secondo alcuni si tratta di un contratto nullo per mancanza di causa²⁹⁹, altri affermano la revocabilità del negozio in sede fallimentare³⁰⁰, altri ancora considerano si tratti di un’ipotesi di simulazione relativa³⁰¹. In ogni caso tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sono concordi nel non permettere alla banca di conseguire l’indebito vantaggio discendente dalle nuove garanzie (e dal rapidissimo consolidamento in ambito fallimentare ex art. 39 T.U.B.). La fattispecie non sempre contiene anche una abusiva concessione di credito: il vaglio di meritevolezza del finanziato non è stato messo in discussione nei diversi precedenti giurisprudenziali. Ciononostante si tratta di un’ulteriore dimostrazione del fatto che, a fronte di condotte della banca dirette a pregiudicare gli altri creditori e ad avvantaggiarsi con strumenti illegittimi, alterando l’ordine del mercato, l’ordinamento deve rispondere privando di effetti il contratto (con gli strumenti tecnici più idonei a seconda del caso concreto).

²⁹⁶ E. FORLAN, *Il delitto di usura. Nota economico-giuridica*, in *Giur. It.*, 1935, 4, p. 94.

²⁹⁷ F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit.

²⁹⁸ Capitolo III, Par. 6 lett. F.

²⁹⁹ Tribunale di Lecce 1 febbraio 2013, in *Vita Notarile* 2013, 1, p. 19 con nota di CASCELLA; Tribunale di Taranto, 4 marzo 2014, in www.altalex.com; U. MORERA, *Il fido bancario*, cit., p. 184 ss.; V. ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario*, cit., p. 146 ss.; similmente G. PRESTI, *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, in *B.B.T.C.*, 1994, 2, p. 618 ss. che parla di nullità per frode alla legge.

³⁰⁰ Da ultimo Cass. 28 gennaio 2013 n. 1807, in *Giust. Civ. Massimario* 2013.

³⁰¹ App. Brescia, 21 aprile 2004, in www.ilcaso.it; G. DE MARCHI, *Simulazione del contratto di mutuo fondiario*, in *B.B.T.C.*, 1968, 2, p. 63 ss.

Venendo ad esaminare un'ultima problematica in tema di validità del contratto di mutuo, si ricorda il dibattito sul credito fondiario erogato in violazione del limite di finanziabilità di cui all'art. 38 comma 2 T.U.B. e della deliberazione CICR 22 aprile 1995³⁰².

A più riprese la giurisprudenza ha affermato³⁰³ che il superamento dei limiti imposti dalla legge sarebbe causa di nullità (totale o parziale, ed eventualmente di conversione) del contratto di credito fondiario. Di recente una pronuncia di Cassazione³⁰⁴ ha ribaltato gli orientamenti precedenti, aderendo all'opinione opposta per la quale una simile violazione non potrebbe condurre all'affermazione dell'invalidità del contratto. Il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sulla violazione dei limiti di finanziabilità in ambito di credito fondiario potrebbe sintetizzarsi individuando due opposti schieramenti, in base a quale si ritenga essere l'interesse tutelato dalla normativa bancaria.

E' logico affermare la nullità del finanziamento "esuberante" se si reputa l'art. 38 comma 2 T.U.B. una norma diretta a regolamentare il mercato, e dunque espressione di un principio pubblicistico. Se la norma che impone di non eccedere, nell'erogazione di credito, l'ottanta per cento del valore del bene ipotecato è una forma di garanzia dell'equilibrio del mercato, gli interessi che tocca non sono solo quelli della banca e del cliente: coinvolgendo diritti diffusi (si pensi a quello degli altri creditori) e producendo esternalità negative, la violazione del limite di finanziabilità sarebbe da sanzionare con la nullità³⁰⁵. Per coloro che ritengono che la norma protegga interessi particolari, come quello della banca o quello del suo cliente, è invece coerente la conclusione opposta: il finanziamento è valido, ma fonte di responsabilità ed eventualmente di sanzioni amministrative.

La recente pronuncia di Cassazione del 2013, anzi citata, aderisce alla seconda tesi, in quanto afferma che "*La disposizione dell'art. 38, comma 2 TUB non appare (...) essere a tutela del contraente più debole ma invece a tutela delle stesse banche*". Ciò giustifica la conclusione per cui la norma in esame sarebbe espressiva di una semplice regola di condotta (e non di una regola di validità), pertanto inidonea a fondare la sanzione della nullità. Nel corpo della sentenza si nota però

³⁰² Che impone che l'ammontare massimo dell'importo erogato dal mutuo fondiario non può superare l'80% del valore dei beni ipotecati.

³⁰³ Cass. 1 settembre 1995 n. 9219, in *B.B.T.C.*, 1997, 2, p. 243 e ss. con nota di C. M. TARDIVO, *Inderogabilità delle norme attinenti alla percentuale di concessione del finanziamento* (che prevedeva la nullità integrale del contratto). Trib. Roma 2 febbraio 1989, in *Temi Romana*, 1989, p. 80 e ss. con nota di C. M. TARDIVO, *Sorte dei mutui fondiari illegittimamente concessi* (che prevedeva la nullità parziale del contratto per la parte eccedente il limite). Trib. Milano, decr. 16 ottobre 1995, in *Il Fall*, 1996, p. 485 (che prevedeva la nullità del mutuo fondiario e la sua conversione in mutuo ipotecario ordinario al ricorrere dei presupposti).

³⁰⁴ Cass. 28 novembre 2013 n. 26672, in www.ilcaso.it.

³⁰⁵ Sul punto, in aperto contrasto con il recente arresto di legittimità, cfr. A.A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»*, in *B.B.T.C.*, 2014, 2, p. 127 ss.; U. MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del cliente: est modus in rebus*, in *B.B.T.C.*, 2014, 2, p. 134 ss.; U. MALVAGNA, *Credito fondiari, nullità «a vantaggio del cliente» e legittimazione di altri*, in *B.B.T.C.*, 2014, 2, p. 139.

un'incongruenza: la Corte, in un inciso, afferma che l'interesse tutelato non è solo quello della banca ma anche "*indirettamente (quello) del sistema bancario in quanto è volta ad impedire che le banche assumano esposizioni finanziarie senza adeguate contropartite e garanzie*". Se i giudici avessero voluto davvero considerare gli effetti del contratto sul sistema bancario (e quindi, di riflesso, sul mercato) non avrebbero potuto concludere che l'art. 38 co. 2 T.U.B. è norma di comportamento: come si è detto, quando l'interesse tutelato è diffuso (e sovraordinato rispetto alla libertà contrattuale, anche in base all'art. 2 comma 2 cost.) occorre l'imposizione di una regola di validità – o di una norma imperativa in senso forte.

Ma così non è stato: la Corte in questa pronuncia ha avuto di mira principalmente la protezione delle ragioni della banca³⁰⁶ e le conseguenze negative, sotto il profilo giuridico ed economico, che la sanzione della nullità avrebbe prodotto in capo alla banca; l'argomento della lesione (peraltro definita "indiretta") al sistema bancario è stato probabilmente speso "*ad abundantiam*".

Si ribadisce quanto detto: il problema è da risolversi (ed è in concreto, pur in modo disomogeneo, risolto dalla giurisprudenza) guardando all'interesse protetto dalla regola. Se la norma è posta a tutela degli interessi della singola parte, la regola che impone può essere definita "di condotta" e portare solo al risarcimento del danno – se invece il suo scopo è proteggere l'ordine pubblico economico, e cioè il mercato, si dovrebbe trattare di una "regola di validità".

Questo, in definitiva, è il criterio che si può desumere dalla travagliata disciplina del mutuo fondiario, e che pare coerente e importante anche con riferimento al problema del finanziamento all'imprenditore insolvente. In altre parole, se la regola che impone il vaglio del merito del credito è da ritenersi diretta alla "*sana e prudente gestione del credito*", avendo riguardo alla "*stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario*", essa non può che essere considerata espressione di un requisito di validità del contratto. Il finanziamento diretto al soggetto immeritevole dovrebbe essere considerato nullo perché lesivo di un principio di ordine pubblico economico diretto alla protezione del mercato³⁰⁷.

³⁰⁶ Il che si desume univocamente da questa conclusione "*Come ultima notazione a tale proposito non può non osservarsi che, essendo il limite di erogabilità del mutuo ipotecario stabilito anche e soprattutto in funzione della stabilità patrimoniale della banca erogante, far discendere dalla violazione di quel limite la conseguenza della nullità del mutuo ormai erogato ed il venire meno della connessa garanzia ipotecaria condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare ancor più proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere*". Cass. 28 novembre 2013 n. 26672, cit.

³⁰⁷ Nella visione, anzi criticata, di C. MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, cit., a tale conclusione si giunge guardando alla meritevolezza dell'interesse. Gli interessi sottesi al contratto sono il centro della presente ricostruzione, ma vanno intesi in questo caso, secondo l'opinione preferita anche dalla giurisprudenza, come espressione di principi di ordine pubblico, e non nell'alveo dell'art. 1333 comma 2 c.c.

Dall'ordinamento emerge, all'esito di questa ricerca, un principio di ordine pubblico per il quale l'operatore bancario, che opera professionalmente ed è (o dovrebbe essere) a conoscenza della condizione patrimoniale del cliente, deve rifiutarsi di erogare credito a soggetti immeritevoli – ciò in quanto le conseguenze di un finanziamento diretto ad un soggetto insolvente non sono dannose solo per la banca o per il cliente stesso, ma per l'intero ordine economico del mercato³⁰⁸.

Si può concludere che la sanzione della nullità (per illiceità della causa del finanziamento) pare in linea con l'affermazione della dottrina secondo cui la clausola dell'ordine pubblico può e deve essere utilizzata per razionalizzare l'ordinamento³⁰⁹, proteggendo interessi che sfuggono al solo rimedio della responsabilità extracontrattuale.

5.4 LE RIPERCUSSIONI ECONOMICHE E GIURIDICHE DELLA NULLITÀ DEL FINANZIAMENTO

Alcuni autori³¹⁰ hanno preso in considerazione l'ipotesi della nullità del contratto di finanziamento abusivo, rifiutandola *ab origine* in ragione delle sue ripercussioni pratiche.

Si è ritenuto infatti che, affermando la nullità del contratto, “non (si)³¹¹ *priverebbe la banca del diritto di insinuarsi al passivo per il recupero di quanto erogato*”³¹². Il contratto nullo è improduttivo di qualsiasi effetto: lo stesso art. 1422 c.c. fa espressamente menzione dell'azione di ripetizione, con riferimento al caso in cui il contratto nullo sia stato in tutto o in parte eseguito. L'art. 2033 c.c. concede cioè l'azione di ripetizione dell'indebitato a chi “*abbia pagato in base ad un contratto nullo, privo quindi di una giusta causa che sorregga l'attribuzione operata mediante il*

³⁰⁸ *Contra*, di recente, Trib. Monza 31 luglio 2007, in *B.B.T.C.* 2009, 3, 2, p. 375 con nota di DI MARZIO, che esclude che in presenza di uno stato di comprovata difficoltà dell'adempimento di obbligazioni vi sia un obbligo giuridico degli istituti di credito di interrompere i finanziamenti all'impresa. Si ricorda che la stessa sentenza riporta l'opinione (*supra* criticata) per cui il finanziamento non può mai cagionare danno all'impresa insolvente. A favore dell'opinione qui espressa si esprime P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, p. 655 ss., il quale, pur limitandosi ad affermare una responsabilità risarcitoria per la banca, sostiene: “*la concessione del credito ad un imprenditore in crisi irreversibile è in contrasto con il principio dell'illiceità della continuazione dell'attività di un'impresa ormai decotta. E' questo principio espresso da norme appartenenti a diversi settori dell'ordinamento, che rispondono all'obiettivo comune di evitare il ritardo nell'apertura delle procedure concorsuali, l'accumulo di ulteriori perdite e la riduzione del patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori*”.

³⁰⁹ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., Tomo Secondo, p. 98.

³¹⁰ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 138 s.; F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 214 s.

³¹¹ Nota aggiunta.

³¹² A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 138.

pagamento (solutio debiti). L'obbligo restitutorio consegue infatti non già alla nullità (...) ma al fatto che il contratto è stato eseguito"³¹³.

La banca vanterebbe un credito verso l'impresa insolvente, di ammontare pari al capitale prestato, che potrebbe essere potenzialmente richiesto immediatamente (1183 co. 1 c.c.). Questa prospettiva è ritenuta inadeguata e insufficiente, perché non si produrrebbe una reazione sanzionatoria commisurata alle esternalità prodotte dalla condotta del banchiere³¹⁴.

Non sembra, al contrario, che le conseguenze della nullità del finanziamento siano così poco rilevanti, anche sul piano degli assetti economici delle parti che siedono al tavolo del fallimento.

Occorre considerare, infatti, che la maggior parte dei finanziamenti bancari è assistito da forti garanzie reali e personali: la richiesta di garanzie da parte della banca si intensifica a fronte dell'incremento del rischio connesso all'operazione.

Il primo effetto che consegue alla declaratoria di nullità è l'eliminazione di ogni tipo di garanzia: la banca assumerebbe il ruolo di creditore chirografario. In tal modo incrementerebbero esponenzialmente le *chance* di soddisfazione degli altri creditori, privilegiati e non, sull'attivo fallimentare. La trasformazione in chirografario di un credito privilegiato permette, in sede di riparto, l'attribuzione agli altri creditori di una quota decisamente superiore: la banca verrà soddisfatta in percentuali molto basse, anche a fronte di un credito ingente, permettendo di incrementare proporzionalmente la porzione spettante agli altri chirografari.

Richiamando ancora il tema del mutuo fondiario che eccede il limite di finanziabilità previsto dall'art. 38 T.U.B., si ricorda che una delle ragioni di maggior peso in favore della tesi della nullità, in quell'ambito, risiede nella possibilità che il curatore fallimentare, ponendo nel nulla il contratto, trasformi il creditore bancario, privilegiato, in creditore chirografario³¹⁵. Lo stesso potrebbe dirsi in questo caso: è tutto tranne che uno svantaggio l'eliminazione dei privilegi in capo al creditore istituzionalmente più garantito.

La tesi della nullità del finanziamento abusivo comporta, già di per sé sola, interessanti risvolti economico-giuridici, e sembra tutto tranne che inutile o inefficiente. Si deve infatti considerare che, prima o dopo l'impugnativa da parte del curatore fallimentare per la declaratoria di nullità, resterebbe ferma l'azione individuale dei singoli creditori, diretta ad ottenere il risarcimento

³¹³ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 993 s.

³¹⁴ A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, cit., p. 138 s.; F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, cit., p. 214 s.

³¹⁵ U. MALVAGNA, *Credito fondiari, nullità «a vantaggio del cliente» e legittimazione di altri*, cit., in tema di mutuo fondiario eccedente il limite di finanziabilità precisa come, in quell'ambito, "l'accertamento della nullità del contratto (e, di riflesso, della garanzia ipotecaria) sia stato — il più delle volte — promosso dal curatore, al fine di aumentare la massa fallimentare e diminuire così la falcidia dei creditori non garantiti (o garantiti in maniera deteriore; ad es., per l'inversione dell'ordine delle cause legittime di prelazione che introduce l'art. 2775-bis c.c.)".

dei danni per la concessione abusiva di credito. Le due azioni hanno fondamento e legittimazione diversa, e possono dirsi del tutto autonome: la prima non esclude la seconda.

Il creditore si vedrebbe così doppiamente avvantaggiato: da un lato, senza alcun suo impegno personale, vede cancellate tutte le garanzie e la posizione di preminenza della banca e, dall'altro lato, conserva il diritto di agire *motu proprio* per ottenere il risarcimento discendente dalla concessione abusiva del credito (provando, quindi, di aver confidato senza colpa nell'apparenza ingenerata dalla banca circa la solvibilità del finanziato).

Un problema marginale potrebbe residuare: in caso di mutuo la banca ha diritto di essere pagata in via rateale alle scadenze pattuite, mentre in seguito alla nullità conseguirebbe il diritto di essere rimborsata, in via restitutoria (art. 2033 c.c.) per l'intero capitale mutuato, immediatamente. Il tema sembra avere un minor peso in sede fallimentare, ma non può essere del tutto trascurato.

Si può rispondere positivamente anche a questa obiezione: la dottrina e la giurisprudenza, pur in sedi diverse, si sono spesso interrogate sulle conseguenze della nullità del mutuo bancario, e sono giunte a diverse possibili ricostruzioni.

Da una parte, si potrebbe proporre un'applicazione analogica della regole di cui all'art. 125 bis co. 9 T.U.B.³¹⁶, che in ambito di credito ai consumatori prevede *“In caso di nullità del contratto, il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili”*.

Altra alternativa interpretativa può essere individuata nell'applicazione dell'art. 1817 c.c. – sostituzione conformativa del debito di restituzione ad opera del giudice: *“Se non è fissato un termine per la restituzione, questo è stabilito dal giudice, avuto riguardo alle circostanze. Se è stato convenuto che il mutuatario paghi solo quando potrà, il termine per il pagamento è pure fissato dal giudice.”*³¹⁷. La norma potrebbe essere utilizzata dall'autorità giudiziaria per stabilire scadenze eque nel rimborso, anche qualora si ritenesse di non poter estendere analogicamente la norma di settore che già dispone in senso analogo.

Si può poi ricordare un recente precedente, nel quale l'Arbitro Bancario Finanziario³¹⁸ ha stabilito che, in caso di nullità di un contratto di finanziamento, il cliente debba restituire la somma capitale, maggiorata degli interessi legali, con esclusione di ogni altro onere, facendo salvo il diritto per il giudicante di *“tenere ferme le scadenze fissate nel contratto nullo”*. La pronuncia argomenta

³¹⁶ A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 308 ss.

³¹⁷ A.A. DOLMETTA, *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»*, cit.: *“la letteratura (Arbitro bancario finanziario compreso) si sforza di trovare rimedi utilizzabili per una simile stortura (quale scheggia disciplinare estranea al sistema che la contiene): dall'applicazione analogica dell'art. 125-bis, comma 9°, t.u.b., così, alla sostituzione conformativa del debito di restituzione ad opera del giudice ex art. 1817 c.c.”*

³¹⁸ A.B.F., Collegio di Roma, 26 maggio 2014, in www.ilcaso.it.

tali conclusioni a partire dall'art. 1183 co. 1 c.c.: si nega cioè il diritto per il creditore di esigere la somma immediatamente, e si attribuisce al giudice, in base agli usi, alla natura della prestazione e al modo dell'esecuzione, il potere di fissare un termine per l'adempimento.

A fronte di questi ragionamenti si può affermare, con una certa sicurezza, che il giudice che dichiara la nullità del finanziamento per contrarietà all'ordine pubblico si curerà di imporre un termine congruo per la restituzione, evitando così di far gravare immediatamente sull'impresa insolvente la restituzione dell'intero capitale mutuato.

Si ripete che, anche fermandosi a questo punto, l'argomento della nullità dovrebbe ritenersi economicamente fondato e giustificato: conduce ad una situazione preferibile per i creditori e per la curatela fallimentare rispetto alle conclusioni cui è giunta la tesi più consolidata.

Si può restare ancora un poco sul tema, per verificare se vi siano ulteriori margini e correttivi alla tesi della nullità, con particolare attenzione al suo riverbero economico.

Una prima strada è stata già percorsa in dottrina e in giurisprudenza: si tratterebbe di indagare il tema del concorso del banchiere nell'illecito degli amministratori, imperniato sulla *mala gestio*³¹⁹. Riassumendo quanto in più punti accennato nelle pagine precedenti, si afferma che la banca potrebbe essere chiamata a rispondere per avere ingerito nella gestione della società, concordando con gli amministratori un piano economico o una serie di operazioni, tra le quali il finanziamento, che hanno danneggiato il patrimonio sociale.

Si tratterebbe quindi di un'ipotesi di concorso nell'illecito degli amministratori, disciplinato dagli artt. 2392 ss. c.c., e non di un'azione dei creditori ex art. 2394 c.c.: solo l'azione di responsabilità verso gli amministratori per danni alla società si ritiene infatti competenza del curatore fallimentare ex art. 146 l.fall. La Cassazione a Sezioni Unite³²⁰ ha, *obiter dictum*, avallato tale soluzione, riaffermata poi da una successiva pronuncia di legittimità³²¹.

³¹⁹ A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, cit., p. 305 ss. – il quale non si limita a considerare il caso di concorso nell'illecito degli amministratori, ma approfondisce la tematica (utilizzata in *common law* per reprimere condotte affini) della responsabilità per ingerenza della banca nella gestione dell'impresa insolvente e della responsabilità per abuso del controllo (art. 2497 c.c.). Sul tema particolare della *mala gestio* l'Autore afferma, in linea con quanto si vuol dimostrare: “sicuramente integra gli estremi della responsabilità ex art. 2392 c.c. il comportamento degli amministratori che abbiano fatto ricorso al credito allo scopo di ritardare la dichiarazione di fallimento, con ciò aggravando il dissesto”. V. PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva del credito tra unità e pluralità*, in *Giur. Comm.* 2011, 5, p. 1161 che afferma che l'illecito si risolve “tramite il mezzo necessario del sostegno abusivo, in una consapevole partecipazione del terzo al programma di continuazione dell'impresa insolvente attuato dagli amministratori”.

³²⁰ “Potrebbe, al più, ipotizzarsi una responsabilità di costoro per *mala gestio*” Cass. S.U. 28 marzo 2006 n. 7029, 7030, 7031, cit.

³²¹ Cass. 1 giugno 2010 n. 13413 cit., p. 1157 con nota di PINTO (cit.): “se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi che regolano il nesso di causalità e il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento, che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo, configurandosi a carico dei responsabili del danno, un'obbligazione solidale”.

Questa fattispecie di responsabilità è nota in dottrina e in giurisprudenza, e potrebbe certamente fondare un'azione del curatore fallimentare, parallela o alternativa a quella per la nullità del finanziamento (e del tutto indipendente dalla stessa), rivolta a reintegrare l'attivo fallimentare a mezzo del risarcimento preteso dalla banca.

Il problema che, al più, si può riscontrare è sul piano concreto: nonostante le opinioni favorevoli emergenti dagli ultimi contributi sul punto, non si può affatto considerare che ogni finanziamento concesso ad un soggetto immeritevole comporti un'ingerenza nella gestione societaria. Anzi tutto occorre che sussista uno spazio per l'affermazione di una responsabilità degli amministratori verso la società³²². In secondo luogo è necessario che si possa dimostrare che la banca ha tenuto una condotta incompatibile con quella di controparte contraente "forte"³²³: non basta cioè che la banca abbia subordinato il finanziamento alla sussistenza di alcune garanzie, o di alcune condizioni economiche e patrimoniali che l'impresa ha poi, nei fatti, rispettato. Ciò dovrebbe considerarsi elemento naturale delle trattative in ambito di contratti finanziari complessi.

La banca dovrebbe rispondere per concorso nella *mala gestio* degli amministratori solo quando il suo comportamento dimostri elementi inequivoci di partecipazione alla gestione societaria, e quindi travalichi la normale condotta dell'investitore coinvolto nella stipulazione di un finanziamento. Sembra di poter ravvisare questi presupposti, anzi tutto, quando alla base del finanziamento si ha un accordo tra banca e impresa diretto a pregiudicare gli interessi degli altri creditori – se la banca, consapevole dell'insolvenza del finanziato – gli imponga di porre in essere attività e condotte dirette a garantirsi la consolidazione delle proprie garanzie. È difficile, se non del tutto inammissibile, ravvisare un concorso della banca nel caso in cui il finanziamento sia erogato per errore, e cioè per una leggerezza (negligenza o imprudenza) nel vaglio del merito del credito.

Questo detto, la strada della pretesa risarcitoria (azionabile dal curatore fallimentare) per concorso nell'illecito degli amministratori è aperta, riconosciuta dagli interpreti come percorribile e probabilmente sarà campo di ulteriori sviluppi sul tema della concessione abusiva di credito³²⁴.

A fronte della nullità del contratto, però, si apre un'ulteriore ipotesi interpretativa: quella della responsabilità precontrattuale della banca che ha posto in essere un contratto nullo, con effetti economici pregiudizievoli per la controparte. Non si deve infatti dimenticare che l'ordinamento riconosce rilevanti "effetti indiretti" del contratto nullo, o meglio ipotesi legali di attenuazione degli

³²² Sul punto, *amplius*, M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 5, p. 1079 ss.

³²³ Che deve dirsi lecita, data anche la ampia diffusione di questa prassi sul mercato.

³²⁴ Pur dovendosi riconoscere che l'illecito, in questo caso, ha natura, presupposti e requisiti del tutto diversi da quello che possono lamentare i creditori *uti singuli*, il quale è fondato sull'affidamento.

effetti negativi della nullità³²⁵ nei confronti delle stesse parti (art. 1338 c.c.) o dei terzi (1415 c.c., 2652 n. 5 c.c.).

Se alla nullità dell'erogazione abusiva (e quindi alla rimozione del contratto dal mercato) si affiancasse l'obbligo del finanziatore di risarcire l'impresa insolvente (in misura pari al c.d. interesse negativo, riportando l'impresa nello *status quo ante*), si otterrebbero esiti decisamente preferibili rispetto a quelli che possono raggiungersi col solo rimedio risarcitorio.

Perché si possa affermare una responsabilità precontrattuale della banca, occorre però risolvere un problema centrale: il fatto che l'imprenditore abbia partecipato alla stipulazione del contratto nullo, e quindi abbia voluto il finanziamento, opera in questo caso quale causa di giustificazione (c.d. consenso dell'avente diritto ex art. 50 c.p.³²⁶)?

Si è già detto che la giurisprudenza nega la sussistenza di un danno risarcibile al patrimonio dell'imprenditore finanziato³²⁷, poiché questi è stato parte del contratto, e senza il suo consenso il negozio stesso non si sarebbe concluso, e non avrebbe dunque potuto produrre alcun danno (né all'imprenditore né a terzi)³²⁸. Per affermare un risarcimento del danno precontrattuale occorre quindi evitare di ricadere nella medesima obiezione che ha condotto a respingere l'orientamento citato.

Applicando l'art. 50 c.p. si potrebbe dire che l'imprenditore insolvente non può pretendere il risarcimento, poiché ha concorso alla stipulazione del contratto da cui il danno discende, e dunque ha accettato l'ingerenza giuridica della banca nel suo patrimonio. Né si può dire che il consenso dell'imprenditore sia nullo perché nullo è il contratto: la sua volontà, espressa in sede di conclusione, non ha significato sul piano negoziale (*nullum producit effectum*) ma rileva sul piano extracontrattuale. Ulteriormente, non potrebbe rilevare il fatto che l'ordinamento, in alcune ipotesi particolari, garantisca alla parte "debole" che ha stipulato un contratto nullo il diritto ad una reintegrazione economica. Le ipotesi della subfornitura (art. 2 comma 1 l. 18 giugno 1998 n. 192³²⁹)

³²⁵ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in A. CICU - F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, t. 2, Milano, 1968, p. 171.

³²⁶ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 716. C.M. BIANCA, *Diritto Civile. Volume 5. La responsabilità*, cit., p. 681 ss.

³²⁷ Tesi discussa analiticamente nel precedente Par. 4.4 e riconducibile principalmente a B. INZITARI *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit.

³²⁸ Cass., S.U., 28 marzo 2006 n. 7029, 7030, 7031, cit., ove si afferma che l'impresa "partecipò al contratto che dette luogo all'abusiva concessione di credito" e che dunque non può sussistere un suo diritto al risarcimento del danno patrimoniale subito a causa del contratto.

³²⁹ "Il rapporto di subfornitura si instaura con il contratto, che deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità. (...) In caso di nullità ai sensi del presente comma, il subfornitore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto".

e del contratto di lavoro (art. 2126 c.c.³³⁰) sono per la dottrina³³¹ da considerarsi eccezionali – è stato addirittura (impropriamente) sostenuto che siano incongruenze di sistema, contrastando con il principio per cui il contratto nullo è improduttivo di effetti³³². Non si può dunque immaginare di applicare analogicamente o estensivamente queste norme all'ipotesi del finanziamento all'insolvente, in quanto sono dirette espressamente a disciplinare fattispecie di dettaglio e non comuni. Il dubbio circa l'applicabilità dell'art. 50 in caso di nullità del finanziamento, sin qui, permane.

Ma il collegamento tra la responsabilità precontrattuale e la nullità del finanziamento abusivo sembra perfettamente racchiuso nell'art. 1338 c.c.: *“La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto”*.

Per la dottrina, l'art. 1338 c.c. invita a porsi una domanda: *“cosa sarebbe successo se (...) il contratto invalido non fosse stato concluso?”*³³³. Nel nostro caso la risposta è chiara: se la banca non avesse concesso il finanziamento, l'imprenditore non avrebbe potuto celare la sua insolvenza ai creditori, ma soprattutto non avrebbe potuto continuare la sua attività, protraendo la situazione di insolvenza e assottigliando il valore dell'attivo patrimoniale, e cioè danneggiando, *in primis*, sé stesso.

Si deve ricordare che la giurisprudenza ha adottato un'interpretazione rigorosa e restrittiva della norma in esame. La nota Cass. 7 marzo 2001 n. 3272³³⁴ afferma che la responsabilità ex art. 1338 c.c. non si può affermare quando l'invalidità del contratto discende espressamente da una norma di legge. L'orientamento è stato fortemente criticato da più parti in dottrina³³⁵, ma la giurisprudenza pare sul punto monolitica³³⁶. Sembra allora che, esclusa la nullità per violazione di norme imperative, possa intendersi invece ammissibile il risarcimento nel caso in cui la nullità discenda da principi di ordine pubblico e buon costume (e quindi non da legge espressa).

³³⁰ *“La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione”*.

³³¹ F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 958 ss.

³³² M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 398.

³³³ G. MERUZZI, *La quantificazione dell'interesse contrattuale negativo nella responsabilità in contrahendo ex art. 1338 c.c.*, in *Corriere Giur.* 2005, 8, p. 1099 ss.

³³⁴ Cass. 7 marzo 2001 n. 3272, in *Mass. Giur. It.* 2001. Sul punto anche molte pronunzie successive: si ricorda in particolare la recente Cass. 8 luglio 2010 n. 16149, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 5, p. 1065 con nota di MATTIONI.

³³⁵ *Ex multis* R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 603.

³³⁶ Espressione di N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008, p. 289 – opera che si richiama anche per più ampi approfondimenti delle opinioni della dottrina e della giurisprudenza. Sul punto anche G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010, p. 135 ss.

Superata la prima resistenza, rappresentata dalle letture restrittive dell'art. 1338 c.c. operate della giurisprudenza, ci si deve misurare con il problema principale del consenso dell'avente diritto: si può affermare che il finanziato abbia confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto?

Va considerato che il requisito dell'assenza di colpa del danneggiato, espresso nella norma, dev'essere interpretato con attenzione: qui non rileva che il comportamento del finanziato sia o meno connotato da imprudenza, negligenza e imperizia, bensì che il soggetto che si pretende danneggiato abbia "confidato senza colpa". L'indagine dell'elemento soggettivo deve cioè svolgersi nel campo più ristretto dell'affidamento riposto dal contraente nella validità del contratto³³⁷.

In altre parole si deve determinare se l'imprenditore insolvente sapesse (dolo) o dovesse sapere (colpa) che il contratto da lui stipulato è nullo. La valutazione è diversa da quella del consenso dell'avente diritto ai sensi dell'art. 50 c.p. Altro è chiedersi se il contratto è *coscientemente voluto* dall'imprenditore, altro è invece domandarsi se lo stipulante *conosca la causa di invalidità* del contratto (ipotesi che esclude l'applicabilità del rimedio speciale dell'art. 1338 c.c.)³³⁸. Il finanziato ha voluto il contratto, e ha preso parte alla stipulazione, ma ciò non rileva ai fini dell'art. 1338 c.c. – norma che prevede una responsabilità fisiologicamente discendente da un contratto concluso tra due parti, entrambe consenzienti.

Citando un noto orientamento di legittimità, con riguardo all'art. 1338 c.c. ci si deve chiedere se il finanziato "*avrebbe potuto, con l'ordinaria diligenza, venire a conoscenza della reale situazione e, quindi, della causa di invalidità del contratto*"³³⁹. Occorre dunque capire se il soggetto è, senza sua colpa "coinvolto in una stipulazione inutile".

Si potrebbe rispondere in senso negativo: secondo le parole di un Autore, "*l'art. 1338 pare (...) riferirsi alle sole ipotesi in cui la parte non abbia posto in essere essa stessa la causa di invalidità: diversamente non sorge alcun obbligo di comunicare la causa di invalidità*"³⁴⁰. Qui l'imprenditore si è posto nella condizione di insolvenza irreversibile, che cagiona, di riflesso, l'illiceità della condotta del finanziatore.

Ulteriormente si potrebbe ricordare, con la Cassazione a Sezioni Unite³⁴¹, che l'imprenditore decotto "*partecipò al contratto che dette luogo all'abusiva concessione di credito*" e, con la più

³³⁷ Si è convincentemente affermato che affidamento "*non è la opinione che la legge garantisca l'efficacia della promessa. Esso è la persuasione che il promittente (sia egli costretto, o meno, dalla legge) adempirà*". R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 607.

³³⁸ Non si deve confondere questa discussione con il più noto dibattito su quale sia il fatto generatore del danno risarcibile: alcuni – C.M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3. Il Contratto*, Seconda Edizione, Milano, 2000, p. 174 – ritengono sia la nullità del contratto, altri – D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999, p. 425 – ritengono sia invece il semplice l'induzione dell'affidamento altrui.

³³⁹ Cass. 7 marzo 2001 n. 3272, cit.

³⁴⁰ D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, cit., p. 484 ss.

³⁴¹ Cass. S.U. 28 marzo 2006 nn. 7029, 7030 e 7031, cit.

recente pronunzia di merito³⁴², che “*non è seriamente prospettabile che un soggetto possa incorrere in errore sul proprio stato di insolvenza per un finanziamento da lui stesso richiesto e concesso incautamente da un istituto di credito ed anche se si volesse ritenere prospettabile si dovrebbe comunque ritenere trattarsi di errore sicuramente colpevole*”.

Non può dirsi che l'imprenditore ignori incolpevolmente la propria insolvenza: da ciò si potrebbe concludere che il soggetto finanziato dovrebbe essere a conoscenza dell'illiceità del finanziamento, illiceità che discende proprio dal suo stato soggettivo di *default* irreversibile – e pertanto che non sussista il fondamento della responsabilità ex art. 1338 c.c.

Ritengo al contrario che possa darsi una risposta positiva³⁴³: accogliendo la rigorosa affermazione del Tribunale di Rovereto si può solo enunciare che un'ignoranza del proprio stato di dissesto, se presente, è colpevole. Questo non comporta logicamente o giuridicamente che l'imprenditore possa o debba essere anche a conoscenza del fatto che il proprio stato di insolvenza genera un dovere della banca di astenersi dal finanziamento, e di conseguenza la nullità del contratto di credito per contrasto ai principi di ordine pubblico.

L'imprenditore o dovrebbe sapere di essere decotto – ma non sa, e non è tenuto a sapere, che il finanziamento bancario a lui diretto deve considerarsi nullo, perché non è detto che sia a conoscenza del divieto. Chi invece deve essere a conoscenza del divieto³⁴⁴, discendente da principi sovraordinati, è la banca: questa sa di essere tenuta al vaglio del merito del credito, e sa che l'erogazione di credito ad un soggetto insolvente è contraria alla “sana e prudente gestione del credito”, e potenzialmente dannosa per la collettività.

Di queste considerazioni, discendenti dalla normativa di settore e dal ruolo istituzionale della banca, non è parte l'impresa finanziata, che – erroneamente – vede nel finanziamento un'occasione, o quantomeno un modo di posticipare il fallimento.

A sostegno di questa lettura si ricorda l'affermazione per cui non deve sussistere presunzione di colpa ex art. 1338 c.c. “*quando lo stipulante agisca nell'ambito della sua attività professionale e d'impresa, trattando con un promittente estraneo all'attività, o impreparato, e la nullità dipenda da*

³⁴² Tribunale di Rovereto, 6 agosto 2012, cit.

³⁴³ In caso contrario, forse, la responsabilità della banca potrebbe discendere dall'art. 1337 c.c.: la dottrina e la giurisprudenza concordano sul fatto che la normativa generale sulla responsabilità precontrattuale è compatibile con il concorso di colpa (anche perché l'art. 1227 è richiamato dall'art. 2056 e quindi applicabile sia alla responsabilità contrattuale che a quella extracontrattuale). Sul punto Cass. 21 gennaio 1985 n. 226, in *Resp. Civ. e prev.* 1985, p. 757 con nota di P.G. MONATERI, *Concorso di colpa e affidamento nella responsabilità precontrattuale*. Più di recente N. SAPONE, *Il concorso di colpa del danneggiato*, Milano, 2007, p. 46 ss.; V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, Milano, 2012, p. 116. E' sembrato più pertinente approfondire l'ipotesi interpretativa di cui all'art. 1338 c.c., che è parsa più specifica e calzante rispetto alle fattispecie discusse.

³⁴⁴ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 2, p. 362 s. affermava: “*La mala fede può sussistere soltanto nell'ipotesi di conoscenza della causa di nullità del contratto, mentre l'art. 1338 ammette la responsabilità anche nell'ipotesi di ignoranza inescusabile*”.

*una specifica regola concernente quel ramo dato di attività*³⁴⁵. Nel nostro caso, addirittura, la nullità dipende da una specifica regola che vincola la banca (concedere credito solo a soggetti meritevoli) il cui scrutinio è rimesso ad un procedimento interno, che deve compiere la banca stessa, e del quale il finanziato nulla può sapere. Si legge una conferma del fatto che l'imprenditore ha confidato senza sua colpa nella validità del contratto di credito, poiché le ragioni che conducono ad affermare la nullità sono tutte relative all'attività professionale e riservata del banchiere, e dipendono in buona parte dalle regole della normativa di settore.

A simili conclusioni giunge un'altra opinione, secondo cui la colpa dev'essere valutata in concreto, e può essere esclusa quando l'invalidità *“deriva da presupposti di fatto che ricadono nell'ambito di controllo dell'altra parte”*³⁴⁶. L'autore fa un interessante esempio: l'incommerciabilità del bene contenente un ingrediente dannoso per la salute. In questo caso l'acquirente vuole la stipulazione del contratto, e vuole il bene – ma non conosce la dannosità dell'ingrediente. Il caso sembra non discostarsi da quello in esame: l'impresa sa di essere insolvente e vuole il finanziamento, ma non sa che esso si rivelerà dannoso, e che la stipulazione del contratto può avere effetti negativi non solo per sé, ma anche per il mercato dei consociati (ragione per cui si è affermato non solo il risarcimento del danno, ma anche la nullità del contratto).

Accogliendo la prospettiva della responsabilità precontrattuale, il risarcimento, secondo l'insegnamento tradizionale e condiviso anche in giurisprudenza, è limitato all'interesse negativo³⁴⁷. Non potrebbe essere altrimenti³⁴⁸: l'obiettivo dell'azione è quello di riportare l'impresa nella situazione in cui si trovava prima di ottenere l'illecita erogazione di credito.

In tal caso *“il soggetto, precisamente, è lesa nella sua libertà negoziale in quanto il comportamento doloso o colposo dell'altra parte lo ha coinvolto nella stipulazione di un contratto invalido o inefficace”*³⁴⁹ – il suo diritto è quello di essere riportato alla condizione antecedente la stipulazione inutile ed anzi, in questo caso, dannosa.³⁵⁰

³⁴⁵ R. SACCO, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 604.

³⁴⁶ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3. Il Contratto*, Seconda Edizione, Milano, 2000, p. 173.

³⁴⁷ Sul punto, ampiamente, N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 735 ss.

³⁴⁸ A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 292 e in particolare nota 121: *“a seguito della nullità da abuso si (può) prospettare anche un risarcimento del danno; risarcimento che non potrà avere ad oggetto l'interesse positivo”*. In tal senso, *amplius*, A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e Dir. Priv.* 1999, p. 1205 ss.

³⁴⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3. Il Contratto*, cit., p. 176.

³⁵⁰ Si deve notare che la dottrina applica la disciplina dell'art. 1338 c.c. anche all'ipotesi di rescissione per lesione: F. CARINGELLA - G. DE MARZIO, *Manuale di diritto civile. Vol. 3: Il contratto*, Milano, 2008, p. 886. Ciò pare confortare ulteriormente le argomentazioni qui pesate: oltre alla eliminazione *ex tunc* degli effetti del contratto, la sentenza costitutiva di rescissione *“attribuisce alla parte lesa la possibilità di pretendere il risarcimento dei danni nella misura dell'interesse negativo”*. Anche nel caso della rescissione, infatti, si può assistere all'esigenza di riequilibrare la condizione patrimoniale del soggetto lesa, il quale confidava nella prestazione (pur potendo astrattamente essere a conoscenza della rescindibilità del contratto, esattamente come il nostro imprenditore insolvente).

Non si entra, in questa sede, nel dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale³⁵¹ e sulla possibilità che l'interesse negativo pareggi o superi l'ipotetico interesse positivo³⁵²: sono temi di grande rilevanza che meritano approfondimento in sedi migliori.

La responsabilità della banca, in questo caso, è per un danno cagionato direttamente all'impresa: per questo si deve certamente affermare la legittimazione attiva del curatore fallimentare: questi si sostituisce all'imprenditore stesso ex art. 31 l.fall. (nella sua qualità di amministratore del patrimonio fallimentare) per richiedere i danni cagionati da una stipulazione inutile e dannosa.

L'orientamento discusso, che pare coerente, afferma che la banca che finanzia un soggetto irreversibilmente insolvente sta stipulando un contratto nullo, perché contrario ai principi di ordine pubblico economico. La stessa può essere chiamata a rispondere dei danni cagionati all'impresa per averla coinvolta in una trattativa e in una seguente stipulazione inutile (e anche dannosa) – dovendo così ripristinare lo *status quo ante* il contratto invalido. Entrambe le azioni sono competenza del curatore fallimentare, che le esercita nell'interesse della società e dei suoi creditori. Naturalmente questi ultimi dovrebbero riuscire a soddisfarsi su un patrimonio più capiente (quello dell'impresa al momento dell'erogazione del finanziamento), e così si eviterebbe di duplicare le ragioni risarcitorie, escludendo, nella maggior parte dei casi³⁵³, un'azione personale dei creditori per concessione abusiva del credito (a fronte del completo ristoro del patrimonio dell'impresa nella condizione antecedente al finanziamento).

³⁵¹ Sul punto si afferma “il risarcimento del danno non scaturisce dal fatto, come se si trattasse di un fatto illecito dell'art. 2043 c.c., ma dall'inadempimento al dovere di buona fede che nasce, questo sì, dal fatto: la trattativa o il contratto invalido” così M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è dunque ... contrattuale?*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 2, p. 283 ss., che pone al vaglio le note pronunzie Cass. 20 dicembre 2011 n. 27648, in *Contratti*, 2012, p. 235 (annotata da DELLA NEGRA, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e modelli di responsabilità*) e Cass. 21 novembre 2011 n. 24438, in *Urbanistica e appalti*, 2012, p. 673, con nota di PONTE, *La natura e il giudice della responsabilità per lesione dell'affidamento*. Entrambe le sentenze, che paiono affermare la natura “contrattuale” della responsabilità precontrattuale, sono reperibili anche in *Resp. civ.*, 2012, p. 1949, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*. Sul punto recentemente il saggio di F. FORTE - M.S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, in *Corriere Giur.* 2013, 11, Allegato 2, p. 5 ss.

³⁵² N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 739 ss. Sul tema si ricordano, *ex multae*, le divergenti opinioni di F. BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 9 s. (per la tesi positiva) e R. SACCO, *Le invalidità, in Obbligazioni e contratti*, II, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1997, volume 10, p. 595 ss. (ove l'Autore nega che l'interesse negativo possa superare l'interesse negativo per mancanza del nesso di causalità).

³⁵³ Questo è certamente vero per i creditori anteriori al finanziamento: costoro sono posti, a seguito del risarcimento, nella medesima condizione economica in cui si sarebbero trovati chiedendo il fallimento nella data in cui è stato erogato il finanziamento. Forse residuerebbe uno spazio per un'autonoma pretesa risarcitoria in capo a coloro che sono diventati creditori dopo il finanziamento, e in virtù della falsa apparenza ingenerata dalla condotta della banca. Questi ultimi credevano di investire in un soggetto solvente, per colpa dell'erogazione imprudente, e potrebbero quindi aver ragione di pretendere dei danni ulteriori dalla banca, essendo stati indotti in errore dalla falsa apparenza prodotta dal finanziamento.

In questo capitolo si è voluto tentare di guardare a soluzioni alternative, recenti o inedite, e (si crede) più efficienti – abbandonando la sicurezza dei precedenti e delle opinioni conformi e consolidate. Non è questo però lo stato dell'arte della materia, e se ne è ben consapevoli: il tema è ancora racchiuso tra la mancanza di legittimazione del curatore fallimentare e la “nuova” ipotesi del concorso della banca nell'illecito degli amministratori.

Del resto, si è anche consapevoli della necessità che le opinioni qui proposte siano vagliate, criticate e corrette – si può auspicare, però, che possano costituire un valido spunto di informazione e riflessione.

CAPITOLO VI

IL FINANZIAMENTO EROGATO ALL'INTERNO DELLE PROCEDURE ALTERNATIVE AL FALLIMENTO: MARGINI DI RESPONSABILITÀ PER LA BANCA

6.1 PREMESSA

Nei precedenti capitoli si è concentrata l'attenzione sul finanziamento all'imprenditore in crisi, allo scopo di discernere i profili di responsabilità della banca erogatrice di un credito abusivo (erogato ad un soggetto immeritevole).

In particolare nel primo capitolo si è dimostrato che l'unica condizione economico-giuridica rilevante per l'affermazione di responsabilità della banca è l'irreversibilità del dissesto del finanziato, cioè la situazione nella quale l'impresa distrugge progressivamente ricchezza senza crearne di nuova e quindi che, in esercizio, ha valore inferiore ai beni che la compongono³⁵⁴.

I ragionamenti sin qui svolti riguardano il caso in cui l'imprenditore, anche grazie al credito bancario, nasconda la sua condizione economica al mercato.

L'insolvenza ex art. 5 fall (presupposto per il fallimento) è infatti una condizione esteriore in cui *“la crisi esplode all'esterno, sfociando in una carenza dei mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni”*³⁵⁵. Se il credito di cui gode l'impresa è uno degli elementi centrali per la valutazione dell'insolvenza (esteriore)³⁵⁶, è evidente che la banca, finanziando un soggetto che doveva sapere irrecuperabile, contribuisce a tenere celato il dissesto, ingannando il mercato³⁵⁷.

Le considerazioni dei precedenti capitoli riguardano, in altri termini, il caso in cui l'imprenditore in dissesto prosegua la sua attività senza adottare accorgimenti e senza curarsi degli interessi dei suoi creditori, sostenuto dal credito – illegittimo – della banca.

³⁵⁴ Sul punto ampiamente *supra*, Cap. I par. 4.

³⁵⁵ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 12.

³⁵⁶ G. BONELLI, *Del fallimento*, cit., p. 5.

³⁵⁷ Questa falsa apparenza è un aspetto centrale per la tesi, condivisa dalle Sezioni Unite, che riscontra un danno ai creditori del finanziato discendente dalla lesione della loro libertà negoziale (e in particolare libertà di esercizio delle azioni a tutela del credito). Sul punto si veda il precedente Capitolo IV, Par. 3 e 6.

Ma il tema, dibattuto in Italia sin dagli anni Settanta, dev'essere oggi ridiscusso guardando all'evoluzione delle crisi d'impresa: in particolare occorre far riferimento al contesto nel quale si situa il contratto tra la banca e l'imprenditore.

Ci si deve cioè chiedere, per completare il quadro d'indagine, se le conclusioni sin qui tratte siano applicabili al caso in cui l'imprenditore in difficoltà faccia ricorso ad uno degli strumenti negoziali per la soluzione della crisi d'impresa.

Occorre cioè verificare la seguente affermazione: “(Lo schema interpretativo della concessione abusiva del credito) è *destinato a subire una significativa torsione a fronte della mutata filosofia del sistema concorsuale. Il favor legislativo per le soluzioni negoziali e stragiudiziali della crisi d'impresa introduce elementi di alterazione che impongono probabilmente un diverso inquadramento delle eventuali azioni risarcitorie dei terzi che assumano di aver subito una lesione dannosa nella loro libertà di autodeterminazione contrattuale per l'erronea percezione della realtà economico-finanziaria dell'impresa sovvenuta indotta dall'intervento del finanziatore*”³⁵⁸.

6.2 LE MODIFICHE DELLA LEGGE FALLIMENTARE E L'INCREMENTATO RILIEVO DELLE PROCEDURE ALTERNATIVE AL FALLIMENTO

L'impresa che si trovi in stato di insolvenza, ai sensi dell'art. 5 l. fall., è dichiarata fallita. In questo caso, la legge impone all'imprenditore decotto un procedimento di regolamentazione del dissesto, diretto a proteggere i creditori contro un ulteriore impoverimento del patrimonio del fallito e a garantire che la loro soddisfazione avvenga nel rispetto del principio di *par condicio*.

Per oltre sessanta anni, dall'introduzione del R.D. 16 marzo 1942 n. 267, il fallimento è stato, seppur con qualche modifica e contemperamento marginale, la principale risposta dell'ordinamento al problema della crisi d'impresa: gli strumenti del (vecchio) concordato preventivo e della (scomparsa) amministrazione concorsuale erano riservati a casi di imprenditori meritevoli – “onesti ma sfortunati”³⁵⁹.

La procedura di fallimento era imposta all'imprenditore dai creditori o per iniziativa pubblica, comportava sanzioni punitive per il fallito, era esclusivamente diretta alla vendita atomistica dei beni d'impresa e caratterizzata da un pregnante controllo e potere dell'autorità giudiziaria.

³⁵⁸ S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2009, p. 1.

³⁵⁹ G. TRISORIO LIUZZI, *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Milano, 2011, p. 340.

Alla metà degli anni Duemila, conformandosi alle scelte dei principali paesi europei³⁶⁰, il legislatore italiano ha iniziato un processo di ammodernamento e rivoluzione della legge fallimentare³⁶¹. Possono individuarsi due linee portanti degli interventi modificativi dell'ultimo decennio³⁶².

Da un lato si è corretta e perfezionata la procedura fallimentare, eliminandone il connotato punitivo, diminuendo la portata del potere giudiziario³⁶³ e soprattutto ammettendo che funzione della procedura non sia esclusivamente la disgregazione dell'impresa per la sua liquidazione atomistica, ma permettendo una forma (limitata) di continuità attraverso il trasferimento o l'affitto d'azienda.

D'altro lato, ed è l'aspetto che più qui interessa, si sono incentivate e promosse ipotesi alternative per la regolamentazione della crisi d'impresa. Si parla di c.d. soluzioni privatistiche alla crisi d'impresa alternative al fallimento: il concordato preventivo (art. 160 ss. l.fall.), l'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 bis l.fall.) ed il piano attestato di risanamento (art. 67 l.fall.). Si può affermare che oggi la legge non vede il fallimento come sistema privilegiato di soluzione della crisi d'impresa: il ricorso alle soluzioni privatistiche è considerata una valida se non preferibile alternativa³⁶⁴.

Il *favor* del legislatore per le alternative negoziali, conforme all'evoluzione normativa degli altri paesi occidentali, discende da una serie di valutazioni gius-economiche importanti, che la dottrina da tempo aveva sottolineato³⁶⁵.

In linea teorica, a fronte di un qualsiasi tipo di dissesto imprenditoriale, sono infatti percorribili tre strade: il risanamento dell'impresa, la sua continuazione nelle mani di soggetti più idonei rispetto all'imprenditore in difficoltà (cessione d'azienda o affitto), e la liquidazione atomistica dell'azienda³⁶⁶.

L'ultima strada, tradizionalmente preferita dalla legge fallimentare del 1942, è quella che comporta il minore ricavato, e dunque la minore soddisfazione dei creditori: al di là delle formule

³⁶⁰ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 11 ss.

³⁶¹ Iniziato con il D.L. 14 marzo 2005 n. 35 convertito in L. 14 maggio 2005 n. 80 e seguito dai seguenti provvedimenti: D. Lgs. 9 gennaio 2006 n. 5; D.Lgs. 12 settembre 2007 n. 169; D.L. 31 maggio 2010 n. 78 convertito in L. 30 luglio 2010 n. 122; D.L. 22 giugno 2012 n. 83 convertito in l. 7 agosto 2012 n. 134; D.L. 21 giugno 2013 n. 69 convertito in L. 9 agosto 2013 n. 98.; D.L. 23 dicembre n. 145, convertito in L. 21 febbraio 2014, n. 9.

³⁶² L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., 237 ss. e 315 ss.

³⁶³ Ma il tema è discusso: sul punto cfr G. TERRANOVA, *Conflitti di interessi e giudizi di merito nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in A.A. V.V., *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno (Palermo, 18-19 giugno 2010)*, Milano, 2011, p. 163 ss.

³⁶⁴ N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012, spec. 345 ss.

³⁶⁵ L. GUATRI, *Crisi e risanamento dell'impresa*, Milano, 1986, p. 53.

³⁶⁶ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, cit.; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 16 s.

economiche è evidente all'interprete che la disgregazione dell'azienda comporta la scomparsa dell'elemento dell'organizzazione (art. 2555 c.c.) e quindi una perdita di valore³⁶⁷.

Le alternative contenute nella riforma della legge fallimentare sono invece dirette ad offrire all'imprenditore ed ai suoi creditori la possibilità di intraprendere le strade economicamente più efficienti.

Oltre a migliori prospettive di soddisfazione monetaria dei creditori, sono state puntualizzati altri importanti vantaggi che la preferenza per la soluzione privatistica comporta rispetto al fallimento: 1) i minori costi di procedura; 2) la maggiore tempestività nella definizione crisi; 3) una più ridotta perdita di credibilità dell'impresa sul mercato; 4) un iter più snello ed elastico, “*affidato esclusivamente all'imprenditore ed ai suoi naturali interlocutori*”³⁶⁸.

Non si può dimenticare, però, che per la riuscita di tali procedure alternative è generalmente richiesta una significativa partecipazione dei creditori (è dunque necessario cercare un vasto consenso su un piano economico condiviso); inoltre il minore pregnanza del controllo giudiziale comporta il rischio di manovre di *free riding*³⁶⁹.

Secondo l'analisi economica del diritto è preferibile accantonare il ricorso a procedure imposte dalla legge quando i loro costi transattivi siano superiori a benefici che le stesse arrecano alla collettività: in questo senso la riforma della legge fallimentare può essere considerata un esempio di evoluzione normativa verso regole più efficienti.

Si è detto che le soluzioni alternative al fallimento permettono di conservare meglio il valore dell'impresa, di soddisfare maggiormente i creditori nonché di contenere i tempi e i costi della procedura; a ciò si deve aggiungere che il legislatore italiano è divenuto più attento, con la riforma, alla tempestività dell'emersione della situazione di difficoltà economica dell'impresa³⁷⁰. E' considerato preferibile, per tutti i soggetti coinvolti, che la situazione di crisi sia esteriorizzata immediatamente, o comunque prima del verificarsi dello stato di insolvenza ex art. 5 l.fall. Intervenedo sul nascere del dissesto, infatti, è più probabile che il tentativo di risanamento dell'impresa abbia esito positivo³⁷¹.

³⁶⁷ Un elemento che certamente viene perduto nella liquidazione atomistica è l'avviamento dell'impresa. L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., 315 ss.

³⁶⁸ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 13.

³⁶⁹ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 13.

³⁷⁰ Si è infatti stabilito, quale presupposto del concordato preventivo, lo stato di crisi - N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, cit. 356 s.

³⁷¹ Sul punto G. CESTARI, *La diagnosi precoce della crisi aziendale. Analisi del processo patologico e modelli predittivi*, Milano, 2009. M. JORIO, *La riforma della legge fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole*, in *Giur. Comm.* 2013, 4, p. 697 ss. afferma che, nonostante i passi avanti effettuati con la riforma, all'ordinamento italiano manchino ancora strumenti di prevenzione e allerta (noti in altri paesi europei) diretti a far emergere il prima possibile la condizione di dissesto (allo scopo di intervenire tempestivamente con il salvataggio). Si legge in particolare “ (...) continuo a ritenere che la previsione di un esplicito (ed esplicitamente sanzionato) dovere dei controllori della società,

Se, come si è detto, è principalmente rilevante, ai fini della responsabilità della banca, la condizione di insolvenza irreversibile (cioè quando l'impresa in attività vale di meno che liquidata atomisticamente), e se il fallimento ha generalmente l'obiettivo la disgregazione ed alienazione separata dei cespiti aziendali, è allora efficiente che l'impresa in insolvenza irreversibile fallisca: l'illecito del banchiere si verifica quando il finanziamento è diretto ad un'impresa che non può essere salvata.

Nei prossimi paragrafi si cercherà di capire se è anche vero il contrario, cioè se la banca che finanzia un'impresa coinvolta in un concordato preventivo, in un accordo di ristrutturazione o in un piano di risanamento debba essere considerata esente da responsabilità.

Per condurre tale analisi è opportuno sottolineare le caratteristiche delle soluzioni privatistiche alternative al fallimento che interessano la presente trattazione. In particolare la letteratura economica distingue quattro ipotesi³⁷².

A) PROGETTO DI RISANAMENTO VOLONTARIO

È possibile che l'imprenditore, per contenere la crisi d'impresa e intraprendere il *turnaround*, avvii delle trattative con una parte dei suoi creditori.

Capita dunque che si cerchi di emergere dalla crisi senza coinvolgere tutti gli interessati, ma interpellando solo i creditori principali (banche, fornitori c.d. strategici ecc.). Oggetto della proposta dell'imprenditore possono essere, tra l'altro, dilazioni o riscadenziamenti dei pagamenti, remissioni parziali dei debiti, rinegoziazioni dei tassi di interesse³⁷³.

Si deve sottolineare che in tal caso non si è all'interno di una procedura o di un piano rilevante ai sensi di legge: si tratta di negozi giuridici frutto dell'autonomia privata, la cui stipulazione è libera, ed il cui rischio assumono, come di regola, le sole parti contraenti.

dopo aver esaurito tutte le iniziative endosocietarie, di rivolgersi al tribunale affinché i gestori della società siano chiamati ad esporre le misure che intendano assumere per far fronte alla crisi costituirebbe un ausilio significativo alla tempestività dell'intervento. Occorrerebbero peraltro almeno due condizioni: che i soggetti preposti al controllo interno fossero effettivamente indipendenti (ed anche per questo aspetto l'esperienza dei commissaires aux comptes andrebbe esaminata a fondo), e che venisse ripristinata la dichiarazione di fallimento d'ufficio. Il che equivale a dire che misure efficaci di prevenzione e di allerta rimarranno probabilmente un mero auspicio. Volendo ancora esercitarsi nell'indicare possibili, ancorché improbabili, misure dirette a favorire il ricorso a più tempestive soluzioni delle crisi si potrebbe pensare alla possibilità che il ricorso al concordato preventivo sia consentito non più soltanto al debitore, ma anche ai creditori, in situazioni di crisi che presentino i caratteri dell'insolvenza. L'apertura di una misura di protezione su iniziativa dei creditori dovrebbe consentire al debitore il tempo necessario per formulare una proposta e un piano, in difetto dei quali l'iniziativa dovrebbe essere consentita ai creditori o anche a un terzo, analogamente a quanto previsto nel Chapter 11."

³⁷² A. MAZZOLENI E. GIACOSA, *Il progetto di risanamento dell'impresa in crisi*, Torino, 2012.

³⁷³ *Amplius supra*, Capitolo III, Par. 5.

Il vantaggio di questa prima soluzione risiede anzitutto nella sua segretezza: la crisi non emerge, il mercato non viene allertato (e neppure informato) delle condizioni dell'imprenditore. Inoltre l'imprenditore è libero di scegliere con chi trattare per il risanamento, e dunque non è tenuto ad ottenere un vasto consenso tra i creditori: delle volte è sufficiente, per evitare l'insolvenza, solo un accordo con il ceto bancario³⁷⁴.

Un altro aspetto, collegato ai precedenti, per cui nel passato tale soluzione era preferita è descritto dalla dottrina come "fattore psicologico": l'imprenditore spesso non ammette (neppure a sé stesso) di trovarsi in crisi, e dunque preferisce trattare senza intermediari e in via diretta sperando di risolvere le sue difficoltà con i suoi principali creditori³⁷⁵.

Non è in alcun modo richiesta, in questo caso, la formulazione di un vero e proprio piano diretto al salvataggio dell'impresa: può esserci ed essere privato, o non essere neppure espresso.

I vantaggi di questa prima opzione risiedono dunque nella sua elasticità e rapidità, nonché nei ridotti costi che la caratterizzano. D'altro canto, però, la completa libertà reca con sé diversi rischi: l'assenza di ogni controllo o attestazione sul progetto di risanamento comporta che i creditori non coinvolti nella soluzione stragiudiziale possano essere fortemente pregiudicati.

A loro tutela milita certamente l'azione revocatoria fallimentare, che può colpire con l'inefficacia i contratti stipulati privatamente dall'imprenditore. Questi stessi negozi possono essere anche fonte di responsabilità della banca, qualora consistano in finanziamenti abusivi e ricorrano le fattispecie descritte nelle pagine precedenti. Il solo fatto che il contratto sia diretto a superare la crisi d'impresa non può certo fungere da esimente di responsabilità: si tratta, in tutto e per tutto, di contratti ordinari.

B) PIANI ATTESTATI EX ART. 67 L. FALL.

L'art. 67 comma 2 lett. d) l.fall. prevede che non sono soggetti a revocatoria fallimentare *“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'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria; un professionista indipendente designato dal debitore, iscritto nel registro dei revisori legali ed in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 28, lettere a) e b) deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse*

³⁷⁴ A. MAZZOLENI E. GIACOSA, *Il progetto di risanamento dell'impresa in crisi*, cit.

³⁷⁵ V. FAGGELLA in A. JORIO (a cura di), *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa. Atti del convegno (Torino 23-24 maggio 2008)*, Milano, 2009, p. 259 parla di "sindrome di Saint Vincent".

all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 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; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore”.

Il primo strumento che offre la legge fallimentare è il piano di risanamento. L'imprenditore che si trovi in difficoltà economiche può redigere un piano, nel quale si progettano le modalità ed i tempi di emersione dalla crisi e si indicano alcuni atti e negozi giuridici indispensabili per il *turnaround*.

Il piano ha matrice unilaterale, e non occorre la partecipazione dei creditori – ma perché si produca l'effetto di legge (i.e. l'esenzione da revocatoria) non basta la presenza del *business plan*: occorre che lo stesso sia sottoposto ad un esperto indipendente, tenuto sotto la sua responsabilità ad attestare la veridicità dei dati aziendali riportati e la fattibilità del piano stesso.

Il legislatore ha cioè ritenuto di poter e dover proteggere l'imprenditore nel delicato momento del *turnaround* quando questi sottopone il suo piano di risanamento ad un soggetto imparziale ed esperto³⁷⁶, il quale svolga un'approfondita indagine documentale e prospettica e rilasci una formale attestazione sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano³⁷⁷.

Oltre al centrale carattere dell'unilateralità, si deve qui rimarcare un altro aspetto: il piano attestato “può” ma non “deve” essere pubblicato nel registro delle imprese. E' dunque possibile (e anzi quasi certo, nella prassi) che l'imprenditore preferisca non informare il mercato della sua condizione di difficoltà attraverso questa pubblicità facoltativa. Ciò in quanto la notizia della crisi potrebbe comportare un decremento della credibilità dell'impresa, e dunque la perdita di credito nei confronti di contraenti attuali e potenziali.

Anche nel piano di risanamento ex art. 67 l.fall. non è prevista alcuna forma di controllo giurisdizionale preventivo: il tribunale non dev'essere interpellato circa il piano predisposto unilateralmente e attestato dall'esperto; al più potrà essere tenuto a considerarli a fronte di un'azione revocatoria fallimentare esperita dai creditori e diretta a colpire uno o più atti previsti nel piano stesso.

³⁷⁶ Per quanto scelto dal debitore: le più recenti modifiche della legge fallimentare sono state dirette proprio evitare conflitti di interesse e garantire la professionalità e l'indipendenza dell'attestatore.

³⁷⁷ Circa il dibattito significato dei termini utilizzati dal legislatore e per più ampi riferimenti bibliografici si richiama il recente contributo di F. D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, L. Fall. : luci e ombre a seguito del decreto “sviluppo”*, in *Giur. Comm.* 2014, 1, p. 74 ss.

Questa opzione ha dei margini di fruibilità e utilità notevoli: è del tutto stragiudiziale, e dunque più contenuta nei costi e rapida nei tempi, inoltre non è obbligatoria la pubblicità del piano, e la conseguente esteriorizzazione della crisi. A fronte del maggiore impegno richiesto all'imprenditore, che deve formalizzare un piano idoneo, che deve superare il vaglio di fattibilità dell'attestatore, il legislatore scherma gli atti posti in essere in esecuzione del piano di risanamento dalle insidie dell'azione revocatoria, e anche questo aspetto è positivo per l'impresa.

L'assenza di un controllo giudiziale sul piano e l'assenza di ogni partecipazione dei creditori al progetto lasciano però aperti diversi rischi: le azioni cautelari, le azioni esecutive, la domanda di fallimento³⁷⁸.

C) GLI ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI EX ART. 182 BIS L. FALL.

Un ulteriore strumento offerto dalla legge fallimentare è disciplinato nell'art. 182 bis l. fall.³⁷⁹

³⁷⁸ F. D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, L. Fall. : luci e ombre a seguito del decreto "sviluppo"*, cit. Probabilmente, come si vedrà nel prosieguo, non si può escludere che la banca che finanzia l'imprenditore in esecuzione del piano attestato sia chiamata a rispondere se il credito è giudicato abusivo.

³⁷⁹ "L'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'articolo 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista, designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sulla veridicità dei dati aziendali e sull'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini:

a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;
b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.

II. L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.

III. Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati. Si applica l'articolo 168, secondo comma.

IV. Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione in camera di consiglio con decreto motivato.

V. Il decreto del tribunale è reclamabile alla corte di appello ai sensi dell'articolo 183, in quanto applicabile, entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

VI. Il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma, lettere a), b), c) e d), (3) e una proposta di accordo corredata da una dichiarazione dell'imprenditore, avente valore di autocertificazione, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e da una dichiarazione del professionista avente i requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), circa la idoneità della proposta, se accettata, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione.

VII. Il tribunale, verificata la completezza della documentazione depositata, fissa con decreto l'udienza entro il termine di trenta giorni dal deposito dell'istanza di cui al sesto comma, disponendo la comunicazione ai creditori della documentazione stessa. Nel corso dell'udienza, riscontrata la sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma e delle condizioni per l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare, dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di

Il nuovo istituto, nato nella riforma del 2005 e più volte rimaneggiato dal legislatore nel corso degli anni³⁸⁰, è considerato dalla dottrina una “via ibrida tra quella privatistica della composizione stragiudiziale e quella pubblica del concordato preventivo”³⁸¹ in parte mutuata dall’esperienza americana della *prepackaged bankruptcy*³⁸². E’ probabilmente da condividere l’idea, promossa da autorevole dottrina, che non si configuri una procedura concorsuale, mancandone le caratteristiche tipiche³⁸³.

Si dovrebbe piuttosto riconoscere all’istituto natura di negozio privatistico³⁸⁴ (lo indica indiscutibilmente il termine “accordo”) bilaterale³⁸⁵: in questo caso è richiesto che il piano per la risoluzione della crisi sia condiviso da una vasta maggioranza dei creditori (rappresentativi del 60% dei crediti totali) e soprattutto che garantisca la completa soddisfazione dei creditori estranei al contratto³⁸⁶.

Anche in questo caso la legge dà un ruolo centrale all’attestatore, che deve valutare la veridicità dei dati aziendali e l’attuabilità dell’accordo proposto. La dottrina ritiene che, nonostante la formulazione letterale sia parzialmente diversa da quella dell’art. 67, il contenuto e la pregnanza dei controlli dell’esperto indipendente debbano restare i medesimi, con l’unica differenza,

prelazione se non concordati assegnando il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione e della relazione redatta dal professionista a norma del primo comma. Il decreto del precedente periodo e' reclamabile a norma del quinto comma in quanto applicabile.

VIII. A seguito del deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma. Se nel medesimo termine è depositata una domanda di concordato preventivo, si conservano gli effetti di cui ai commi sesto e settimo.”

³⁸⁰ Sul dibattito iter normativo *amplius* in P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012.

³⁸¹ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 351 s.

³⁸² A.N. RESNICK - H.J. SOMMER, *Collier Guide to Chapter 11: Key Topics and Selected Industries*, LexisNexis, 2013.

³⁸³ S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fallimento*, 2012, 10, p. 1137 ss. che nota:

a) non è prevista la nomina di alcun organo della procedura;

b) l'accordo con i creditori (...) è astrattamente idoneo a produrre l'effetto di rimuovere lo stato di crisi anche in assenza del decreto di omologazione del tribunale;

c) l'accordo può riguardare solo una porzione del patrimonio del debitore e si conclude, di regola, con una parte dei creditori, purché pari almeno al 60% del totale;

d) non vi è apertura del concorso formale tra creditori e non si verifica il blocco degli interessi sui debiti chirografari;

*e) non è prescritta l'osservanza della par condicio creditorum, potendo anzi l'accordo contemplare un trattamento di certi creditori chirografari (ad esempio, i fornitori strategici nel caso di continuità aziendale) migliore di quello riservato a certi privilegiati”. Contra, per la tesi della concorsualità, di recente S. DELLE MONACHE, *Profili dei “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. Civ.* 2013, 3, p. 543 ss. Altra parte della dottrina (P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, cit.) parla invece di sub-concordato, o concordato semplificato. Il tema è chiaramente ancora aperto, ma la sua soluzione non ha, ai nostri fini, una rilevanza estrema: gli effetti che più da vicino riguardano la responsabilità della banca discendono espressamente dalle nuove norme sul finanziamento all’impresa in crisi (art. 182quater e 182 quinquies l.fall.) oggetto del prossimo paragrafo.*

³⁸⁴ L. BALESTRA, *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. Comm.*, 2014, 2, p. 283.

³⁸⁵ P. VALENSISE, *Articolo 182 bis*, in A. NIGRO - M. SANDULLI - V. SANTORO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014, p. 395 ss.

³⁸⁶ Sotto questo aspetto differenziandosi fortemente dal concordato preventivo, ove la decisione della maggioranza dei creditori vincola la minoranza.

normativamente espressa, che l'attestatore dovrà in modo particolare assicurare che il piano permetta la soddisfazione dei creditori estranei all'accordo³⁸⁷. L'istituto si distingue dal piano attestato sotto due principali profili:

- è previsto che l'accordo sia pubblicato e che assuma efficacia³⁸⁸ proprio con la pubblicazione: in questo caso è cioè indispensabile elemento del risanamento l'informazione di tutti gli interessati attraverso il registro delle imprese;
- è previsto un necessario scrutinio giudiziale: il tribunale è chiamato ad omologare l'accordo, e dunque ad un controllo di legalità; occorre verificare che siano rispettate tutte le richieste di legge (compresi i requisiti di indipendenza e professionalità dell'esperto, l'effettiva sussistenza della maggioranza di legge e la documentazione di cui all'art. 161 l.fall.– cioè la documentazione richiesta per presentare la domanda di concordato preventivo)³⁸⁹.

La riforma del 2012 non ha voluto precisare e chiarire il ruolo del tribunale in sede di omologazione³⁹⁰: secondo la più recente giurisprudenza il giudice dovrebbe valutare se sussistono elementi sufficienti a convincere dell'idoneità dell'accordo particolare riferimento alla soddisfazione dei creditori estranei³⁹¹.

Dalla data di pubblicazione dell'accordo decorrono gli effetti protettivi favorevoli per l'imprenditore: è disposto infatti, per sessanta giorni, il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore e di acquisire titoli di prelazione (salvo quelli concordati).

L'esenzione da revocatoria ha invece luogo solo in seguito all'omologa del tribunale, ai sensi dell'art. 67 comma 3 lett. 3) l. fall., con riferimento agli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (ponendosi così più come un vantaggio per i creditori partecipanti all'accordo che per l'imprenditore).

Il vaglio più rigoroso cui si sottopone l'imprenditore e la sussistenza di un accordo con i creditori comporta costi transattivi più alti, ma, d'altro lato, reca benefici consistenti: per l'impresa in crisi la schermatura dalle azioni dei creditori per due mesi è un *safe harbour* spesso necessario per predisporre e iniziare il risanamento.

³⁸⁷ P. VALENSISE, *Articolo 182 bis*, cit., p. 416 ss. .

³⁸⁸ Correttamente precisa S. DELLE MONACHE, *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., che a dipendere dalla pubblicità è soltanto l'efficacia protettiva indicata nel comma 3, mentre gli effetti del contratto si producono, come di regola, dal momento del consenso (è frequente però nella prassi la pattuizione di una condizione sospensiva di omologazione dell'accordo da parte del tribunale).

³⁸⁹ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 360 s.

³⁹⁰ S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, cit.

³⁹¹ Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 2011, 1, p. 92; Trib. Roma, 5 novembre 2009, in *Dir. Fall.*, 2010, 2, p. 526.

Dal punto di vista dei creditori, la norma pare ragionevole: coloro che sono stati coinvolti nella negoziazione hanno condiviso e accettato il piano (anche nei suoi aspetti negativi) e ne sono pienamente informati ben prima della pubblicazione; i creditori estranei vengono informati dell'accordo di ristrutturazione solo nel momento in cui il piano è pubblicato (e dunque quando produce gli effetti protettivi) ma, d'altronde, a costoro è promessa – e attestata – integrale soddisfazione³⁹².

Si sottolinea inoltre che, con la L. 30 luglio 2010 n. 122, il legislatore ha voluto ulteriormente favorire il ricorso all'istituto in oggetto, prevedendo la possibilità per l'imprenditore di richiedere al tribunale, anche nel corso delle trattative e prima della formazione di un accordo, un divieto per i creditori pregressi di iniziare o proseguire azioni cautelari ed esecutive³⁹³ (art. 182 bis comma 6).

Si vedrà nel prossimo paragrafo che un ulteriore elemento di favore espresso nella legge fallimentare riguarda il trattamento dei finanziamenti accordati per le necessità della regolazione concordata della crisi, i quali sono considerati prededucibili in sede fallimentare.

D) IL CONCORDATO PREVENTIVO

La disciplina del concordato preventivo è stata interamente rinnovata dalle riforme del diritto fallimentare che si sono susseguite dall'anno 2005: si è “*superata la concezione del concordato preventivo come beneficio per l'imprenditore*” (onesto e sfortunato) ed è emersa la priorità dell'interesse dei creditori – e così della conservazione del valore unitario del complesso produttivo³⁹⁴.

L'istituto è oggi disciplinato nel Titolo III della legge fallimentare, che a partire dall'art. 160 detta un complesso iter procedimentale, in cui il carattere giurisdizionale e il pregnante controllo pubblico si coniugano con all'iniziativa privata dell'imprenditore (il quale redige la proposta).

Si è già ricordato³⁹⁵ che presupposto oggettivo per l'avviamento della procedura è lo stato di crisi (art. 160 l. fall) – condizione non definita dalla legge; l'art. 160 comma 3 si limita a precisare che “*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”. L'imprenditore insolvente può dunque ricorrere al concordato in luogo di domandare il proprio fallimento, ma il concordato può essere richiesto anche dal soggetto che si trovi in difficoltà meno pronunciata (ad esempio ad un'impresa in crisi di liquidità).

³⁹² È invece stata discussa la costituzionalità della norma nella parte in cui prevede che i creditori estranei debbano essere soddisfatti non alla data di esigibilità dei loro crediti, ma entro 120 giorni. Sul punto *amplius* S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, cit.

³⁹³ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 354 s.

³⁹⁴ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 323.

³⁹⁵ *Supra*, Capitolo I, Par. 1 e 2.

Il procedimento si articola in diverse fasi, che qui sinteticamente si ricordano, per la rilevanza che rivestono rispetto al tema dei finanziamenti.

- 1) Con la domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ha inizio l'iter; dopo l'importante novella del 2012³⁹⁶ si aprono due alternative
 - la presentazione di una domanda completa, fornita di tutti gli elementi documentali di cui all'art. 161 comma 2 l. fall., comprensiva dunque, tra l'altro, della proposta concordataria, del piano concernente modalità e tempi di adempimento nonché della relazione del professionista indipendente che attesti (anche in questo caso) la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano;
 - la presentazione di un ricorso contenente solo i bilanci degli ultimi tre esercizi e l'elenco nominativo dei creditori – con riserva di presentare la proposta concordataria, il piano, la relazione dell'esperto e la documentazione ulteriore entro un termine fissato dal giudice (c.d. concordato con riserva, o "in bianco",³⁹⁷).

In entrambi i casi, la domanda è pubblicata nel registro delle imprese entro un giorno dal suo deposito. Dalla data di pubblicazione e sino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato diviene definitivo, i creditori anteriori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore (art. 168 l. fall.). Anche la domanda di concordato con riserva, dunque, pur mancando di ogni indicazione circa il piano la sua fattibilità, garantisce tale ingente beneficio³⁹⁸. Tra la domanda di concordato e l'ammissione alla procedura il debitore può compiere atti di ordinaria amministrazione; per gli atti di straordinaria amministrazione solo se urgenti e previa autorizzazione del tribunale (art. 167 comma 7 l. fall.)

- 2) Con l'ammissione alla procedura il tribunale attribuisce le competenze ad un giudice delegato, convoca i creditori e nomina il commissario giudiziale (art. 163 l. fall.). Durante la procedura il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio

³⁹⁶ D.L. 22 giugno 2012 n. 83.

³⁹⁷ Per una ricostruzione del nuovo istituto cfr. F. D'ANGELO, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, in *Giur. Comm.*, 2014, 3, p. 494 ss. Si può ricordare che il legislatore, introducendo il concordato in bianco, ha voluto favorire un ricorso il più possibile anticipato alla procedura concorsuale.

³⁹⁸ Si è notato, in riferimento all'accordo di ristrutturazione dei debiti ed al suo rapporto con il concordato in bianco, che "Con la riforma è stato introdotto un modo assai più semplice e rapido di ottenere in via automatica la sospensione (delle azioni esecutive e cautelari): ricorrere temporaneamente al diverso strumento del concordato preventivo, nelle forme della domanda c.d. con riserva (art. 161, sesto comma), per poi "tornare" all'accordo di ristrutturazione depositando la domanda di omologazione ai sensi del primo comma dell'art. 182 bis, con conservazione sino al decreto di omologazione - precisa la norma sulla domanda di concordato - degli effetti prodotti dal ricorso, a cominciare per l'appunto dal divieto di azioni esecutive e cautelari." S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, cit.

dell'impresa sotto la vigilanza del commissario giudiziale: gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione devono essere compiuti con autorizzazione del giudice delegato (art. 167 l. fall).

Dalla data di ammissione a procedura il piano di concordato è sottoposto al vaglio dei creditori, i quali, riuniti in adunanza, devono esprimere un voto a maggioranza. Se i creditori che rappresentano oltre il 50% dei crediti votano a favore della proposta dell'imprenditore, il concordato è approvato. Il voto della maggioranza vincola anche la minoranza dissenziente, che si vede obbligata a sottostare alle condizioni proposte dall'imprenditore.

- 3) A seguito dell'approvazione dell'adunanza dei creditori, il tribunale, su impulso del giudice delegato, se non intervengono opposizioni, verifica la regolarità della procedura e l'esito della votazione e omologa il concordato con decreto motivato. Così, ai sensi dell'art. 181 l. fall., si chiude la procedura: il tutto deve avvenire entro sei mesi dalla presentazione del ricorso (prorogabili per una sola volta di massimi sessanta giorni).
- 4) Dopo l'omologazione si entra nella fase di esecuzione del concordato, in cui (art. 185 l.fall.) il commissario giudiziale sorveglia l'adempimento del piano approvato: è ancora possibile la risoluzione del concordato in caso di inadempimento .

Dalla sintesi esposta si notano diversi elementi di comunanza con le altre opzioni anzi considerate: anche in questo caso è richiesta l'opera di un esperto indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, come nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione.

Inoltre ricorre l'elemento della pubblicità, anche in questo caso necessaria, diretta ad informare tutti i creditori della presentazione del ricorso e quindi dell'avvio dell'iter.

Il concordato preventivo è certamente la soluzione alternativa al fallimento in cui il ruolo del giudice (tribunale e giudice delegato) è più pregnante³⁹⁹: la suddivisioni in fasi della procedura, la

³⁹⁹ S. BONFATTI, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa. Gli "accordi di ristrutturazione"*, documento 251 del 2011 in www.ilcaso.it, precisa: "In tale procedimento il ruolo dell'Autorità giudiziaria è espresso al massimo livello. Infatti: (i) nella fase iniziale del procedimento, l'imprenditore non può proporre ai creditori la ipotesi di "concordato", se non supera un giudizio preliminare di ammissione alla Procedura, espresso dal tribunale nel quale ha sede l'impresa; (ii) nella fase intermedia del procedimento, la eventuale formazione dell'accordo tra l'imprenditore e la maggioranza dei suoi creditori deve avvenire rispettando delle regole procedurali stabilite per legge, ed ottemperando alle disposizioni dell'autorità giudiziaria (è previsto che un singolo giudice venga delegato a dirigere la procedura) e sotto la sorveglianza di un professionista, nominato dal tribunale, che assume il ruolo di Commissario Giudiziale; (iii) nella fase finale del procedimento, l'accordo pur eventualmente

nomina del commissario giudiziale, i ripetuti controlli sono richiesti dalla legge a protezione dei creditori. In particolare si può notare che la presenza del giudice nella procedura si irrobustisce a fronte del crescere dei rischi e delle limitazioni di autonomia dei creditori⁴⁰⁰. Nel concordato preventivo è infatti possibile, ed anzi frequente, che il voto della maggioranza dei creditori vincoli gli altri ad accettare condizioni economicamente svantaggiose, o quantomeno non gradite: per questo il legislatore impone un controllo più rigoroso rispetto all'accordo di ristrutturazione dei debiti, dove i creditori estranei al piano sono integralmente soddisfatti. A fronte di una maggiore giurisdizionalizzazione della procedura vi è una maggiore tutela dei creditori, e quindi sono offerti maggiori benefici all'imprenditore ed ai suoi finanziatori⁴⁰¹.

Certamente il concordato preventivo ha costi superiori alle altre procedure, sia in termini pecuniari (vi è un procedimento giudiziale complesso, con diverse possibili opposizioni e ricorsi) sia in termini di tempo: il termine massimo di otto mesi imposto dalla legge può spesso essere eccessivo. Anche la pubblicità della procedura può essere letta come un costo transattivo: l'imprenditore deve uscire allo scoperto, rivelare al mercato la situazione di crisi.

Ciononostante, dopo la riforma del 2012, il concordato preventivo nella sua forma "con riserva" ex art. 161 comma 6 l. fall., ha visto un'enorme diffusione. Molte voci in dottrina affermano che gran parte del successo dell'istituto è dovuto a forme di abuso⁴⁰² – ma, patologia a parte, è evidente che per l'imprenditore è decisamente vantaggioso poter ottenere la protezione avverso le azioni cautelari ed esecutive dei suoi creditori (art. 168 l. fall.) presentando un ricorso molto snello ed essenziale, e fruendo del termine concesso dal giudice per elaborare una proposta ed un piano soddisfacenti.

Qui la ragione dell'enorme numero di domande di concordato con riserva che da oltre tre anni sono giunte ai tribunali italiani, a discapito dello strumento dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Ove si protegge l'imprenditore inevitabilmente si comprimono i diritti dei creditori, che nel concordato con riserva si vedono impediti ad agire in via esecutiva o cautelare in forza di un ricorso praticamente vuoto, "in bianco"⁴⁰³.

concluso tra l'imprenditore e la maggioranza dei suoi creditori, produce i suoi effetti per l'uno e per gli altri solo se viene integrato dalla omologazione del tribunale."

⁴⁰⁰ G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Ottava Edizione, Milano, 2011, p. 271 ss.

⁴⁰¹ "L'intensità dei "benefici" è direttamente proporzionale alla intensità del tasso di "giurisdizionalizzazione" della procedura di crisi: nel senso, che ad un più rilevante ruolo attribuito, caso per caso, all'autorità giudiziaria nell'ambito della singola procedura di crisi, corrisponde una maggiore ricchezza di incentivi a ricorrere alla procedura per il superamento della condizione di difficoltà dell'impresa" - così S. BONFATTI, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa. Gli "accordi di ristrutturazione"*, cit.

⁴⁰² *Ex multis* G. LO CASCIO, *Il punto sul concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, 1, p. 7 ss.

Non è questa la sede per trattarsi sull'interessante sviluppo dei sistemi alternativi al fallimento per la gestione delle crisi d'impresa: scopo di queste considerazioni è individuare il panorama giuridico ed economico nel quale si possono situare i contratti di finanziamento diretti a imprese in crisi. In particolare, dalle note che precedono, si possono trarre tre utili considerazioni:

- tutte le alternative esplorate possono essere utilizzate sia allo scopo di perseguire il risanamento dell'impresa, che di ottimizzarne la cessione e quindi la continuazione nelle mani altrui⁴⁰⁴, che infine di rendere efficiente la liquidazione (ma tale ultimo aspetto è certamente il meno funzionale, come anzi ampiamente discusso);
- elementi di discriminazione tra le diverse opzioni sono il requisito dell'attestazione dell'esperto, la pubblicità del piano, la presenza di un controllo da parte del giudice e a partecipazione dei creditori⁴⁰⁵;
- le soluzioni alternative al fallimento codificate nel R.D. 267/1942 prendono tutte in considerazione "atti, pagamenti e garanzie" posti in essere in esecuzione del piano (che sia piano di risanamento, accordo di ristrutturazione o concordato); il legislatore protegge tali atti – ad esempio schermanoli da revocatoria fallimentare – in quanto funzionali al risanamento.

Si vedrà nel prosieguo che i contratti di finanziamento sono protetti ed incentivati ulteriormente dal legislatore, perché considerati elemento centrale e spesso indispensabile per il ritorno *in bonis* dell'impresa.

6.3 LA CENTRALITÀ DEI CONTRATTI DI FINANZIAMENTO ALL'INTERNO DELLE SOLUZIONI NEGOZIALI ALLA CRISI D'IMPRESA

L'argomento dei finanziamenti erogati in occasione di procedure di risanamento è stato oggetto di particolare attenzione della dottrina nel corso dell'ultimo lustro⁴⁰⁶. All'interno del vasto

⁴⁰³ Il legislatore, resosi conto dell'alto rischio di abusi, ha introdotto, con l'anzì citato "Decreto del Fare", diverse regole dirette ad una maggiore trasparenza e ad un più attento controllo nel caso di concordato con riserva. Sul punto cfr. F. D'ANGELO, *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, cit., p. 494

⁴⁰⁴ Nelle prime due direzioni milita l'introduzione dell'art. 186 bis l.fall. che disciplina il concordato con continuità aziendale. Sull'istituto e le sue criticità si ricorda L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, p.1222.

⁴⁰⁵ E' stato autorevolmente affermato: "i tre procedimenti in questione si caratterizzano, tra l'altro, per un differente ruolo attribuito, all'interno di ciascuno, all'autorità giudiziaria" – così S. BONFATTI, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa. Gli "accordi di ristrutturazione"*, cit.

⁴⁰⁶ F. BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2013, 6, p. 803 ss.; P. F. CENSONI, *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Fallimento*, 2014, 4, p. 377 ss.; A. AZZARA', *Casi recenti di finanziamento alle imprese in crisi*, in *Fallimento*, 2009, 1, Allegato, p. 41 ss. ; L. BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. "Decreto*

novero di contribuiti, spesso portatori di opinioni divergenti, pare di potersi individuare almeno un punto comune: l'apporto di nuova finanza è spesso requisito imprescindibile per il rilancio dell'impresa in difficoltà⁴⁰⁷.

*“Dinanzi allo stato di crisi di un'impresa le banche svolgono, sempre e necessariamente, un ruolo decisivo in quanto qualsivoglia forma di superamento di tale fase aziendale, dalla liquidazione al risanamento, passa inevitabilmente attraverso il coinvolgimento del ceto bancario”*⁴⁰⁸

Ancora, *“Il turnaround di un'impresa in crisi può richiedere per la sua realizzazione l'erogazione di nuovi crediti all'impresa (la c.d. messa a disposizione di nuova finanza) ad opera di soggetti diversi dai soci (e sotto forma di capitale di credito e non di rischio come tipicamente avviene negli aumenti di capitale). (...) Altre volte ancora il turnaround di un'impresa richiede che i creditori rinuncino a parte dei loro crediti nei confronti dell'impresa in crisi e dunque compiano quello che viene normalmente denominato lo stralcio di parte della vecchia finanza. In tutti questi casi devono allora intervenire le banche. Esse sono portatrici normalmente della maggioranza del credito di cui l'impresa in crisi è debitrice. E senza il loro intervento nessuna delle operazioni ora dette sarebbe possibile, non si riuscirebbero a trovare nuovi partner disposti ad entrare nella compagine sociale, e si aprirebbe pertanto la via del fallimento”*⁴⁰⁹.

Soprattutto se si accetta dunque una definizione lata di finanziamento, che comprenda anche contratti modificativi o estintivi di rapporti negoziali precedenti⁴¹⁰ (dilazioni di pagamento, rinegoziazioni della linea capitale o degli interessi, remissioni parziali di debito) l'affermazione pare assolutamente condivisibile.

Sviluppo”, in *Fallimento*, 2012, 12, p. 1401 ss.; R. BONSIGNORE, *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Fallimento*, 2009, 1, Allegato, p. 37 ss.; F. BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l. Fall.*, in *B.B.T.C.* 2012, 5, p. 523 ss.; F. CIVALE, *Concordato preventivo: il ruolo delle banche tra finanza ponte e nuova finanza*, in www.dirittobancario.it, novembre 2013; A. DIDONE, *La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quater l. Fall. Prima e dopo la l. N. 134 del 2012*, in *Giust. Civ.*, 2013, 1, p. 63 ss.; E. PEDERSOLI, *Sulla nozione di “finanziamento” ai fini dell'applicazione della regola di postergazione*, in *Giur. Comm.*, 2013, 6, p. 1202 ss.; L. STANGHELLINI, *Finanziamenti ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, 12, p. 1346 ss.; P. VELLA, *Autorizzazioni finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 6, p. 657 ss.

Sul punto anche la monografia di P. VELLA, *Postergazione e finanziamenti societari nella crisi d'impresa*, Milano, 2012

⁴⁰⁷ Lo riconosce con autorità la pubblicazione (curata da L. STANGHELLINI) frutto del lavoro congiunto di ASSONIME, Università di Firenze e CNDCEC: *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, Prima Edizione, 2010, p. 3 ss., in www.cndcec.it ove si legge “Ancorché la ristrutturazione di un'impresa sia talvolta possibile anche senza il ricorso a nuovi finanziamenti a titolo di debito, le opzioni disponibili sono più numerose se la ristrutturazione è accompagnata da nuova finanza. La nuova finanza, infatti, consente di disporre di maggiori risorse sia per la gestione della fase di emergenza, sia per la successiva impostazione del processo di ritorno al valore.”

⁴⁰⁸ F. CIVALE, *Concordato preventivo: il ruolo delle banche tra finanza ponte e nuova finanza*, cit., p. 1

⁴⁰⁹ T.M. UBERTAZZI, *Accordi di risanamento: i soggetti coinvolti, il ruolo delle banche e le responsabilità*, 2013, in www.judicium.it p. 6.

⁴¹⁰ Sul punto cfr. Capitolo III, Par. 5 e 6.

Nel mercato italiano, caratterizzato da una costante sottocapitalizzazione delle società⁴¹¹, il credito bancario rappresenta una necessità sin dai primi passi della vita dell'impresa. Con il sopraggiungere della crisi, sono proprio le banche i primi interlocutori dell'impresa, nella loro veste di creditori di maggioranza (per altro spesso privilegiati).

E' dunque frequente che l'imprenditore, che desideri intraprendere un percorso negoziato per l'emersione dalla crisi, si rivolga anzi tutto al ceto bancario, per ottenere, alternativamente o congiuntamente, un ridimensionamento delle proprie obbligazioni pregresse o nuovo credito per affrontare i costi del risanamento.

Una delle forme più comuni di risanamento prevede che l'imprenditore, vincolato da decine di rapporti di debito verso fornitori, dipendenti, banche, società di leasing ecc., richieda un unico finanziamento ad una banca allo scopo di estinguere tutte le passività pregresse, sostituendo a più debiti (scaduti o in scadenza) un solo debito verso un unico interlocutore, così ottenendo i margini di tempo e di liquidità necessari per risollevarsi dalla crisi.

Anche al di là dell'esempio riportato è condivisa la convinzione che, quando obiettivo della procedura sia il risanamento e non la liquidazione, il sostegno ed il credito bancario siano elementi fondamentali: *“senza finanza nuova, la ristrutturazione ha le polveri bagnate”*⁴¹².

A. LA PREDEDUCIBILITÀ DEI FINANZIAMENTI

Anche il legislatore italiano è giunto, seppur in ritardo, a rilevare l'importanza del finanziamento nel contesto del risanamento: dopo aver più volte ritoccato gli istituti diretti alla soluzione delle crisi d'impresa, con l'art. 48 del D.L. 21 maggio 2010 n. 78 (e successivamente con l'art. 33 D.L. 22 giugno 2012 n. 83) ha preso in considerazione la complessa materia, con l'esplicita finalità di allentare il *credit crunch* e dunque di favorire il credito nel contesto del risanamento.

La semplice esclusione da revocatoria del finanziamento non era infatti percepita come una protezione sufficiente per la banca, la quale non è tenuta a far credito al soggetto in dissesto e può ricercare il suo profitto altrove⁴¹³. Al finanziatore che investe sull'impresa all'intero di un piano non basta sapere che in caso di esito negativo non sarà pregiudicato da azioni degli altri creditori ex art.

⁴¹¹ F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione delle società e finanziamenti dei soci*, in *Riv. Dir. Impr.* 2004, p. 750 ss.; S. AMBROSINI, *L'istituto del concordato preventivo nel quadro dell'ordinamento concorsuale riformato*, in A.A. V.V., *Le altre procedure concorsuali*, Vol. IV, in F. VASSALLI - F.P. LUIISO - E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure fallimentari*, Torino, 2014, p. 10.

⁴¹² L. STANGHELLINI, *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa, nuove regole e opportunità di mercato*, in *Fall.*, 2008 p. 1075.

⁴¹³ G. BUCCARELLA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013, p. 149.

67 l. fall.: per incoraggiare il finanziamento occorre un incentivo più marcato, che favorisca il recupero delle somme prestate in caso di insuccesso.

Il legislatore ha pertanto introdotto e perfezionato nel tempo una disciplina speciale per i finanziamenti all'impresa in crisi, garantendo il beneficio della prededuzione (art. 111 l. fall.) in caso di fallimento.

*“In altri termini, rassicurando i terzi disposti ad investire sulla crisi dell'imprenditore, si è cercato di azzerarne il rischio, garantendo loro il recupero del credito restitutorio maturato”*⁴¹⁴.

Tralasciando la dibattuta evoluzione normativa, e concentrandoci sulla lettera delle norme attuali⁴¹⁵, si può affermare che oggi *“possono accedere al beneficio della prededucibilità i finanziamenti erogati dalle banche lungo tutto l'arco temporale di gestione della crisi di un'impresa”*⁴¹⁶.

In base al momento in cui interviene l'erogazione di credito sono state distinte quattro categorie di finanziamento⁴¹⁷:

⁴¹⁴ P. VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, cit.

⁴¹⁵ Art. 182 quater l. fall: *Disposizioni in tema di procedibilità dei crediti nel concordato preventivo, negli accordi di ristrutturazione dei debiti.*

I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis) sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111.

Sono parificati ai crediti di cui al primo comma i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato.

In deroga agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, il primo e il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare. Si applicano i commi primo e secondo quando il finanziatore ha acquisito la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo.

Con riferimento ai crediti indicati al secondo comma, i creditori, anche se soci, sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'articolo 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182-bis, primo e sesto comma.

Art.182-quinquies: Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative.

Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca a garanzia dei medesimi finanziamenti.

[...]

⁴¹⁶ F. CIVALE, *Concordato preventivo: il ruolo delle banche tra finanza ponte e nuova finanza*, cit., p. 1.

⁴¹⁷ Il *nomen* di ciascuna delle tipologie di finanziamento è mutuato dalla prassi e non dal legislatore – pertanto è possibile che i termini siano altrove utilizzati con accezioni giustapposte o lievemente divergenti da quelle qui riportate.

- il finanziamento c.d. ponte, concesso in funzione della presentazione della domanda di ammissione a concordato o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 quater comma 2 l. fall.);
- la c.d. finanza interinale⁴¹⁸, erogata per il fabbisogno di liquidità dell'impresa durante la procedura e fino all'omologazione; in particolare si può distinguere
 - il finanziamento richiesto ai sensi dell'art. 182 quinquies l.fall. successivamente alla presentazione della domanda di ammissione al concordato (o di omologazione ex. 182 bis l. fall.)⁴¹⁹
 - il finanziamento erogato dopo il decreto di ammissione alla procedura di concordato, che dev'essere autorizzato dal giudice delegato ai sensi dell'art. 167 comma 2 l. fall., prededucibile ai sensi dell'art. 111 comma 2 l. fall.⁴²⁰.
- il finanziamento “alla ristrutturazione”, cioè in esecuzione del concordato o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, in conformità al piano, durante la fase esecutiva successiva all'omologazione (art. 182 quater comma 1 l. fall.)

In tutte queste ipotesi il legislatore garantisce al finanziatore il vantaggio della prededucibilità: più precisamente i finanziamenti c.d. ponte sono dalla legge “parificati” a prededucibili, ma, nonostante qualche dibattito in dottrina, è evidente che l'effetto giuridico rimanga il medesimo.

La banca che concede credito in vista dell'accesso ad un concordato (o ad un accordo ex 182 bis l. fall.), o durante la procedura, o in esecuzione del piano, in caso di insuccesso del tentativo di risanamento e di apertura del fallimento, potrà vedersi rimborsata con preferenza rispetto ai creditori chirografari. In tal modo il legislatore cerca di proporre ai finanziatori un investimento a basso

⁴¹⁸ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 349 s.

⁴¹⁹ La dottrina nota un possibile contrasto. Anche il finanziamento che fosse erogato a seguito di un'autorizzazione del tribunale ex art. 161 comma 7 l.fall. come atto urgente di straordinaria amministrazione godrebbe del vantaggio della prededucibilità (“*i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111*”). Quale allora la differenza rispetto all'art. 182 quinquies l. fall.? E' stato sostenuto che il finanziamento di cui all'art. 182 quinquies l.fall. non possa seguire una domanda di concordato in bianco, a meno che l'imprenditore non abbia già sciolto la riserva e integrato la documentazione presentando la proposta, il piano e la restante documentazione: in questo caso infatti non sarebbe possibile all'esperto attestare che il finanziamento è funzionale alla migliore soddisfazione dei creditori. Pertanto, nel caso di concordato con riserva, quando l'imprenditore non abbia ancora integrato la documentazione mancante ma abbia necessità urgente di ricorrere al credito, potrà utilizzare all'art. 161 comma 7 l. fall., assoggettando la sua richiesta ad un vaglio più penetrante e rigoroso del tribunale (ma senza dover produrre attestazioni dell'esperto). In tal senso C. CINCOTTI - F. NIEDDU ARRICA, *Continuità aziendale, capitale e debito. La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, Paper 25 giugno 2013, in www.orizzontideldiritto.commerciale.it. Il tema, considerata la data recente della novella, dev'essere ancora oggetto di discussione e di confronto con la prassi giurisprudenziale. Sembra però a chi scrive che la differenza si incentri principalmente sul contenuto della domanda: ai sensi dell'art. 182 quinquies “può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative”, e dunque essere generica, mentre il giudice non autorizzerà mai ex art. 161 comma 7 un finanziamento non determinato in ogni suo elemento.

⁴²⁰ “*Sono considerati crediti prededucibili quelli (...) sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*”.

rischio (seppur non a rischio zero), a spese dei creditori anteriori – i quali dovrebbero accettare *ex ante* tale svantaggio proprio in ragione del fatto che, senza la nuova finanza, il risanamento non sarebbe neppure ipotizzabile.

Si deve rammentare che il legislatore garantisce la prededucibilità solo a finanziamenti posti in essere in sede di concordato preventivo o accordi di ristrutturazione dei debiti: al contrario se il finanziamento fosse erogato in esecuzione di un piano di risanamento ex art. 67 l.fall. esso godrebbe esclusivamente della esenzione da revocatoria.

Ciò si spiega ponendo mente alle diverse opzioni che si sono considerate nel precedente paragrafo ed alle loro differenze: concordato e accordo di ristrutturazione sono caratterizzati dal necessario coinvolgimento dei creditori (e dal consenso della loro maggioranza), dall'intervento di controllo del giudice e dalla pubblicità della procedura – caratteri assenti nel piano di risanamento, che è unilaterale, negoziale e stragiudiziale. E' facile motivare la ragione della differenza: il vantaggio della prededuzione è offerto ai soli finanziamenti che si collocano in una soluzione concordata per l'emersione dalla crisi, e non a fronte della semplice attestazione di fattibilità del piano (unilaterale) ex art. 67 l.fall. da parte dell'esperto.

La scelta del legislatore di ampliare progressivamente il novero dei crediti prededucibili non è esente da rischi: la prededucibilità è un reale vantaggio solo quando ne beneficiano una percentuale molto limitata di creditori.

Ciononostante, è innegabile che le riforme del 2010 e 2012 siano state improntate ad un indiscusso favore verso il finanziamento bancario, o meglio al tentativo di ridurre il più possibile il rischio per gli investitori, nella speranza che la dilagante crisi economica potesse essere così contenuta e anzi trasformata in crescita.

E' forse prematuro valutare se questo disegno sia avverato, dato che, a quando emerge dalla prassi, le banche sono ancora fortemente restie ad investire sul recupero di imprese di piccole e medie dimensioni⁴²¹: gli unici significativi esempi di *turnaround* assistiti da finanziamenti (riusciti o falliti) riguardano grandi imprese⁴²².

Quello della prededucibilità resta comunque un dato normativo importante, che non può essere sottovalutato, soprattutto quando si discute di responsabilità per finanziamenti abusivi. Una prima domanda cui si dovrà rispondere è infatti se l'attributo della prededucibilità comporti l'esenzione del finanziatore da responsabilità per erogazione abusiva di credito.

⁴²¹ Una delle possibili ragioni di tale ritrosia risiede proprio nell'incertezza circa i rischi di responsabilità per concessione abusiva del credito.

⁴²² A. AZZARA', *Casi recenti di finanziamento alle imprese in crisi*, cit.

B. L'ESENZIONE DA RESPONSABILITÀ PENALE

Il legislatore che, negli anni 2005-2006, ha iniziato a riformare la legge fallimentare, dando crescente rilevanza alle soluzioni concordate o negoziali della crisi d'impresa, non si è inizialmente curato di considerare le ripercussioni che queste innovazioni avrebbero comportato sul piano del diritto penale fallimentare. Da più parti la dottrina specialistica⁴²³ ha suggerito un intervento di armonizzazione dei reati fallimentari con i nuovi istituti del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti – ma è rimasta a lungo inascoltata⁴²⁴.

Solo con l'art. 48 D.L. 31 maggio 2010 n. 78 il legislatore ha dato risposta agli interrogativi sorti sul punto, dettando il nuovo art. 217 bis l. fall – che è stato poi successivamente modificato con l'art. 33 D.L. 22 giugno 2012 n. 83 e ancora dall'art. 18 comma 2 bis D.L. 18 ottobre 2012 n. 179.

L'attuale formulazione della norma, titolata "Esenzioni dai reati di bancarotta", prevede:

“Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217⁴²⁵ non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti 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 o del piano di cui

⁴²³ A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2006, p. 114 s.; R. BRICCHETTI - F. MUCCIARELLI - G. SANDRELLI, (sub) artt. 216-241, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007, p. 2727; F. GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in Dir. prat. fall., 2006, f. 1, p. 34; C. CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2006, p. 773; G. M. FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in B.B.T.C., 2011, 1, p. 427.

⁴²⁴ G. M. FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, cit., in particolare, parla di uno "scollamento" tra diritto penale e disciplina civilistica a monte e sottolinea "il rischio della frattura che può venire a crearsi tra l'obiettivo della riforma civilistica (il salvataggio dell'impresa in difficoltà, del suo know-how, avviamento, occupazione ecc. ...), anche a discapito della par condicio, e la rigidità della disciplina penale a tutela di quest'ultima, rimasta immutata. È risultato quindi subito evidente lo stimolo — prontamente raccolto e teorizzato da qualcuno — ad utilizzare la fattispecie della bancarotta preferenziale proprio per colpire quelle deroghe alla par condicio a favore di creditori "potenti" (come le banche), che vengono consentite dalla nuova e attenuata disciplina della revocatoria fallimentare".

⁴²⁵ Art. 216 comma 3 - Bancarotta fraudolenta:

È punito con la reclusione da uno a cinque anni il fallito, che, prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione.

Art. 217 – Bancarotta semplice:

È punito con la reclusione da sei mesi a due anni, se è dichiarato fallito, l'imprenditore, che, fuori dai casi preveduti nell'articolo precedente:

- 1) ha fatto spese personali o per la famiglia eccessive rispetto alla sua condizione economica;*
- 2) ha consumato una notevole parte del suo patrimonio in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti;*
- 3) ha compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento;*
- 4) ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa;*
- 5) non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare.*

La stessa pena si applica al fallito che, durante i tre anni antecedenti alla dichiarazione di fallimento ovvero dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, non ha tenuto i libri e le altre scritture contabili prescritti dalla legge o li ha tenuti in maniera irregolare o incompleta.

Salve le altre pene accessorie di cui al capo III, titolo II, libro I del codice penale, la condanna importa l'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a due anni.

all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-quinquies”.

La norma risponde non solo ad un'esigenza di coerenza dogmatica e di uniformità interna della legge fallimentare, ma anche e principalmente ad un bisogno del mercato: gli investitori più vicini all'impresa in crisi, che la sostengono lungo un percorso di risanamento, devono potersi chiaramente rappresentare quali siano le possibili conseguenze di responsabilità, anche penali, cui possono andare incontro.

E' stata autorevolmente ribadita la *“centralità della valutazione del “rischio penale” connesso alle nuove procedure risanatorie, nella prospettiva dei creditori (e in particolar modo delle banche) che assumono i conseguenti impegni finanziari, più che della stessa impresa che intenda ricorrervi.”*⁴²⁶

La norma è cioè diretta, nella *mens legis*, a dare ai partecipanti alla procedura di risanamento, ed in particolare ai finanziatori, la certezza che le loro condotte dirette al salvataggio dell'impresa non potranno essere *ex post* qualificate come criminose, quantomeno con riferimento al concorso nel reato di bancarotta.

Sotto il profilo lessicale il legislatore ha titolato la nuova norma in modo impreciso – probabilmente non dovrebbe parlarsi di un'esenzione: *“la maggioranza degli interpreti afferma infatti che l'art. 217-bis l. fall. integra un «elemento costitutivo negativo del fatto», ovvero una «causa di esclusione del tipo», dovendo in ogni caso trovare collocazione sul piano della tipicità delle ipotesi di bancarotta”*⁴²⁷.

Venendo all'impatto dell'art. 217 bis l.fall. sul tema dei finanziamenti, si deve notare che l'ambito di protezione offerto dalla norma penale è diverso rispetto a quello, anzi trattato, della prededuzione⁴²⁸.

Anzitutto, non tutti i finanziamenti prededucibili sono protetti contro il rischio di concorso in reato di bancarotta: la norma testualmente copre infatti solo i finanziamenti alla ristrutturazione (cioè

⁴²⁶ E. BASILE, *Art. 217-bis l. fall. e gruppi di società*, in *B.B.T.C.*, 2013, 2, p. 203 ss.

⁴²⁷ E. BASILE, *Art. 217-bis l. fall. e gruppi di società*, cit.0

⁴²⁸ Piuttosto potrebbe avvicinarsi la categoria dei finanziamenti essenti da responsabilità penale alla categoria degli atti esenti da revocatoria fallimentare: ad eccezione forse dei finanziamenti di cui all'art. 182 quinquies le categorie si sovrappongono. In tal senso S. BONFATTI, *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa. Gli “accordi di ristrutturazione”*, cit., che sembra riferirsi all'equilibrio che sussisteva, prima del 2005, tra revocatoria e bancarotta preferenziale, strumenti entrambi diretti alla protezione della *par condicio creditorum* (equilibrio svanito con le riforme del 2005, e solo parzialmente recuperato con il nuovo 217 bis l.fall.). Sul punto V. SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, in www.penalecontemporaneo.it, p. 4 ss.: la tesi prevalente tra penalisti prima del 2010 era che “tutte le operazioni esonerate dalla revocatoria ex art. 67 co. 3 l.fall. non erano vietate dal diritto penale, perché atipiche o lecite”.

in esecuzione di un concordato o di un accordo di ristrutturazione – art. 182 quater comma 1 l.fall.) e la finanza interinale erogata ai sensi dell’art. 182 quinquies l.fall. Stando alla lettera della legge devono quindi considerarsi fuori dal cerchio protettivo dell’art. 217 bis l.fall. tanto i finanziamenti ponte (erogati in funzione della presentazione della domanda – art. 182 quater comma 2 l.fall.) quanto la finanza interinale concessa al di fuori dell’art. 182 quinquies l.fall. (si pensi ai finanziamenti autorizzati a norma degli artt. 161 comma 7 e 167 l.fall.) nonostante i crediti in questione siano per legge prededucibili⁴²⁹.

Non pare, allo stato, di poter accogliere con certezza interpretazioni estensive⁴³⁰ della norma di esenzione penale, anche data l’assenza di ogni precedente giurisprudenziale edito sul punto⁴³¹.

Risulta un’ulteriore distonia: i finanziamenti erogati in esecuzione di piani attestati ex art. 67 comma 3 lett. d) l.fall. non godono della prededucibilità in caso di successivo fallimento (ma solo dell’esenzione da revocatoria), eppure sono per legge esentati dal rischio di responsabilità penale per concorso in bancarotta.

Si possono dunque allo stato distinguere:

- finanziamenti prededucibili ed esenti da rischio di responsabilità penale (182 quater comma 1 e 182 quinquies);
- finanziamenti prededucibili ma non testualmente esenti da rischio di responsabilità penale (art. 182 quater comma 2, art. 161 comma 7 e art. 167);
- finanziamenti esenti da rischio di responsabilità penale ma non prededucibili (in esecuzione di un piano attestato ex art. 67).

Se ne dovrebbe desumere che il legislatore degli anni 2010-2012, che ha redatto contestualmente le nuove normative sulla prededuzione e sull’esenzione da responsabilità penale, abbia imposto tali differenze con una ragione.

La *ratio* del discrimine tra finanziamenti esenti da responsabilità e finanziamenti prededucibili può forse risiedere nella sussistenza o meno dell’attestazione dell’esperto indipendente.

⁴²⁹ “Vi è, cioè, il timore che i c.d. finanziamenti ponte (anteriori alla presentazione del piano), pur essendo esclusi dall’ambito della revocatoria fallimentare e garantiti dal privilegio della prededuzione dall’art. 182 quater l.f., siano astrattamente sussumibili sotto le fattispecie di reato degli artt. 216 e 217 l.f.” V. SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, cit., p. 10.

⁴³⁰ *Ex multae* F. MUCCIARELLI, *L’esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, p. 1474 ss. Sul punto anche V. SPINOSA, *op. e loc. cit.*, che afferma: “Se la norma sulla prededuzione dei crediti equipara il trattamento dei finanziamenti in esecuzione del piano a quelli ad esso antecedenti, perché comunque funzionali al progetto di gestione della crisi aziendale, non si vede perché l’art. 217 bis l.f. non debba basarsi sulla stessa concezione flessibile di gestione della crisi e, dunque, escludere la tipicità penale dei comportamenti comunque finalizzati all’esecuzione del piano, a nulla rilevando la collocazione temporale degli atti”.

⁴³¹ Viene nominato l’art. 217 bis, a quanto consta, solo dal Tribunale di Ravenna, sez. fall., 10 ottobre 2013, in www.dejure.it – ma la causa si incentra sull’interesse ad agire per l’opposizione all’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti.

Si nota infatti che i finanziamenti alla ristrutturazione (in esecuzione di un concordato, di un accordo di ristrutturazione o di un piano ex art. 67 l.fall.) e la finanza interinale ex art. 182 quinquies c.c. sono tutti soggetti al vaglio dell'attestatore, tenuto a garantire la fattibilità del piano che prevede tali negozi (art. 67 comma 3 lett. d) e 182 quater l. fall.) oppure che il finanziamento sia diretto alla migliore soddisfazione dei creditori (182 quinquies l. fall.). In contrario, sia la finanza ponte che la finanza interinale ex artt. 161, co. 7 l.fall. e 167 l.fall. non richiede alcuna attestazione, sussistendo solo il controllo del giudice⁴³².

Resta dubbio se questa sia la profonda ragione della differenza, se non si tratti di una mera svista del legislatore, e, soprattutto, se la discriminazione sia ragionevole ed utile.

D'altro lato, *sic rebus stantibus*, emerge un ulteriore interrogativo, ancor più significativo ai nostri fini, e simmetrico a quello poc'anzi proposto: l'esenzione da responsabilità penale di cui all'art. 217 bis l.fall. è anche ed in ogni caso garanzia di liceità, sotto il piano extracontrattuale, della condotta della banca che finanzia l'impresa in crisi? Si può cioè considerare lecito il finanziamento per il fatto che sia penalmente irrilevante?

Per dare risposta sulle questioni aperte in questo paragrafo, e sulle loro possibili intersezioni (è lecito solo il finanziamento che sia insieme prededucibile ed esente da responsabilità penale?) occorre ritornare sulle considerazioni dei precedenti capitoli, rileggendole alla luce delle riflessioni sulla nuova legge fallimentare qui sinteticamente proposti.

6.4 L'EROGAZIONE DEL CREDITO ALL'INTERNO DELLE "SOLUZIONI NEGOZIALI ALTERNATIVE AL FALLIMENTO": LE OPINIONI IN FAVORE DI UN'ESENZIONE DA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA BANCA

Il finanziamento all'impresa in difficoltà economica è soggetto, per la peculiarità della condizione del finanziato, a quattro incognite: il rischio di revocatoria del finanziamento in sede fallimentare, il rischio di non ricevere nel riparto fallimentare la restituzione degli importi prestati, la responsabilità penale per concorso nei reati fallimentari e infine la responsabilità civile per concessione abusiva del credito⁴³³.

⁴³² L'art. 217 bis l.fall. farebbe cioè eccezione al citato principio per il quale "*al maggior tasso di giurisdizionalizzazione del procedimento corrisponde una maggiore portata della protezione – incentivazione*": qui il vantaggio non è maggiormente accentuato nelle procedure più giurisdizionalizzate.

⁴³³ G. BUCCARELLA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 148 ss.

Nelle pagine precedenti si è visto che il legislatore, introducendo e regolamentando i c.d. strumenti di soluzione negoziale alle crisi d'impresa, ha disciplinato le sorti dei finanziamenti che si innestano all'interno di tali procedure, con l'intento di favorirne l'erogazione. In quest'ottica si è data risposta alle prime tre problematiche elencate, disponendo, rispettivamente, l'esenzione da revocatoria fallimentare, la prededucibilità dei finanziamenti e l'esenzione da responsabilità penale per bancarotta (sebbene entro i limiti anzi specificati).

La legge fallimentare resta invece silente con riferimento alla quarta problematica enunciata: non vi è alcuna norma che tratti della responsabilità civile della banca erogatrice del finanziamento all'impresa in crisi. Non si riscontra, cioè, alcuna esenzione o limitazione di responsabilità: il legislatore non ha preso posizione circa il dibattuto rapporto tra finanziamento bancario e possibile pregiudizio per i creditori dell'impresa⁴³⁴.

La banca resterebbe dunque soggetta ad un ultimo residuo rischio nell'erogazione di credito all'impresa in crisi: la responsabilità extracontrattuale (nelle diverse varianti della responsabilità verso i creditori per concessione abusiva del credito⁴³⁵, della responsabilità per lesione del patrimonio dell'impresa⁴³⁶, del concorso nell'illecito degli organi sociali per *mala gestio*⁴³⁷ ed infine per la prospettata responsabilità conseguente alla stipulazione di un finanziamento nullo in quanto illecito⁴³⁸).

Né constano pronunce edite che prendano in considerazione la fattispecie: anche le più recenti sentenze sul tema⁴³⁹ si sono sempre occupate di finanziamenti erogati al di fuori delle procedure anzi descritte.

Per verificare la tenuta delle argomentazioni spese nei capitoli precedenti alla luce delle riforme della legge fallimentare, ci si deve anzitutto chiedere se e in che misura le recenti norme sul finanziamento all'impresa in crisi possano guidare l'interprete nella ricerca.⁴⁴⁰

La dottrina che di recente si è misurata sul rapporto tra concessione abusiva del credito e soluzioni alternative al fallimento per l'emersione dalla crisi d'impresa tende a favorire un'interpretazione unitaria delle nuove norme e a porre l'accento sul *favor* espresso dal legislatore per i finanziamenti erogati nel contesto della ristrutturazione.

⁴³⁴ M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 5, p. 1079 ss.

⁴³⁵ Capitolo IV, Par. 3

⁴³⁶ Capitolo IV, Par. 5

⁴³⁷ Capitolo IV, Par. 6 e Capitolo V Par. 5.

⁴³⁸ Capitolo V.

⁴³⁹ Capitolo IV, Par. 6.

⁴⁴⁰ L. BALESTRA, *Crisi dell'impresa e concessione abusiva del credito*, cit.

Si afferma cioè che le norme civili e penali dettate dal legislatore nel 2010 e nel 2012 dirette a sancire l'esenzione da revocatoria fallimentare, la prededucibilità del credito e l'esenzione da responsabilità penale debbano essere lette come prova della liceità del finanziamento erogato nel contesto delle diverse procedure di composizione della crisi. Ciò potrebbe significare l'introduzione in via interpretativa di una esenzione da responsabilità civile per la banca erogatrice di finanziamenti in occasione di procedure di risanamento.

A. CONSEGUENZE DELL'IMPOSIZIONE DI UNA NO LIABILITY RULE

Sembra utile ancora una volta ragionare sulle conseguenze economiche della tesi sopra enunciata. L'imposizione di una regola di responsabilità extracontrattuale, secondo l'insegnamento dell'analisi economica del diritto⁴⁴¹, è diretta a minimizzare i costi sociali degli incidenti, cioè la somma dei costi preventivi, del danno e dei costi transattivi.

Un'opzione di *no liability* come quella proposta è pur sempre una regola, e più precisamente un'implicita imposizione di tutti i costi sociali del fatto illecito a carico dei danneggiati: “*Se non c'è nessuna responsabilità per incidenti, i danneggianti non eserciteranno alcuna prevenzione, perché facendo ciò affronterebbero dei costi ma non ne avrebbero invece un beneficio*”⁴⁴²; inoltre “*essi si impegneranno nella loro attività in modo troppo esteso (cioè, nel nostro caso, investiranno eccessivamente nel mercato delle imprese in crisi). Infatti, essi continueranno ad impegnarsi in essa fino a quando otterranno qualche utilità addizionale (...) piuttosto che, come sarebbe socialmente desiderabile, solo fino al punto in cui essi ottengono un'utilità addizionale che eccede i costi della prevenzione ottimale più le perdite attese dall'incidente che essi causano*”⁴⁴³.

La c.d. *no liability rule* ha per queste ragioni una diffusione piuttosto limitata negli ordinamenti occidentali. Un esempio interessante in cui il legislatore sposta i rischi interamente a carico dei potenziali danneggiati è l'ipotesi del caso fortuito e alle cause di forza maggiore (art. 2051 e 2052 c.c.) – ove si stabilisce un regime di esenzione da responsabilità quando il danno deriva da eventi imprevisti ed inconsueti. In questo caso la regola ha un evidente fondamento giuseconomico: le spese per la prevenzione risultano inutili, poiché l'evento dannoso è generato da un fattore esterno imprevedibile, inevitabile e del tutto eccezionale. Non potendo prevedere e quindi prevenire il danno,

⁴⁴¹ G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: a legal and Economic analysis*, Milano, 1970.

⁴⁴² S. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, cit., p. 155.

⁴⁴³ S. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, cit., p. 173.

non si può chiedere al danneggiante di tenere una condotta particolare, e dunque non ha senso il rimprovero di responsabilità.⁴⁴⁴

Diversamente, nel caso qui in discussione, non pare si possano individuare ragioni sufficienti ed idonee all'imposizione di una *no liability rule*.

Esimere aprioristicamente il finanziatore da responsabilità extracontrattuale, da un primo punto di vista, potrebbe sembrare efficiente: costituirebbe un forte incentivo all'erogazione di credito in funzione del risanamento, in linea con le recenti previsioni del legislatore fallimentare⁴⁴⁵.

D'altro lato si deve considerare che il rischio del danno generato da un finanziamento "irresponsabile" verrebbe così interamente spostato sui creditori dell'impresa, cioè proprio su quei soggetti che le diverse procedure mirano, in molti modi, a tutelare. Si ricorda che le procedure di composizione negoziale della crisi sono state introdotte dal legislatore anche per permettere ai creditori una più rapida ed efficiente soddisfazione delle loro pretese⁴⁴⁶.

La ragione per cui, sotto il profilo economico, la regola di esenzione da responsabilità civile sembra incongrua è presto detta: la banca finanziatrice ha tutti gli strumenti per effettuare un'efficace prevenzione del danno. Il primo e principale strumento di prevenzione è proprio il vaglio del merito del credito: la banca, in questa prospettiva, non potrebbe esimersi da un approfondimento delle condizioni economiche del finanziato per il solo fatto di trovarsi in una procedura di soluzione negoziata della crisi. L'indagine sul merito del credito è certamente un costo per il finanziatore, un costo di prevenzione, che permette però di limitare (o finanche di escludere) il rischio di un danno per i creditori dell'impresa derivante da un finanziamento irragionevole.

Scegliere di esentare la banca da responsabilità significa cioè liberarla dall'onere di erogare credito solo a soggetti meritevoli. Non rispettare i principi della sana e prudente gestione del credito non avrebbe, per la banca, alcuna ripercussione in un regime di *no liability* – soprattutto perché l'importo erogato, data la prevedibilità, sarebbe recuperato anche in caso di fallimento del *turnaround*.

L'azzeramento dell'onere di verifica non può essere auspicato, né dal punto di vista giuridico (per le ragioni che diremo), né all'interno del paradigma costi-benefici: il costo della prevenzione (*id est*: vaglio del merito del credito) è fisiologicamente sostenuto dalla banca in tutti i contratti di

⁴⁴⁴ Altro esempio paradigmatico sono le clausole di esonero da responsabilità, nei limiti in cui sono ammesse dall'ordinamento (art. 1229 c.c.), che hanno alcune applicazioni anche in riferimento alla responsabilità extracontrattuale: in questo caso la regola di esenzione da responsabilità è nota *ex ante* e voluta dalle parti, ed inoltre la clausola stipulata è diretta all'abbattimento dei costi transattivi: si ottiene di chiarire sin da subito quali danni siano fonte di risarcimento.

⁴⁴⁵ In questo senso sembra orientarsi la maggioranza degli autori, che vede l'esenzione da responsabilità civile per la banca come una conseguenza fisiologica del *favor* del legislatore per i finanziamenti alle imprese in crisi.

⁴⁴⁶ I. PAGNI, *Il controllo del tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2008, p. 1091.

finanziamento, e la stessa ha gli strumenti ed i mezzi per affrontarlo in economia, attraverso strumenti e procedure consolidati, anche nel caso dell'impresa-cliente in crisi.

In altri termini si dovrebbe rifiutare una *no liability rule* perché, al contrario dell'ipotesi di caso fortuito, la banca ha la possibilità, con le sue forze, di mettere in atto misure di prevenzione che contengano il rischio di danni verso terzi.

Questo non significa, però, che la banca debba rispondere esattamente nello stesso modo se il finanziamento è erogato nel segreto della trattativa privata o all'interno di un piano attestato e omologato dal giudice. L'indagine su una regola efficiente e solidamente fondata a livello interpretativo deve proseguire oltre il binomio "responsabilità per colpa / *no liability*".

B. CONDIZIONE DI CRISI E CONDIZIONE DI INSOLVENZA IRREVERSIBILE

Un primo punto che sembrerebbe deporre in favore di una esclusione totale di responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, in questo contesto, dipende dalla condizione soggettiva del finanziato. Si potrebbe infatti affermare, semplicisticamente, che se l'impresa si trova in concordato o in accordo di ristrutturazione dei debiti essa è in crisi, e non si configura quello stato di insolvenza irreversibile che abbiamo detto essere presupposto per l'attribuzione di responsabilità alla banca.

Mancando il presupposto obiettivo dell'insolvenza irreversibile, sarebbe piuttosto difficile muovere rimprovero alla banca: dove c'è speranza di *turnaround*, infatti, deve riconoscersi alla banca il diritto di assumersi il rischio di finanziare il cliente, senza rischi di rivendicazioni da parte di terzi.

La dottrina, trattando della concessione abusiva di credito all'intero di procedure alternative al fallimento, non ha sottolineato a sufficienza l'importanza di questo passaggio: tutti i problemi, in seguito discussi, circa la rilevanza del dolo, della colpa, della pubblicità camerale ecc. non dovrebbero neppure porsi se si ritenesse che i piani di questo tipo sono incompatibili con una condizione di insolvenza definitiva del soggetto finanziato.

L'opinione dottrinale più affine a questi ragionamenti⁴⁴⁷ ha affermato che l'esperto attestatore, dichiarando il piano "fattibile" (o l'accordo "attuabile") sta, tra l'altro, asseverando che il dissesto in cui versa l'impresa è reversibile.

⁴⁴⁷ A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, p. 313: "l'erogazione di nuova finanza nell'ambito di un piano attestato di risanamento ex art. 67, co. 3, lett. d), l.f. o di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.f. osterebbero in linea di principio, ad ipotizzare

Se così fosse, si dovrebbe ragionevolmente escludere il rischio di una concessione abusiva di credito, dato che presupposto dell'illecito è proprio la condizione di insolvenza irreversibile (che abbiamo anzi chiamato “necrosi”, stato in cui l'impresa attiva distrugge ricchezza). In altri termini, se davvero il ruolo dell'esperto fosse quello di attestare che la crisi in cui versa l'impresa è reversibile, il problema della concessione abusiva di credito non potrebbe porsi nei termini che abbiamo descritto (residuando forse solo qualche grave fattispecie dolosa⁴⁴⁸, che probabilmente non condivide più la maggior parte degli elementi costitutivi dell'illecito), poiché quando il dissesto è recuperabile non vi è ragione di addossare alla banca il rischio del fallimento del risanamento.

In contrario si deve ricordare che proprio l'art. 160 comma 3 l.fall. afferma che “*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”. La legge fallimentare ammette cioè espressamente che l'imprenditore insolvente possa accedere alla procedura di concordato preventivo. Nulla si dice, invece, nel piano di risanamento ex art. 67 l.fall., mentre negli accordi di ristrutturazione dei debiti si parla di impresa “in crisi” – ed è piuttosto ragionevole pensare che possa trovare applicazione analogica l'art. 160 co. 3 l.fall. che ricomprende nell'ampia concezione di crisi anche la nozione di insolvenza.

Ciò detto, e ammettendo che quindi l'impresa insolvente possa partecipare ad una di queste “soluzioni negoziali”, non è altrettanto chiaro se lo stesso possa dirsi per il caso di un'impresa irreversibilmente insolvente⁴⁴⁹. La legge non esclude che il piano (di risanamento o di concordato) o l'accordo di ristrutturazione dei debiti sia presentato da un soggetto in crisi definitiva – anche se, a onor del vero, sia la dottrina che la giurisprudenza⁴⁵⁰ sono altalenanti sul punto.

Nell'ottica positiva, che qui si segue, potrebbe essere possibile che il ricorso ad una delle descritte procedure sia vantaggioso e preferibile rispetto al fallimento, anche in caso di insolvenza

una concessione abusiva di credito, atteso che entrambi gli istituti presuppongono un dissesto reversibile, asseverato come tale da un professionista indipendente qualificato”.

⁴⁴⁸ Si può fare l'esempio della banca che, in accordo con l'imprenditore, decida di nascondere informazioni sensibili e quindi permetta all'impresa (dopo un'erronea attestazione dell'attestatore, fondata su dati incompleti) l'accesso a una procedura di concordato, allo scopo di prolungare la vita dell'impresa tanto quanto necessario per ottenere vantaggi (quali la consolidazione di alcune garanzie, o altre e peggiori ipotesi).

⁴⁴⁹ La differenza è stata delineata nella Prima Sezione, Capitolo I, Par. 4.

⁴⁵⁰ F. DI MARZIO, *La crisi d'impresa*, Padova, 2011, p. 433. In senso conforme anche L. FACCINCANI, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali di risanamento. Le novità introdotte dalla riforma della legge fallimentare*, Milano, 2007; G. BUCCARELLA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 79; V. LENOCI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2010, 74. A. PALUCHOWSKY, *Le prime esperienze giudiziali in tema di nuove ipotesi di soluzioni concordate e/o stragiudiziali alle crisi d'impresa*, relazione al convegno “Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento e di riequilibrio nella nuova legge fallimentare”, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, maggio 2006 – afferma che se si fa riferimento al *Chapter II* americano, le procedure devono essere applicabili sia per la crisi reversibile che per quella irreversibile. *Contra*, invece, P. MARANO, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, 1, p. 103; A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e impresa in crisi*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p. 410.

terminale⁴⁵¹. Le procedure alternative al fallimento non sono, nell'ottica che qui si accoglie, necessariamente dirette al *turnaround*, anche se il risanamento è certamente il campo di applicazione più sperato e preferibile (ricorrendone i presupposti).

Con il concordato preventivo (la prassi lo dimostra quotidianamente) si può anche condurre una società in liquidazione ad accordarsi con la maggioranza dei propri creditori per procedere alla cessione (atomistica o in blocco) del proprio attivo, garantendo una ripartizione equa e proporzionata del ricavato tra i creditori, evitando le lungaggini e le contestazioni tipiche di un fallimento.

Si deve quindi rispondere che il finanziamento all'impresa in costanza di un piano tra quelli citati può (salvo quanto si vedrà in seguito) rivolgersi ad un'impresa irreversibilmente insolvente, e quindi condurre la banca a dover rispondere dei danni ai creditori.

Comunque, anche volendo affermare che l'irreversibilità della crisi è un limite all'ammissione alla procedura, non è detto che l'impresa non tenti la strada del concordato e che l'esperto non esprima (magari sbagliando) un parere favorevole sulla condizione dell'impresa – salva poi un'eventuale successiva conversione della procedura in fallimento⁴⁵². In tale contesto sarebbe evidente che il finanziamento, pur teoricamente rilasciato in base ad un piano attestato, potrebbe avere conseguenze dannose per i creditori.

C. ATTESTAZIONE, ESENZIONE DA REVOCATORIA, OMOLOGAZIONE DEL GIUDICE E PREDEDUCIBILITÀ COME POSSIBILI FONDAMENTI DI LICEITÀ DEL FINANZIAMENTO

Trattando anzitutto delle norme di matrice civile/fallimentare, molta dottrina ha argomentato che il finanziamento erogato nel contesto di un piano di salvataggio (ex artt. 67, 182 bis o 160 ss. l.fall.) debba essere esentato da rischi di responsabilità per concessione abusiva del credito. Sono state addotte diverse motivazioni a sostegno della tesi, che assume dunque diverse declinazioni.

⁴⁵¹ Si pensi al caso in cui l'impresa irreversibilmente insolvente, pur senza potersi risanare, riesca, grazie ad una soluzione negoziata con i creditori, ad addivenire ad una liquidazione migliore, più spedita e più efficiente di quella fallimentare.

⁴⁵² Cfr. Cass. 6 agosto 2010 n. 18437, in *Fallimento*, 2011, 2, p 375: “Qualora, a seguito di una verifica a posteriori venga accertato, con la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, che lo stato di crisi in base al quale ha chiesto la ammissione al concordato preventivo era in realtà uno stato di insolvenza, la efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta a seguito della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo, deve essere retrodatata alla data di presentazione di tale domanda, atteso che la ritenuta definitività anche della insolvenza che è alla base della procedura minore, come comprovata, ex post, dalla sopravvenienza del fallimento, e, quindi, l'identità del presupposto, porta ad escludere la possibilità di ammettere, in tal caso, l'autonomia delle due procedure”.

Un'autorevole fonte⁴⁵³, dettando le linee guida per il finanziamento bancario alle imprese in crisi, suggerisce che l'erogazione avvenga nel contesto di piani stragiudiziali di salvataggio, ove la normativa fallimentare ha già a più riprese dimostrato il *favor* del legislatore (con il riconoscimento dei benefici della prededucibilità e dell'esenzione da revocatoria). In particolare ivi si afferma che *“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”*.

Si motiva che l'obiettivo degli strumenti messi a disposizione dalla riforma della legge fallimentare è porre i partecipanti all'operazione il più possibile al riparo da responsabilità non prevedibili: la responsabilità civile introdurrebbe nel sistema un'incertezza, e così anche un costo definito “inaccettabile”. Nel diritto d'impresa, si legge, l'inazione (cioè l'astensione dal tentativo di salvataggio) *“è giustificata solo in presenza di un'elevata probabilità di illiceità”*.⁴⁵⁴

Il meritevole tentativo di incoraggiare ed instradare il finanziamento bancario all'intero di procedure di legge non dev'essere frustrato, ma merita precisazioni: come si avrà modo di dimostrare, il parallelismo tra “autorizzazione”⁴⁵⁵ del finanziamento e sua completa e incondizionata liceità è frutto di una semplificazione che non tiene conto di frequenti situazioni *borderline*.

In un contesto così vasto e multiforme come il risanamento dell'impresa in crisi non si può argomentare per assoluti logici. Senza il supporto di una norma espressa non si può esimere la banca finanziatrice da ogni responsabilità civile per la sua condotta, proprio perché non tutti i finanziamenti sono uguali, e non ogni banca interviene nel risanamento con le stesse informazioni e con i medesimi scopi⁴⁵⁶. Il rischio di abusi nell'erogazione di credito è certamente inferiore nel contesto delle soluzioni alternative al fallimento, ma ciò non significa che non possano verificarsi, con ingente danno per i creditori e per i terzi.

Non si intende quindi suggerire che sia preferibile l'inazione, ma si vuole affermare che se uno dei partecipanti alla procedura di risanamento sfrutta il contesto privilegiato in cui si trova per

⁴⁵³ La pubblicazione (curata da L. STANGHELLINI) frutto del lavoro congiunto di ASSONIME, Università di Firenze e CNDCEC: *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, cit., ove si legge *“Considerata la molteplicità di profili di rischio (risarcitorio, revocatorio e penale) che gravano sul finanziamento a imprese nell'ambito di piani stragiudiziali di salvataggio, la strada più agevole per operare in condizioni di relativa sicurezza (o comunque di minore rischio) non solo dal punto di vista nell'azione revocatoria, ma anche su un piano più generale, appare quella degli strumenti di cui all'art. 67, comma 3°, lett. d) e 182-bis l. fall. (piani di risanamento attestati e accordi di ristrutturazione dei debiti). È infatti opinione prevalente, e preferibile, che 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”*.

⁴⁵⁴ *Op. cit.*, p. 4 e 5.

⁴⁵⁵ Anche se non è pacifico a cosa alluda il testo: se al semplice fatto che il finanziamento sia contemplato dalla legge, o se invece si intenda l'autorizzazione giurisdizionale, o infine l'attestazione dell'esperto. In ogni caso, a parere di chi scrive, l'argomento non è probante e sufficiente per portare ad un'esenzione da responsabilità.

⁴⁵⁶ Sul punto cfr, in questo Paragrafo, la lett. D).

porre in essere condotte abusive a danno degli altri operatori coinvolti deve rispondere secondo le regole del diritto civile.

Nella stessa direzione, e approfondendo la tematica, si può discutere il diffuso convincimento⁴⁵⁷ per cui la sussistenza dell'attestazione dell'esperto circa la fattibilità del piano che contempla il finanziamento (o, ex art. 182 quinquies c.c., circa la funzionalità del finanziamento alla miglior soddisfazione dei creditori) comporterebbe l'eliminazione di profili di rischio di responsabilità civile della banca.

*“Secondo la condivisibile opinione più diffusa e fondata, la presenza di un'attestazione da parte dell'esperto sarebbe suscettibile di tutelare gli atti compiuti in esecuzione del piano non solo da successive azioni revocatorie (e da profili di responsabilità penale, visto il disposto dell'art. 217-bis introdotto dalla miniriforma del 2010), ma anche da più generali profili di responsabilità civile, primo fra tutti proprio quello della concessione abusiva di credito”*⁴⁵⁸

Similmente ragiona altra parte della dottrina⁴⁵⁹: dal momento in cui interviene l'attestazione, l'incontrovertibile liceità del finanziamento, “formalizzata” ad opera dell'attestatore, dovrebbe escludere la possibilità di configurare un'erogazione abusiva, e così una responsabilità per il finanziatore.

L'argomento non soddisfa: si deve ricordare che l'attestazione è diretta ad uno scopo diverso rispetto alla valutazione del merito del credito. L'esperto deve dichiarare che il piano proposto dall'imprenditore (art. 67 e 161 l.fall.) è fattibile (o che l'accordo ex art. 182 bis è attuabile): si tratta di un giudizio prognostico e tecnico circa la “concreta possibilità di esecuzione del piano”⁴⁶⁰, ossia che le previsioni economiche, finanziarie e prospettiche sono realistiche e probabili.

L'attestazione del piano, che è diretta a garantire la credibilità e serietà della procedura intrapresa dal soggetto in crisi, non può sostituire il vaglio del merito di credito, compito esclusivo della banca. I principi di sana e prudente erogazione del credito, come ampiamente discusso nel Capitolo II, non sono immediatamente diretti a protezione del cliente, o dei suoi creditori, bensì all'equilibrio interno del sistema del credito e quindi del mercato in generale. Si comprende, quindi, che le due verifiche (pur entrambe concernenti l'impresa in crisi) non sono fungibili, ma diverse e complementari per la riuscita dell'operazione di risanamento.

⁴⁵⁷ F. D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall: luci ed ombre a seguito del Decreto “Sviluppo”*, cit., p. 74 ss.

⁴⁵⁸ F. D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall: luci ed ombre a seguito del Decreto “Sviluppo”*, cit., p. 80.

⁴⁵⁹ S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2009, p. 67 s.; G. TARZIA, *Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?*, in *Fallimento*, 2009, p. 56 s.

⁴⁶⁰ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 334-335, nota 10.

Né, come si è detto sopra, l'attestazione può dirsi diretta a garantire che l'impresa non si trova in stato di insolvenza irreversibile: sono altri i contenuti e i significati del requisito documentale.

In ultima analisi non pare di poter affermare che la sola sussistenza dell'attestazione dell'esperto circa la fattibilità del piano e/o la funzionalità del finanziamento alla miglior soddisfazione dei creditori possa essere sostitutiva del vaglio del merito del credito: la banca finanziatrice non può per ciò solo essere esentata dalle sue potenziali responsabilità extracontrattuali.

Altra diffusa opinione afferma l'immunità della banca da pretese risarcitorie in base al fatto che i finanziamenti posti in essere in esecuzione di un piano di risanamento, di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti sono protetti per legge dalla revocatoria fallimentare. Anzitutto si deve sottolineare che la protezione da revocatoria fallimentare testualmente copre solo la finanza "alla ristrutturazione", cioè i contratti posti in essere in esecuzione dei tre diversi tipi di piano. Si afferma però in via interpretativa che "*quanto ai finanziamenti c.d. interinali o ponte, vale a dire i finanziamenti erogati in funzione della predisposizione del piano attestato, il relativo rimborso sarà coperto dall'esenzione da revocatoria se previsto nel piano in funzione della sua attuazione*"⁴⁶¹.

Ma il fatto che i finanziamenti qui considerati siano protetti da revocatoria è un indice sicuro di incolumità per la banca?

Parte della dottrina⁴⁶² ha affermato che "*il criterio della ragionevolezza dell'operazione di ristrutturazione aziendale, considerato rilevante al fine dell'esonero dall'azione revocatoria*" può essere la chiave per affermare l'assenza di responsabilità in capo al finanziatore.

Il dubbio che l'esenzione da revocatoria possa essere davvero un elemento sintomatico, significativo di una totale immunità del finanziamento da pretese dei creditori, ha occupato diversi Autori⁴⁶³, ma la maggioranza degli stessi rigetta l'affermazione.

Anzitutto si è ribadito che il legislatore non ha escluso espressamente alcuna responsabilità per le banche che partecipano al piano di risanamento⁴⁶⁴: questo indice può essere poco probante, ma, davanti alle molteplici riforme della legge fallimentare che si sono curate di eliminare ogni altro

⁴⁶¹ G. CORSI, *I piani attestati*, in A.A. V.V., *Gli effetti del fallimento*, in F. VASSALLI - F.P. LUISO - E. GABRIELLI, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Volume III, 2014, p. 645. Parte della dottrina ritiene esenti da revocatoria anche i finanziamenti erogati durante e non necessariamente dopo la predisposizione del piano, in quanto funzionali alla sua attuazione, purché espressamente previsti e richiamati nel piano stesso; così S. BONFATTI, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, I, Torino, 2009, p. 707.

⁴⁶² P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e piani di risanamento*, cit. p. 657 ss.

⁴⁶³ T.M. UBERTAZZI, *Accordi di risanamento: i soggetti coinvolti, il ruolo delle banche e le responsabilità*, cit.

⁴⁶⁴ *Op. ult. cit.*

possibile rischio per i finanziatori, il fatto che nessuna norma si occupi della responsabilità civile non dovrebbe dirsi casuale.

Con un parallelo alle pratiche di risanamento ante riforma è stato affermato *“la prassi giudiziaria insegna che anche nelle fattispecie portate sino ad ora all’attenzione dei giudici, i piani di ristrutturazione nell’ambito dei quali era assicurata “nuova finanza” dalle banche erano stati giudicati idonei al risanamento da esperti indipendenti (gli advisor): tuttavia nessun serio ostacolo alla configurabilità di una possibile responsabilità per “concessione abusiva di credito” è stato individuato in tale circostanza. Nulla di nuovo accade con la prospettata riforma della legge fallimentare (...). Gli accordi di “ristrutturazione” e di “risanamento” ricevono “protezione” esclusivamente sotto il profilo della esenzione da revocatoria degli atti posti in essere per la loro esecuzione: per il resto, tutto è come prima, e le responsabilità prospettabili nel passato – a vario titolo –, per le operazioni poste in essere nell’ambito dei tentativi di composizione (stragiudiziale) delle situazioni di crisi, rimangono impregiudicate anche per il futuro”*⁴⁶⁵

L’affermazione è da condividersi: non si può leggere infatti nell’esenzione da revocatoria (cioè da un’azione specifica diretta a far dichiarare l’inefficacia relativa di un negozio) la liceità del contratto di finanziamento. L’obiettivo dell’esenzione da revocatoria, simile a quello della prededuzione, è garantire alla banca di poter ottenere senza intralci la restituzione degli importi erogati in caso di insuccesso del risanamento. Questa funzione è notevolmente diversa, sotto il profilo formale e sostanziale, dal giudizio in termini di antiggiuridicità della condotta ex art. 2043 c.c.

Da ultimo vanno presi in considerazione due ulteriori aspetti del finanziamento erogato nell’ambito di procedure negoziali alternative al fallimento: la prededucibilità del credito e la (eventuale) presenza dell’omologazione giudiziale.

Naturalmente anche tali caratteristiche procedurali sono idonee a prestarsi allo stesso sillogismo di cui sopra: dato che il finanziamento è prededucibile e/o è contenuto in un piano omologato da un giudice, allora il finanziatore non può essere chiamato a rispondere dei danni che l’erogazione di credito cagiona.

Quanto alla prededucibilità si è affermato che sarebbe contraddittorio qualificare come prededucibile, e quindi antergato in sede di riparto fallimentare, un finanziamento che nel contempo può essere fonte di responsabilità del finanziatore verso gli altri creditori⁴⁶⁶. Si tratterebbe di un

⁴⁶⁵ S. BONFATTI, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d’impresa nella riforma della legge fallimentare*, 2005, in www.judicium.it.

⁴⁶⁶ Osservazione V. PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva del credito tra unità e pluralità*, cit., p. 1165 ss. e F. DI MARZIO, *Finanziamento bancario alle imprese in crisi*, in *Libro dell’anno del Diritto 2012 – Treccani*, Roma, 2012 e in www.treccani.it: *“il finanziamento professionale all’impresa in crisi è oggi a tal punto incentivato dalla legge da godere del favore della prededuzione nel caso in cui il piano posto alla base di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti volga all’insuccesso (cfr. art. 182 quater l. fall.); cosicché in queste ipotesi*

controsenso, o, da un altro punto di vista, della conferma che il *favor* del legislatore, cristallizzato nella preveducibilità, rende leciti i finanziamenti ed immuni le banche.

La preveducibilità è un beneficio concesso dalla legge fallimentare ad alcuni crediti in caso di fallimento, a norma dell'art. 111 l.fall.: si tratta cioè di una regola che attiene alle modalità di riparto dell'attivo fallimentare (è la seconda norma del Capo VII, titolato "della ripartizione dell'attivo") e quindi di un elemento procedurale che di per sé non dà alcun genere di informazione circa la natura giuridica o gli elementi sostanziali del credito.

Per tale ragione si afferma l'irrelevanza del carattere della preveducibilità del credito⁴⁶⁷ in tema di responsabilità della banca per finanziamento abusivo: in quest'ultima fattispecie occorre un giudizio sostanziale sull'antigiuridicità della condotta del finanziatore.

Secondo parte della dottrina specialistica, però, la preveducibilità potrebbe assumere un significato positivo: il legislatore qualificerebbe come preveducibili solamente le spese che ritiene sostenute nell'interesse della collettività dei creditori⁴⁶⁸. Anche dando rilievo a questa seconda lettura ("sostanzialistica"), non è scontato che la preveducibilità del credito sia sinonimo di esenzione da responsabilità civile per la banca. Si pone cioè un bivio interpretativo: una strada è ammettere che tutti i crediti definiti dalla legge come preveducibili siano sempre (anche di fatto) assunti per un interesse di tutti i creditori, e per questo siano intrinsecamente leciti; una seconda possibilità è concludere che il credito, astrattamente preveducibile, diretto in concreto a soddisfare interessi particolari, egoistici e non generali di tutti i creditori, non meriti i vantaggi che la legge riconduce all'art. 111 l. fall., e quindi perda il beneficio della preveduzione.

In altri termini, la tesi che vede la preveducibilità come un "sigillo di liceità" è solo una delle possibili strade interpretative: quella più favorevole alla banca. Si potrebbe però, non senza ragioni, affermare che il finanziamento erogato ad un soggetto irrecuperabile, anche se situato all'interno di una procedura, dev'essere considerato illecito e per questo espunto dal novero dei crediti preveducibili⁴⁶⁹.

sembra contraddittorio affermare la responsabilità per semplice negligenza nella concessione del credito di cui si ha diritto di restituzione preferenziale" - anche se l'Autore non termina l'indagine davanti a tale affermazione, come in seguito discusso.

⁴⁶⁷ D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, p. 743.; B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit. .

⁴⁶⁸ L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, cit., p. 258.

⁴⁶⁹ La tesi è discussa, ma rifiutata, da F. DI MARZIO, *Finanziamento bancario alle imprese in crisi*, cit.

A tale ultima considerazione non sembra giunta, *expressis verbis*, la giurisprudenza, né la dottrina prevalente⁴⁷⁰ – ma si crede che, al palesarsi di un caso evidente di abuso nella concessione del credito, pur all'interno di un piano di risanamento, l'argine della prededucibilità non reggerebbe e si giungerebbe pacificamente ad affermare la responsabilità della banca nonché, forse, anche la caduta del beneficio in sede di riparto⁴⁷¹.

Si aggiunge un'altra considerazione: l'art. 182 quater l. fall., introdotto con il D.L. 78/2010 (convertito in l. 122/2010) inizialmente prevedeva che fossero prededucibili solo i finanziamenti erogati (in esecuzione della procedura o in funzione dell'accesso alla procedura) da banche o intermediari finanziari. La norma è stata modificata con la L. 7 agosto 2012 n. 134, la quale ha espunto il riferimento agli operatori di credito, ed ha quindi allargato il beneficio della prededucazione a qualunque finanziamento, indipendentemente dalla fonte di provenienza.

Riflettendo sul significato di questa recente riforma⁴⁷² si potrebbe desumere che il legislatore, parificando tutti i finanziamenti, abbia voluto affermare che il vaglio del professionale del merito del credito (appannaggio degli operatori istituzionali) non è elemento fondamentale per il finanziamento all'impresa in crisi, qualora ci si collochi nel contesto di una procedura di risanamento sottoposta a vaglio giudiziale. Una simile interpretazione sopravvaluterebbe il significato dell'estensione normativa: l'obiettivo, si crede, non è stato quello di svalutare il significato del vaglio del merito del credito da parte delle banche⁴⁷³, ma piuttosto quello di incentivare ulteriormente il ricorso ad ogni forma di credito, nella (discutibile) convinzione che la l'apporto di nuova liquidità sia sempre un bene per l'impresa (e per i suoi creditori).

Resta da interrogarsi sul ruolo del giudice nel contesto della procedura di risanamento: il piano che prevede il finanziamento e che viene ammesso a procedura e poi omologato dal giudice è garanzia della piena legittimità del credito anche sotto il profilo extracontrattuale?

⁴⁷⁰ L'ipotesi di escludere il beneficio della prededucibilità potrebbe dirsi quantomeno implicita nella tesi di A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit., come afferma F. DI MARZIO, *op. ult. cit.* – sul punto, e sulle critiche a questo orientamento, si tornerà nell'ultimo Paragrafo del lavoro.

⁴⁷¹ Si pensi al caso in cui la banca ha ragione di sospettare la veridicità dei dati di bilancio proposti dall'imprenditore, ma che tale dubbio non emerga in sede di attestazione, né dinnanzi al giudice. Potrebbe pensare di sfruttare i vantaggi formalmente riconosciuti al credito erogato in corso di procedura, magari avvantaggiandosi con garanzie reali, per poi vedersi restituire in prededucazione l'intero importo a discapito dei creditori. Non credo sinceramente che nessun interprete, per quanto amante del principio di non contraddizione, possa aderire ad una lettura formalistica in una simile fattispecie.

⁴⁷² Salutata con favore, *ex multis*, da P. VELLA, *Autorizzazioni, finanziamenti e prededuzioni nel nuovo concordato preventivo*, cit., in quanto si appiana una disparità di trattamento incostituzionale. Per autorevole dottrina, invece, la norma nella sua previgente formulazione era ragionevole, poiché attribuiva il beneficio solo a soggetti tendenzialmente estranei rispetto all'impresa e soggetti a regole prudenziali circa l'assunzione di rischi: L. STANGHELLINI, *Finanziamenti – ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, cit.

⁴⁷³ Onere che, al contrario, dovrebbe essere adempiuto con maggior rigore e scrupolo a fronte di una crisi dell'impresa finanziata - D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, p. 742.

La risposta positiva sembra anche in questo caso la più immediata⁴⁷⁴. Parte della dottrina ha sollevato infatti il dubbio che il giudizio di omologazione del tribunale, avente per oggetto l'idoneità del piano, potrebbe addirittura interrompere il nesso di causalità tra l'illecito comportamento della banca, che eroga credito ad un soggetto non risanabile, e i danni subiti dai terzi creditori dell'impresa⁴⁷⁵.

La circostanza che il concordato o l'accordo siano omologati, e che il tribunale abbia espresso un giudizio positivo sul piano di ristrutturazione è un forte indice presuntivo del fatto che la banca finanziatrice non sia (e non possa essere) a conoscenza del fatto che l'impresa è, in verità, in condizione di dissesto irreversibile, e che quindi il risanamento è destinato a fallire. Ma un elemento di prova, una presunzione, è cosa ben diversa dalla predicata esenzione *tout court* da responsabilità⁴⁷⁶.

Inoltre, sotto un profilo più strettamente positivo, si deve notare una demarcazione tra il ruolo adempiuto dal giudice nell'omologazione del piano e l'onere di verifica del merito del credito da parte della banca.

Come si è detto nel caso dell'esperto, anche qui si deve ripetere che le due valutazioni non sono tra loro fungibili. Il tribunale deve infatti valutare una serie di elementi di fatto e di diritto, svolgendo un controllo di legalità: devono essere verificati i requisiti di indipendenza e professionalità dell'esperto, l'effettiva sussistenza delle maggioranze di legge (a seconda della procedura scelta) ed il deposito integrale della documentazione di cui all'art. 161 l. fall.

Sul punto un recente pronunciato delle Sezioni Unite⁴⁷⁷ ha affermato che il ruolo del giudice è un controllo di legittimità, e non di merito, ulteriore e non alternativo rispetto a quello

⁴⁷⁴ F. DI MARZIO, *Finanziamento bancario alle imprese in crisi*, cit.

⁴⁷⁵ S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2009, 1 (Allegato), p. 65 ss. – il quale però, correttamente, risolve il dubbio in senso negativo: “*Se è vero che il banchiere finanziatore non resta esonerato dall’obbligo di vigilanza in sede di attuazione del piano omologato, non sembra che il giudizio di omologazione possa costituire un ostacolo all’affermazione di responsabilità dello stesso nei confronti degli inconsapevoli danneggiati*”.

⁴⁷⁶ D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, p. 742.

⁴⁷⁷ Cass. S.U. 23 gennaio 2013 n. 1521, in *Giust. Civ. Mass.* 2013: “*In tema di concordato preventivo, il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall’attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il menzionato controllo di legittimità si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo, e si attua verificandosi l’effettiva realizzabilità della causa concreta: quest’ultima, peraltro, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell’imprenditore, da un lato, e all’assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro.*”

dell'attestatore: resta quindi riservata ai creditori la valutazione in ordine alla validità e alla realizzabilità della proposta, e quindi la probabilità di successo economico.

Non può in nessun caso ritenersi che il compito del giudice assorba il sindacato di merito che deve essere svolto dal finanziatore. Al contrario la giurisprudenza dà particolare rilievo alle valutazioni economiche che i creditori devono svolgere nella partecipazione al piano – tra queste è centrale quella circa l'apporto di nuova finanza.

Le norme del T.U.B. e della legge fallimentare che disciplinano, rispettivamente, l'erogazione del credito e il controllo giudiziale sui piani diretti alla soluzione delle crisi d'impresa sono fondati su *rationes* diverse, e dirette a proteggere interessi non sovrapponibili. La normativa di settore bancaria è infatti, come più volte ricordato, diretta a mantenere equilibrio tra gli operatori di credito, e a proteggere il mercato nel suo complesso; al contrario la legge fallimentare, disciplinando concordato e accordo di ristrutturazione dei debiti, richiede al giudice di verificare la sussistenza di presupposti normativamente indicati allo scopo di garantire ai creditori la corretta espressione delle loro ragioni (e quindi a tutela della *par condicio creditorum*).

Anche la sussistenza di un'omologazione giudiziale non può quindi fungere da “ombrello protettivo” per la banca contro pretese extracontrattuali.

Le precedenti riflessioni sono dirette a dimostrare che non si può procedere ad un'automatica esenzione di responsabilità della banca che finanzia all'interno di procedure negoziali di soluzione della crisi d'impresa: per quanto certamente sussistano numerosi indici contrari, si deve tenere aperta la possibilità che né il controllo dell'attestatore, né l'omologazione del giudice abbiano potuto interpretare la realtà di fatto a fondo come ha potuto (o avrebbe potuto) fare la banca.

D. IL SIGNIFICATO CIVILISTICO DELL'ESENZIONE DA RESPONSABILITÀ PENALE EX ART. 217 BIS L. FALL.

L'introduzione dell'art. 217 bis è a molti sembrato il “colpo finale” del legislatore, diretto a scardinare ogni pretesa responsabilità della banca che eroghi finanziamenti a fronte di un piano di risanamento (in senso lato).

Quando nel 2010 il legislatore ha aggiornato la normativa penale fallimentare (esentando, con l'art. 217 bis i finanziamenti erogati in funzione o in esecuzione di concordati, accordi di ristrutturazione e piani di risanamento dal rischio di concorso in reati di bancarotta) alcune voci in dottrina⁴⁷⁸ hanno ritenuto di essere di fronte all'ultima prova del *favor* del legislatore per il

⁴⁷⁸ M. GALARDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa*, Rimini, 2012, 156 ss.

finanziamento in sede di *restructuring*, e quindi di una ulteriore ragione per considerare la banca coinvolta nella procedura immune da responsabilità extracontrattuali.

Non possono condividersi, si ribadisce, gli orientamenti che in questa fattispecie esenterebbero *ex ante*, a prescindere da una approfondita analisi del caso concreto, la banca da responsabilità per concessione abusiva del credito – neanche a fronte della nuova disciplina penale.

Anzitutto si deve notare che l'esenzione contenuta nell'art. 217 bis l.fall. copre il finanziatore contro i reati di bancarotta (semplice e fraudolenta), ma non contempla invece l'ipotesi del reato di ricorso abusivo al credito di cui all'art. 218 l. fall.⁴⁷⁹.

Né si può ritenere che la nuova norma possa essere estesa sino a ricomprendere fattispecie ulteriori rispetto quelle espressamente indicate: il tenore letterale è chiaro nell'imporre la disapplicazione dei soli artt. 216 terzo comma e 217 l. fall. Inoltre si deve ricordare che, pur non trovando applicazione il divieto di analogia (art. 25 cost.)⁴⁸⁰ con riferimento alle norme più favorevoli per l'imputato, vale il principio dell'art. 14 disp. prel. c.c., secondo il quale “*le leggi (...) che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi (...) in esse considerati*”.⁴⁸¹

Resta allora da chiedersi se la banca possa concorrere nel reato di abusivo ricorso al credito ex art. 218 l. fall.: sul punto le opinioni degli interpreti divergono.

La giurisprudenza tradizionale⁴⁸² e una parte della dottrina ritengono che la banca non possa essere coinvolta in responsabilità penali a tale titolo, “*giacchè colui che concede credito è soggetto passivo del reato, e pertanto non può essere considerato concorrente*”⁴⁸³.

La ricostruzione in esame assume che il finanziatore sia l'unico o il principale soggetto protetto dalla normativa penale: così ragionando è evidente che non possa essere incriminata l'erogazione del finanziamento, letta come frutto di un errore indotto dolosamente dall'imprenditore.

Si deve però ricordare che, per altra dottrina⁴⁸⁴ l'art. 218 l.fall. sarebbe diretto invece ad impedire un aggravamento della condizione di decozione dell'impresa e dunque posto dal legislatore a tutela della massa dei creditori. Si afferma cioè che lo scopo della norma non sia soltanto quello di

⁴⁷⁹ La norma, al primo comma, prevede: “*Gli amministratori, i direttori generali, i liquidatori e gli imprenditori esercenti un'attività commerciale che ricorrono o continuano a ricorrere al credito, anche al di fuori dei casi di cui agli articoli precedenti, dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza sono puniti con la reclusione da sei mesi a tre anni.*”

⁴⁸⁰ G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale: parte generale*, Milano, 2012, p. 64 ss.

⁴⁸¹ In tal senso F. MUCCIARELLI, *L'art. 217 bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011.

⁴⁸² In tal senso anche Cass. 25 settembre 2003 n. 14234, in *Contratti*, 2004, p. 145, che data tale premessa esclude che la banca possa essere concorrente nel reato di ricorso abusivo al credito.

⁴⁸³ V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela. Asimmetria e condotte abusive*, Milano, 2008, p. 153 c.c.

⁴⁸⁴ G. COCCO, *Sub. Art. 218*, in F. PALAZZO C. E. PALIERO (a cura di) *Commentario alle leggi penali complementari*, Padova, 2003, p. 995. Ribadisce questa visione N. SELVAGGI, *Le altre fattispecie di reati fallimentari*, in A.A. V.V., *Gli effetti del fallimento*, Volume III, cit., p. 1001 ss.

proteggere il finanziatore – ingannato dalle informazioni del reo – bensì quello di evitare che l'acquisto di nuova finanza possa tenere in vita l'imprenditore insolvente e favorire la dispersione della sua residua ricchezza.

In altre parole si è detto che uno degli obiettivi della norma sarebbe quello di *“impedire, nell'interesse dei creditori pre-esistenti, che il dissesto venga aggravato da operazioni rovinose, e di tutelare l'interesse generale alla regolarità e alla sicurezza del traffico giuridico”*⁴⁸⁵.

Seguendo questa seconda opinione si potrebbe giungere ad affermare la possibilità di un concorso della banca nel reato di ricorso abusivo al credito.

Se infatti questa, d'accordo con l'imprenditore, eroga credito essendo consapevole della condizione di insolvenza irreversibile in cui si trova il finanziato, allo scopo di trarne profitto e/o di essere avvantaggiata in sede di riparto dell'attivo fallimentare (magari grazie alla consolidazione dei propri crediti contro la revocatoria, od ottenendo contestualmente garanzie reali e personali), sta ponendo in essere una condotta:

- causalmente necessaria alla configurazione del reato (*condicio sine qua non*);
- rilevante sotto il profilo dell'elemento soggettivo (consapevolezza della condizione dell'impresa, volontà di profittare).

Si spiegano allora le ragioni per cui autorevole dottrina⁴⁸⁶ sostiene la configurabilità di un concorso nel reato di ricorso abusivo al credito: *“Sebbene la figura del ricorso abusivo al credito sia costruita con riferimento alla condotta dell'imprenditore che si procura fondi dissimulando la propria insolvenza, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è progressivamente incentrata anche sugli obblighi di comportamento della banca finanziatrice. La violazione di tali obblighi dovrebbe implicare, sotto il profilo penale, l'imputabilità per concorso, che però appare difficilmente configurabile, presupponendo il reato la dissimulazione da parte dell'imprenditore del proprio stato di dissesto”*⁴⁸⁷.

L'opinione che ammette il concorso della banca nel reato di ricorso abusivo al credito sembra di recente suffragata, in caso di fraudolenta collusione tra debitore e funzionario di banca, dalla Cassazione 1 giugno 2010 n. 13413: la banca è stata in tal caso considerata in sede civile *“terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della società stessa”*.

⁴⁸⁵ G. COCCO, *Sub. Art. 218*, cit..

⁴⁸⁶ O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Fall.*, 1997, 9, p. 875 ss; D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, p. 742 secondo cui, nonostante l'esenzione di cui all'art. 217 bis l.fall. per la banca *“resta (...) configurabile il reato di ricorso abusivo al credito di cui all'art. 218 l. fall.”*.

⁴⁸⁷ O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, cit.

Non può dunque sostenersi che la banca sia del tutto immune a responsabilità penali, neanche quando il finanziamento avviene in concomitanza di una procedura di soluzione negoziata della crisi.

Ma anche prescindendo da questa discussa ipotesi di responsabilità penale ex art. 218 l.fall., e volendo considerare il portato certamente innovativo della riforma del 2010 nell'ambito dei reati fallimentari, non si può certo affermare⁴⁸⁸ che la responsabilità civile della banca possa essere esclusa in base ad una pretesa simmetria con l'esenzione da responsabilità penale contenuta nell'art. 217 bis c.c.

E' condivisa in dottrina e giurisprudenza⁴⁸⁹ la convinzione che la c.d. *abolitio criminis* non comporti l'automatico venir meno della responsabilità per illecito civile. E il caso del finanziamento abusivo non fa eccezione: altro è limitare le conseguenze penali di una condotta, altro è affermarne la perfetta liceità civile⁴⁹⁰.

Se la sanzione in sede penale di una condotta ne attesta indiscutibilmente l'antigiuridicità sotto il profilo civile (ferme le menzionate distinzioni tra reato-contratto e reato in contratto⁴⁹¹), non è altrettanto vero il contrario: l'esenzione da responsabilità penale non implica liceità civile del comportamento.

Ciò in quanto non sussiste un nesso logico-giuridico biunivoco tra le opposte fattispecie: l'illiceità penale di una condotta rappresenta il livello più alto di repressione noto all'ordinamento, ove invece la sanzione civile è posta su un piano diverso ed inferiore.

Insomma, il sillogismo secondo il quale premesso che ciò che è illecito in sede penale è rilevante in sede civile, ne consegue che l'esenzione penale comporta esenzione civile è inconsistente, perché assume una premessa erronea – cioè che si possano accomunare o vincolare biunivocamente le sanzioni e le esenzioni in due materie tanto distanti.

⁴⁸⁸ Così invece, pur implicitamente, G. TRISORIO LIUZZI, *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, cit., p. 263

⁴⁸⁹ Sul punto Cass. 13 novembre 2009 n. 24030, in *Rep. Foro it.*, 2009, voce *Giudizio (rapporto)*, n. 9; Cass. 19 febbraio 1998 n. 1761, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Responsabilità civile*, n. 107

⁴⁹⁰ Conformi sul punto A. NIGRO, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, cit. "va considerato che la non configurabilità di un'illiceità penale non incide sulla configurabilità di una illiceità civile"; G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. Comm.*, 2012, 3, p. 385 ss. e in particolare nota 50.

⁴⁹¹ Recentemente, per una visione d'insieme I. LENOCI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006.

6.5 L'EROGAZIONE DEL CREDITO ALL'INTERNO DELLE "SOLUZIONI NEGOZIALI ALTERNATIVE AL FALLIMENTO": ANTIGIURIDICITÀ, PUBBLICITÀ E COLPEVOLEZZA

A. IL PROBLEMA NON È NELL'ANTIGIURIDICITÀ DELLA CONDOTTA

Respinte le tesi che, a partire dalla nuova normativa fallimentare, esenterebbero *tout court* la banca da responsabilità civile per l'erogazione di un finanziamento in costanza di una delle procedure citate, resta ancora da capire quali conseguenze comporta, nell'analisi della responsabilità della banca, il fatto che l'erogazione si collochi nel contesto delle procedure alternative al fallimento.

Rivolgendoci alle categorie civilistiche che reggono la responsabilità extracontrattuale, le argomentazioni spese dalla dottrina anzi criticata sono dirette, più o meno espressamente, ad escludere che la condotta della banca possa essere definita "antigiuridica" – e quindi che il danno provocato dal finanziamento sia ingiusto.

Si sostiene, in altri termini (e per lo più implicitamente⁴⁹²), che la condotta del finanziatore smette di essere antigiuridica se si situa all'interno di una procedura di soluzione negoziale delle crisi d'impresa. Infatti solo escludendo a priori l'elemento dell'ingiustizia del danno si può giungere ad affermare che una certa condotta è esente da ogni possibile rimprovero di responsabilità.

Tornando agli studi riportati nel precedente Capitolo IV sul tema, l'approccio ricorda quello di un Autore⁴⁹³ il quale affermava che il danno possa definirsi rilevante ex art. 2043 c.c. solo qualora "non giustificato", ovvero in assenza di un'autorizzazione o una facoltà attribuita dall'ordinamento.

In questo caso sussisterebbe una forma di autorizzazione, per quanto non testuale, se si accettasse di far assurgere le nuove norme della legge fallimentare (sull'esenzione da revocatoria, la prededucibilità dei crediti e la protezione contro responsabilità penali) a cause di giustificazione della condotta della banca che abbia di fatto arrecato danno ai creditori o all'impresa.

Una simile possibilità è da respingere: anzitutto si deve rilevare la lettura dell'ingiustizia come "non giustificazione" del danno non è stata condivisa dalla giurisprudenza; d'alto lato poi, anche volendo seguire l'orientamento, non si può comunque ritenere che norme dettate in sedi (speciali e) diverse da quella oggetto di riflessione possano essere estese e manipolate sino a renderle cause di giustificazione atipiche.

⁴⁹² Tra i pochi autori attenti a questo aspetto si segnala V. PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva del credito tra unità e pluralità*, in *Giur. Comm.*, 2011, 5, p. 1161 ss., che sottolinea il tema dell'antigiuridicità del danno avvicinando le norme di condotta della banca nell'erogazione del credito e la regole di favore dettate in tema di procedure concorsuali alternative al fallimento.

⁴⁹³ P. SCHESINGER, *L'«ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, cit.

Si potrebbe ancora pensare di far leva su un'altra autorevole lettura del tema dell'antigiuridicità del danno⁴⁹⁴, che richiede all'interprete un'opera di “*semplificazione delle fattispecie legalmente prevedute o represses*” allo scopo di individuare nelle stesse “*la ragione dell'ingiustizia*”, estensibile e riscontrabile anche in altre fattispecie non disciplinate.

L'opinione non è qui spendibile per dimostrare un'esenzione di responsabilità della banca: l'Autore infatti richiede che il procedimento di semplificazione abbia ad oggetto norme che “*prevengono o reprimono determinati comportamenti umani*”⁴⁹⁵, dunque norme di tutela o afflittive.

Lo stesso procedimento non può valere per norme come quelle introdotte con la riforma della legge fallimentare (esenzione da revocatoria, prededucibilità dei crediti, esenzione penale): esse infatti non permettono di individuare ragioni di ingiustizia del danno, e quindi il fondamento di una responsabilità civile. Al contrario si tratta di norme di favore, che non sono, in base a questa opinione, oggetto del medesimo processo di astrazione e generalizzazione *rationis causa*.

Guardando da ultimo il problema nell'ottica della comparazione tra i contrapposti interessi del danneggiante (banca) e del danneggiato (creditore/impresa)⁴⁹⁶, anche qualora ci si trovi in costanza di procedura concorsuale diversa dal fallimento, la bilancia efficientistica non pende automaticamente in favore del finanziatore.

Per quanto l'interesse della banca, sintetizzabile nella sua libertà di iniziativa economica privata, sia meritorio e tutelato anche sul piano costituzionale, l'interesse dei danneggiati non è solo *de damno vitando*, ma rispecchia il superiore l'interesse del mercato, come si è cercato di dimostrare nel precedente Capitolo V. Di regola dunque, l'interesse dei danneggiati, in quanto diffuso e sovraordinato, è prevalente⁴⁹⁷ nell'ottica della massimizzazione del benessere collettivo. Senza contare che la libertà contrattuale della banca non è assoluta, ma calmierata dalla normativa di settore, che impone prudenza e coerenza nella gestione e nell'erogazione del credito, alla luce degli interessi generali.

B. GLI EFFETTI SUI TERZI DELLA PUBBLICITÀ DEL PIANO E L'AFFIDAMENTO (IN)COLPEVOLE

C'è un elemento ulteriore da considerare: tanto il concordato preventivo quanto l'accordo di ristrutturazione dei debiti sono procedure pubblicizzare a registro imprese.

⁴⁹⁴ R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, cit.

⁴⁹⁵ R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, cit.

⁴⁹⁶ P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, cit.

⁴⁹⁷ Naturalmente si tratta di una semplificazione: il portato più importante della tesi di TRIMARCHI è proprio la necessità di una valutazione caso per caso in cui si comprano gli interessi sottesi a quella specifica ipotesi di danno.

Si è già discusso⁴⁹⁸ del ruolo giocato dalla pubblicità camerale nella scelta, da parte dell'imprenditore, della procedura più consona ai propri interessi ed alla propria situazione: si è detto che l'imprenditore è meno incentivato a ricorrere a procedure che prevedono un regime di pubblicità poiché l'impresa potrebbe soffrire di una perdita di credibilità sul mercato. I terzi possono infatti venire a conoscenza della condizione in cui versa l'impresa, e valutare che un soggetto instabile non sia un idoneo *partner* di affari.

Nell'ottica della responsabilità della banca per concessione abusiva del credito, però, la pubblicità acquista ulteriore importanza e centralità – proprio a partire dal concetto di “credibilità” del finanziato.

Parte della dottrina⁴⁹⁹ ha recentemente notato che, se si identifica il fondamento dell'illecito nella falsa apparenza di solvibilità ingenerata nei terzi dall'erogazione di credito, il fatto che l'imprenditore ricorra ad un concordato preventivo o ad un accordo di ristrutturazione dei debiti (informazione nota ai terzi a mezzo del regime della pubblicità) fa chiaramente venir meno il presupposto in discussione.

In altri termini si è affermato: “È (...) evidente che la concessione di credito che avvenga in esecuzione di un piano attestato e reso conoscibile ai terzi (e dunque anche ai potenziali nuovi creditori) (...) non potrebbe mai essere qualificabile come “abusiva”, dal momento che dando pubblicità al piano si elimina in radice ogni “falsa apparenza di solvibilità” dell'impresa, così da escludere in radice la possibilità di configurare simili responsabilità in capo alle banche”⁵⁰⁰.

La pubblicità camerale genera una presunzione di conoscenza, da parte dei terzi (creditori anteriori o potenziali), della condizione di crisi in cui versa l'imprenditore. Il finanziamento che interviene all'interno di una procedura pubblicizzata sarebbe pertanto immune dal rimprovero di poter fuorviare i creditori, illudendoli di una prosperità insussistente. Costoro dovrebbero e potrebbero sapere, senza sforzi ed indagini particolari, che l'impresa è in difficoltà, e che il finanziamento si situa all'interno di un piano diretto ad emergere dalla crisi.

Da ciò si è tratto che, stante la pubblicità del piano a registro imprese, non si possa generare un affidamento incolpevole⁵⁰¹: i creditori che, osservando il comportamento della banca, a loro volta investono sono messi nella condizione di sapere che l'impresa beneficiaria non è solida, e che il finanziamento bancario si situa all'interno di un piano per l'emersione dalla crisi. La banca non

⁴⁹⁸ In questo Capitolo, nel Par. 2.

⁴⁹⁹ In particolare S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit., p. 65 ss.; D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. D) l. fall.: luci ed ombre a seguito del decreto “sviluppo”*, cit.; F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie “concessione abusiva del credito”*, cit.

⁵⁰⁰ D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. D) l. fall.: luci ed ombre a seguito del decreto “sviluppo”*, cit.

⁵⁰¹ F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie “concessione abusiva del credito”*, cit.

costruisce, con la sua condotta, l'apparenza di una prosperità artificiale, per il semplice fatto che tale apparenza è confutata senza appello dalle risultanze del registro delle imprese (pubblico ed accessibile a tutti). *“L'erronea percezione della realtà dell'impresa da parte del terzo, a causa del sostegno bancario, potrebbe in queste ipotesi tradursi in una sua colpevole ignoranza non meritevole di tutela.”*⁵⁰²

Seguendo questa linea interpretativa fino alle sue conseguenze, poiché nel piano di risanamento di cui all'art. 67 l. fall., la pubblicità è prevista come formalità solo eventuale (e nella prassi mai applicata) la banca che finanzia un'impresa in crisi in esecuzione di un piano di risanamento (non pubblicato) non può essere esonerata da responsabilità sotto nessun profilo. La sua condotta, stante la “segretezza” della procedura, può determinare una falsa percezione della condizione del finanziato, poiché i creditori possono non essere informati dell'avvio della procedura⁵⁰³.

Diversamente, qualora il finanziamento sia erogato in funzione o in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti, la pubblicità della procedura schermerebbe la banca contro le pretese dei singoli creditori – almeno nella misura in cui queste siano fondate sull'affidamento circa la solvibilità dell'impresa prodotto dal finanziamento bancario⁵⁰⁴.

Interrompendo qui il ragionamento si avrebbe una rigorosa scissione: da un lato, nei piani di cui all'art. 67 l.fall., le banche potrebbero essere chiamate a rispondere senza limiti, dall'altro lato, la pubblicità del piano esimerebbe da ogni rischio il finanziamento che si collochi all'interno di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Pare di dover proseguire oltre, per vedere se si possa individuare una strada alternativa e convincente – stante la persuasione, più volte espressa in queste pagine, che un'esenzione di responsabilità automatica non possa essere la soluzione più efficiente.

Un Autore ha proposto di adeguare l'ipotesi di responsabilità della banca al caso in cui ci si situi all'interno di procedure di soluzione negoziale della crisi d'impresa, e ha suggerito di modificare i connotati oggettivi dell'illecito in discorso, sanzionando i casi in cui il contributo del

⁵⁰² S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit.

⁵⁰³ Si prenda ad esempio il caso in cui l'imprenditore decida di coinvolgere nel piano di risanamento solo il ceto bancario, principale creditore, e di non informarne i fornitori, i dipendenti, gli altri creditori ed i terzi. In questo caso, se si può dimostrare che la banca (magari in collusione con l'impresa) ha prodotto con il suo finanziamento una distorta percezione della solvibilità dell'impresa, può dirsi ingenerato un incolpevole affidamento nei terzi, che meriteranno risarcimento *uti singuli*.

⁵⁰⁴ F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie “concessione abusiva del credito”*, cit., afferma *“Per un argomento preliminare, (...) le discipline di accordi di ristrutturazione e concordati, a differenza di quanto vale per i piani attestati di risanamento, prevedono forme di pubblicità dell'iniziativa che fanno escludere la ricorrenza dell'elemento di fattispecie dato dalla falsa apparenza di solvibilità dell'impresa finanziata, fonte di errore incolpevole dell'ignaro osservatore.”*

finanziatore “acquisti rilievo causale nella elaborazione e/o nella verifica dell’accordo di ristrutturazione o del piano che accompagna la proposta di concordato preventivo”⁵⁰⁵.

In tal caso, si afferma, i terzi creditori non stanno più facendo affidamento sulla solvibilità dell’impresa (poiché è loro noto lo stato di crisi), bensì si affidano al risanamento o alla ristrutturazione: sarebbe allora illecito, da parte della banca, prendere parte attiva alla redazione di un piano “dolosamente o colposamente inattendibile”⁵⁰⁶.

A suffragio di questa lettura si ricorda che le attività di finanziamento che si situano a cavallo di una procedura di ricomposizione della crisi “si accompagnano a una forte ingerenza delle banche nelle decisioni strategiche dell’impresa: non occorre infatti che le banche si intromettano direttamente in tali scelte, comportandosi come amministratori di fatto; la stessa redazione ed esecuzione del piano implicano una attività di valutazione e controllo delle scelte dell’impresa, e dunque in ogni caso una ingerenza, sia pure intesa, se si vuole, in senso lato.”⁵⁰⁷

Si vuol dire, cioè, che la banca potrebbe essere chiamata a rispondere, in via extracontrattuale, per aver agito in modo da generare affidamento incolpevole non sulla solvibilità dell’impresa, bensì sulla affidabilità del piano⁵⁰⁸.

Un limite di questo orientamento, segnalato dallo stesso Autore⁵⁰⁹, è che giuridicamente la paternità del piano non è attribuibile al finanziatore bensì al debitore, e che l’intervento dell’attestatore (e la sua responsabilità anche penale) dovrebbero essere ulteriore prova della estraneità della banca da responsabilità in caso di fallimento del piano.

Non mi sembra però che queste circostanze possano condurre a un rifiuto aprioristico di questa opinione: sotto un profilo economico, alla prassi mercatoria è ben noto che tutti i piani di cui stiamo trattando sono concordati punto per punto con i finanziatori – se non imposti in vaste parti dagli stessi – nella consapevolezza che il venir meno del supporto del ceto bancario comporta l’automatico fallimento di ogni alternativa al fallimento. Né questo significa tornare automaticamente nell’alveo del concorso nella *mala gestio*. Si tratta di un tema diverso, sempre

⁵⁰⁵ S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit.

⁵⁰⁶ S. FORTUNATO, *Op. e loc. ult. cit.*

⁵⁰⁷ F. DI MARZIO, *Contratto e crisi d’impresa. Piano di risanamento, accordo di ristrutturazione e responsabilità per concessione abusiva del credito*, in AA.VV. *Il concordato preventivo e la ristrutturazione del debito di impresa*, Torino, 2006, p. 139 ss.

⁵⁰⁸ Non si distanzia da queste considerazioni, pur con conseguenze in parte diverse, M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell’impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, cit., p. 1091, che afferma: “una responsabilità per concessione abusiva di credito potrà intervenire solo allorché, sin dal primo momento, ovvero nel corso del rapporto, la banca avrebbe dovuto accertare la non fattibilità del piano e quindi adottare le dovute cautele. Tuttavia, nelle ipotesi di finanziamenti incentivati, qui esaminate, pure non potendosi escludere a rigore il sopravvenire di una tale responsabilità, il rispetto delle procedure prefissate dovrebbe nella maggior parte dei casi condurre ad escluderla”. Anche secondo l’Autore, quindi, in sede di soluzioni negoziali alla crisi d’impresa mutano i caratteri dell’illecito, e si deve focalizzare l’attenzione non tanto sulla apparenza di solvibilità, quanto sulla fattibilità del piano, suffragata dal finanziamento.

⁵⁰⁹ S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, cit.

fondato sull'affidamento, qui rivolto al piano e non più alla solvibilità, ma assolutamente simile come caratteristiche e natura.

Sul ruolo dell'attestatore si è già detto nelle pagine passate: non si può escludere che una banca, con la quale l'impresa intrattiene magari rapporti da tempo, possa conoscere le prospettive di risanamento le concrete speranze di successo del piano più e meglio di un professionista estraneo (per legge) che svolge un apprezzamento tecnico-peritale.

Pare di poter concludere che residuano spazi per una responsabilità della banca connessa ai finanziamenti erogati all'interno di una procedura "alternativa al fallimento": i doveri di sana e prudente gestione e di un attento vaglio del merito del credito non possono venire meno ed essere soppiantate dalle regole dettate (per altri scopi) dalla legge fallimentare.

C. LA RILEVANZA DEL PIANO SOTTO IL PROFILO DELL'ELEMENTO SOGGETTIVO DELL'ILLECITO DELLA BANCA FINANZIATRICE

Nelle pagine precedenti si è detto che la sussistenza di una procedura alternativa al fallimento non comporta l'automatico venir meno dell'antigiuridicità della condotta della banca, e che dunque non può essere considerato come causa di giustificazione o esimente di responsabilità *tout court*. Si è anche soffermata l'attenzione sul ruolo giocato dalla pubblicità dei piani di risanamento (*rectius* del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti) sull'elemento, per alcuni centrale, dell'affidamento riposto dai terzi nella solvibilità dell'impresa finanziata dalla banca.

Non si è però ancora determinato con chiarezza a che titolo e sino a che punto rilevi, al di fuori delle considerazioni sulla pubblicità, il fatto che il contratto tra la banca e l'impresa si collochi nel contesto di una procedura.

Autorevole dottrina afferma⁵¹⁰ che l'argomento coinvolge l'elemento soggettivo dell'illecito civile – cioè l'imputabilità del fatto all'agente a titolo di dolo o di colpa (escludendosi che la banca possa essere chiamata a rispondere a titolo di responsabilità oggettiva⁵¹¹). In altri termini, a fronte del medesimo contratto di finanziamento, ciò che cambia nel caso di ricorso ad una delle procedure citate è la disposizione volitiva del soggetto danneggiante, e quindi la consapevolezza e la volontarietà della condotta sotto il profilo soggettivo.

Tenendo ferma l'esistenza del danno, il nesso causale tra finanziamento e lesione e l'antigiuridicità della condotta, ci si deve chiedere in quali casi il contegno psicologico del

⁵¹⁰ G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, cit., nota 50.

⁵¹¹ In assenza di una espressa norma di legge che lo stabilisca.

finanziatore sia modificato dalla presenza di un piano di risanamento, e cioè fino a che punto la banca possa aver considerato che la presenza del piano abbia reso legittima l'erogazione.

Due autorevoli opinioni si sono misurate da quasi dieci anni sul tema dell'elemento soggettivo nella concessione abusiva di credito all'interno delle procedure concorsuali minori, rimanendo su posizioni contrastanti.⁵¹²

Una prima lettura⁵¹³ afferma infatti che, in presenza di un piano di risanamento disciplinato dalla legge fallimentare, la banca possa essere considerata responsabile per finanziamento abusivo solo nel caso in cui abbia volontariamente erogato credito ad un soggetto che sapeva essere immeritevole: si tratterebbe cioè di un illecito di dolo.

La tesi è chiara: sembra che, nel contesto del piano per l'emersione dalla crisi, l'unico caso in cui la banca possa abusare della sua libertà contrattuale nell'erogazione di credito sia quello in cui, magari in concerto con l'imprenditore, ponga volutamente in essere una condotta scorretta, per avvantaggiarsi a danno degli altri creditori. Davanti alle grandi tutele procedurali (offerte soprattutto da concordato e accordo di ristrutturazione) sembra che l'ipotesi di una negligenza della banca nel vaglio del merito dell'impresa risananda sfumi, per lasciar spazio solo a ipotesi di coscienza e volontarietà del danno.

Si è detto, sempre con riferimento al *favor* dimostrato dal legislatore verso i finanziamenti all'impresa in crisi: *“sembrerebbe intimamente contraddittorio (...) che quello stesso credito bancario il quale, nell'eventuale fallimento seguito all'insuccesso della soluzione negoziata, viene oggi (...) normativamente privilegiato, con la prededucibilità, sempre e comunque, rispetto a tutti gli altri crediti possa costituire, nella medesima evenienza dell'insuccesso della soluzione negoziata, fonte di obblighi risarcitori nei confronti dei titolari di questi altri crediti ove concesso, in ipotesi, con negligenza (solo il dolo, appunto, mi parrebbe consentire di superare la protezione assicurata dalla legge).”*⁵¹⁴

⁵¹² Si escludono dalla presente indagine le opinioni di quella parte (minoritaria) della dottrina che ritiene l'illecito della concessione abusiva del credito in sé quale un illecito di dolo, sia all'interno che al di fuori delle procedure concorsuali: tali opinioni non paiono fondate, come si è avuto modo di discutere in precedenza toccando il tema dell'elemento soggettivo dell'illecito nella Prima Sezione del lavoro. Per un approfondimento di tali opinioni cfr. V. ROPPO, *Crisi d'impresa: la banca risponde verso i creditori? (con postilla sugli sviluppi della responsabilità civile)*, in *Danno e responsabilità*, 1996, p. 537 s.

⁵¹³ A. NIGRO, *“Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche*, in *B.B.T.C.*, 2006, 1, p. 359; ID., *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, in *Società*, 2007, 4, p. 439 ID., *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit.; P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, cit.; C. ESPOSITO, *L'azione risarcitoria di massa per concessione abusiva di credito*, in *Fall.*, 2005, 861-862.

⁵¹⁴ A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit.

Occorrerebbe cioè un disegno diretto a mascherare la situazione di insolvenza irreversibile del debitore con il fine di avvantaggiare la banca, che trae beneficio dal protrarsi dell'attività d'impresa e, soprattutto, dalla protezione offerta dalla procedura concorsuale⁵¹⁵.

La tesi sembra suffragata per il tramite della comparazione giuridica: guardando al diritto francese, ove primariamente si è studiato il tema della concessione abusiva di credito, si nota che l'art. L650-1 del Code de Commerce, riformato nel 2005, prevede: “*Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas 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.*”⁵¹⁶

La Loi 2005-845 del 26 luglio 2005, integrando il Code de Commerce, ha dunque voluto precisare che, dal momento dell'apertura di piani di risanamento o di procedure di liquidazione, il finanziamento erogato dai creditori non è mai fonte di responsabilità, salvo il caso di frode, immistione nella gestione o di acquisto di garanzie sproporzionate rispetto al credito.⁵¹⁷

La recente novella francese ha cristallizzato un precedente orientamento della giurisprudenza, che non esitava da tempo ad escludere la responsabilità della banca là dove fosse esistito un “piano di risanamento credibile”⁵¹⁸, ma precisando alcune doverose eccezioni.

Pur con qualche approssimazione si può affermare che il legislatore francese ha accolto l'idea che il finanziamento, in costanza di procedure di risanamento, possa rilevare ai fini della responsabilità della banca in caso di dolo (frode e ingerenza nella gestione sono chiaramente condotte volontarie, mentre può essere discutibile se l'acquisto di garanzie sproporzionate rilevi sotto il mero profilo oggettivo). Con questo “*cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif*” si realizza l'intento, notato dalla dottrina francese⁵¹⁹, di evitare che i banchieri siano dissuasi dal finanziare le imprese in crisi⁵²⁰, ma, a ben vedere, si fa salva la necessità di tutelare i creditori del fallito contro ipotesi in cui l'erogazione di credito è preordinata ad avvantaggiare la banca a discapito della *par condicio*.

⁵¹⁵ P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, cit.

⁵¹⁶ Secondo una traduzione letterale: “*Nel caso di apertura di una procedura di salvaguardia, di amministrazione controllata o di liquidazione giudiziale, i creditori non possono essere ritenuti responsabili per danni derivanti da finanziamenti da loro concessi, salvo il caso di frode, di immistione nella gestione del debitore o se le garanzie ottenute come contropartita degli stessi sono sproporzionate*”.

⁵¹⁷ F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in F. DI MARZIO - F. MACARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, Milano, 2010, p. 52 ss.; T.M. UBERTAZZI, *Accordi di risanamento: i soggetti coinvolti, il ruolo delle banche e le responsabilità*, cit., p. 16.

⁵¹⁸ Ch. Com. 15 giugno 1993, in JCP, 1993, p. 253; App. Paris, 15 dicembre 1995, in D., 1996, p. 65.

⁵¹⁹ V. FORRAY, *Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce*, in *RTD comm.*, 2008, p. 661 ss.

⁵²⁰ Lo nota P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, cit.

Il secondo orientamento della dottrina italiana⁵²¹ contrasta l'idea che la banca possa essere chiamata a rispondere, nelle descritte fattispecie, solo a titolo di dolo. Si individuano infatti diversi profili critici nella precedente ricostruzione.

In primo luogo si nota che in Italia non esiste una norma simile a quella francese, che regoli l'ipotesi di responsabilità della banca all'interno delle procedure concorsuali minori; la complessità del tema è data proprio dall'assenza di un chiaro indirizzo legislativo sul punto, e dalla conseguente necessità di ricostruire la fattispecie in via interpretativa – col solo ausilio dell'art. 2043 c.c. La comparazione, che pure offre spunti interessanti, non può cioè condurre ad un totale parificazione delle discipline italiana e francese, poiché nella prima manca il dato positivo.

Sviluppando l'argomento, la dottrina ribadisce l'unitarietà dell'istituto della responsabilità extracontrattuale⁵²²: al di fuori di casi eccezionali, che devono essere previsti dalla legge, l'illecito aquiliano è naturalmente costituibile sia al ricorrere del dolo che in caso di semplice colpa⁵²³. Ancora una volta, l'assenza di una norma di legge impedisce di ricostruire la concessione abusiva di credito come illecito di dolo.

Un ulteriore punto considerato dalla critica riguarda gli interessi lesi dall'illecito: si attesta che il contegno soggettivo del finanziatore non modifica l'entità o la qualità della lesione che subiscono i creditori (o lo stesso patrimonio del finanziato)⁵²⁴. Chi qualifica l'illecito come “di dolo” dovrebbe cioè ritenere, seppure implicitamente, che la predisposizione psicologica del soggetto possa influire sulla dimensione o la gravità della lesione all'interesse protetto (cosa che, a rigore, non può mai avvenire).

Vicina a queste posizioni è l'opinione che argomenta: *“L'obiezione che può muoversi al riguardo non consiste tanto nel rilievo, di natura essenzialmente empirica, giusta il quale l'attività altamente specializzata e professionale, qual è quella creditizia, solo di rado pone in luce atteggiamenti meramente colposi. Quel che ad avviso di chi scrive appare determinante è che la banca sia tenuta al rispetto di una serie di cautele nell'erogazione del credito, e ciò evidentemente*

⁵²¹ In particolare F. DI MARZIO, in *Contratto e crisi d'impresa. Piano di risanamento, accordo di ristrutturazione e responsabilità per concessione abusiva del credito*, in AA.VV., *Il concordato preventivo e la ristrutturazione del debito di impresa*, Torino, 2006, p. 139-156; *Sulla fattispecie “concessione abusiva di credito”*, cit.; *Ancora sulla fattispecie “concessione abusiva del credito”*, cit.; *Finanziamento bancario alle imprese in crisi*, cit.

⁵²² F. DI MARZIO, *Finanziamento bancario alle imprese in crisi*, cit. “(...) una primaria preoccupazione di coerenza deve riguardare la specifica fattispecie di responsabilità aquiliana per concessione abusiva di credito rispetto alla figura generale – e non derogata – di tale responsabilità, che ai fini dell'imputazione del fatto all'agente non consente di discriminare le condotte dolose dalle condotte colpose”.

⁵²³ Si ricorda che è sempre la legge a stabilire deroghe, anche nel più semplice caso in cui si voglia escludere la colpa lieve dall'illecito. Si prenda il caso dell'art. 2236 c.c. in tema di responsabilità del prestatore d'opera.

⁵²⁴ Afferma F. DI MARZIO, *Ancora sulla fattispecie “concessione abusiva del credito”*, cit.: *“L'interesse protetto(...) resta pregiudicato nell'identico modo sia dal dolo che dall'errore del finanziatore, e reclama in entrambi i casi una eguale protezione”*.

*nella prospettiva della salvaguardia di molteplici interessi di natura non solo privatistica, la cui mera inosservanza è fonte di responsabilità.*⁵²⁵.

Lo stralcio è particolarmente illuminante in quanto richiama, anche per l'aspetto dell'elemento soggettivo qui in discussione, un tema ricorrente e centrale nella presente ricerca: la rilevanza delle norme di settore che impongono una sana e prudente gestione del credito all'operatore bancario. Si dice, cioè, che la violazione delle regole di settore è un elemento importante nella valutazione dell'elemento soggettivo: non è indifferente che il credito sia erogato da un operatore professionale o da un privato qualunque.

Se la violazione delle norme del T.U.B. è nodale nella ricostruzione dell'ambito soggettivo, è allora necessario considerare tanto il dolo quanto la colpa⁵²⁶ – e anzi la colpa assume un significato importante proprio perché connotata (ex art. 1176 c.c.) dalla professionalità del contraente, dalla sua esperienza e dalla presenza di norme di legge cui lo stesso deve attenersi.

Senza escludere la necessità di un vaglio del merito del credito, è però comunque plausibile che il contesto in cui la banca è richiesta di procedere all'erogazione influisca sulla sua condotta. Per quanto non si possa parlare di veri e propri *safe harbours*, certamente le cautele previste dalla legge fallimentare (attestazione dell'esperto, omologazione del tribunale) rinforzano il convincimento degli operatori del mercato – e quindi anche della banca – sulla legittimità dei contratti in esso considerati⁵²⁷.

Si può allora valutare che il coinvolgimento dell'impresa e della banca in una procedura alternativa al fallimento influisca sull'elemento soggettivo dell'illecito: a seconda della circostanza concreta, la sussistenza di un ragionevole piano di risanamento potrebbe impedire che si possa ravvisare una condotta del banchiere connotata da (dolo o) colpa⁵²⁸.

Ciò non significa rendere l'illecito esclusivamente “di dolo”, come vorrebbe invece l'opinione anzi criticata⁵²⁹: piuttosto vuol dire che, in quelle sedi, si deve considerare diversamente il livello di diligenza, prudenza ed perizia richiesto alla banca in sede di erogazione di credito. L'innalzamento del livello di negligenza, imprudenza e imperizia necessario per l'affermazione di responsabilità può essere una ragionevole risposta alla tema centrale di questo Capitolo. Se il

⁵²⁵ L. BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, cit.

⁵²⁶ L'atto *contra legem* può infatti essere pacificamente frutto di una negligenza dei funzionari preposti, o da un'imperizia nel vaglio del merito creditizio ed in generale della situazione di reversibilità della crisi.

⁵²⁷ Anche se, giova ripetere, il *favor legislativo* non può indurre a escludere *tout court* la responsabilità, per le ragioni anzi ampiamente considerate.

⁵²⁸ G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, cit., nota 50.

⁵²⁹ Sostenuta da A. NIGRO, “Privatizzazione” delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, cit.; ID., *La responsabilità della banca nell'erogazione del credito*, cit.; ID., *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» del credito*, cit.; P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, cit.; C. ESPOSITO, *L'azione risarcitoria di massa per concessione abusiva di credito*, cit.

finanziamento che segue a una contrattazione bilaterale e riservata espone la banca ad un alto grado di rimproverabilità per colpa, stante la sua intrinseca professionalità, quando l'erogazione avviene nei ristretti argini della procedura è naturale che l'imputazione di responsabilità richieda uno stato di negligenza, imprudenza o imperizia maggiore – poiché il contesto induce ragionevoli speranze nel risanamento.

Utilizzando le parole di un Autore⁵³⁰: *“nessuna disposizione esenta (i finanziatori)⁵³¹ da responsabilità civile (...): responsabilità che, di regola, è configurabile non soltanto nei casi di dolo, ma anche nei casi di colpa. Certo, è sostenibile che la presenza dell'attestazione dell'esperto impedisca di configurare, a carico dei citati soggetti (e, nell'ipotesi di imprese in forma societaria, dei gestori, dei soci e dei membri degli eventuali organi di controllo), uno stato soggettivo di colpa (...). Qualora, tuttavia, si riesca a provare che costoro erano perfettamente consapevoli dell'irragionevolezza del piano e hanno indotto l'esperto a rilasciare ugualmente l'attestazione (in particolare, per frodare i creditori), difficilmente gli stessi potranno sottrarsi da responsabilità.”*

Quando la banca può rappresentarsi, per le competenze e le informazioni che il proprio status comporta, una probabile inidoneità del piano a garantire il risanamento, ma – per una serie di ragioni⁵³² – decide comunque di finanziare, si assume il rischio di essere ritenuta responsabile quando la sua condotta determina un danno per l'impresa o per i creditori.

In tutti i casi in cui, pur impiegando la diligenza professionale richiesta, la banca non era né poteva essere in grado di vedere oltre l'attestazione dell'esperto e quindi prevedere il fallimento, verrebbe a mancare l'elemento soggettivo, poiché non si configurerebbe né un dolo né una colpa idonea a fondare il rimprovero – pur persistendo l'antigiuridicità della condotta sotto il profilo oggettivo⁵³³.

⁵³¹ Nota aggiunta.

⁵³² Il punto è interessante: perché, escluso il dolo, la banca potrebbe decidere comunque di erogare finanza al risanamento, pur consapevole dell'alto rischio di insuccesso della ristrutturazione? La risposta risiede, a mio giudizio, nella considerazione che la banca, in ogni caso, si trova in una posizione di supremazia rispetto agli altri creditori: il solo fatto di vedere i suoi crediti privilegiati, le operazioni compiute esenti da revocatoria, unito alla frequente presenza di garanzie reali, rendono più sicuro l'investimento. Ma è inefficiente che la banca finanzia in queste condizioni. Si tratta infatti di un investimento ad altissimo rischio (nulla vieta che il *turnaround*, per circostanze esterne, si realizzi, ma la prospettiva è improbabile), il cui costo non è però assunto integralmente dall'operatore bancario – anche se questi è spesso indispensabile per il progetto. Il rischio dell'insuccesso del piano è infatti principalmente riversato sui creditori non garantiti o che vantano crediti non preveducibili: la banca si soddisferà sull'attivo del fallimento, probabilmente per intero, e le conseguenze dannose del prolungamento della vita dell'impresa saranno per lo più patite da altri. Per queste ragioni sembra possibile una fattispecie colposa e rilevante: quella in cui la banca sa delle alte probabilità di insuccesso del risanamento, ma decide comunque di finanziare, protetta dalla legge fallimentare e dalle proprie garanzie, conscia che le ripercussioni negative in caso di fallimento saranno sopportate da altri.

⁵³³ Condivide l'impostazione qui proposta, pur con conseguenze più stemperate M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, cit., p. 1091 ss. *“una responsabilità per concessione abusiva di credito potrà intervenire solo allorché, sin dal primo momento, ovvero nel corso del rapporto, la banca avrebbe dovuto accertare la non fattibilità del piano e quindi adottare le dovute cautele. Tuttavia, nelle ipotesi di*

Autorevoli opinioni hanno confermato che, in caso di impresa in crisi, la banca sia tenuta ad elevare i suoi standard di attenzione: *“la nuova disciplina fallimentare (...) comporta semmai, piuttosto che un affievolimento dei doveri di comportamento della banca, la necessità di un maggior rigore e trasparenza nella concessione di credito. Alla professionalità normalmente richiesta la banca, nel valutare la meritevolezza del sovvenuto a ricevere credito o a mantenerlo, 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”*⁵³⁴.

In questa visione, l’attestazione del professionista non è discriminazione di responsabilità *tout court*, non solo perché, come anzi ricordato, questi deve compiere un vaglio parzialmente diverso e indirizzato a finalità diverse rispetto a quello della banca, ma anche e principalmente perché la banca può essere a conoscenza della condizione economica dell’impresa finanziata ad un livello molto superiore. *“La banca, spesso, conosce le cose più e meglio di qualsiasi esperto attestatore”*⁵³⁵.

Una notazione finale, esemplificativa di quanto fin’ora affermato. E’ frequente che, a fronte della crisi di una società di grandi dimensioni, partecipino al piano diretto al salvataggio, oltre alla banca che ha storicamente svolto il ruolo di finanziatore dell’impresa, anche nuove banche, chiamate ad erogare finanzia in *pool*.

In una simile fattispecie, la banca che nel tempo ha seguito l’impresa è in possesso di informazioni ben diverse e superiori rispetto a quelle che le altre banche possono reperire. La lettura del bilancio e del piano proposto (uniti magari alla consultazione della Centrale dei Rischi) non rappresentano infatti i soli dati significativi per una precisa rappresentazione delle probabilità di successo del *turnaround*.

La banca “storica” può fondare il suo giudizio e il suo convincimento su elementi di esperienza, derivanti dalle passate vicende dell’impresa e dal suo andamento economico-finanziario nel tempo⁵³⁶: può quindi prevedere con migliore approssimazione la risposta del mercato alla sua crisi ed i comportamenti che terranno altri protagonisti del risanamento (soci, altri creditori strategici

finanziamenti incentivati, qui esaminate, pure non potendosi escludere a rigore il sopravvenire di una tale responsabilità, il rispetto delle procedure prefissate dovrebbe nella maggior parte dei casi condurre ad escluderla”.

⁵³⁴ B. INZITARI, *L’abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit. In tal senso anche D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, cit., p. 741 s., che esprima l’idea per cui *“la previsione sulla carta di possibili soluzioni negoziali alla crisi di impresa valorizzi l’autonomia contrattuale e per questa stessa ragione renda più stringente, rispetto a ieri, il regime della responsabilità della banca”.*

⁵³⁵ D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, cit., p. 742.

⁵³⁶ E’ significativo che in tal senso si orienti anche la giurisprudenza: Cass. 18 febbraio 2008 n. 3927, in *Fallimento*, 2008, p. 717; Tribunale di Pescara, 31 luglio 2014, cit., secondo le quali è indice della conoscenza dell’insolvenza dell’imprenditore finanziato “la continuità (piuttosto che occasionalità) e la importanza dei rapporti” con la società.

ecc.). Ciò deriva, naturalmente, dal bagaglio di conoscenze formato nel tempo attraverso i ripetuti contatti negoziali intercorsi, e non è sostituibile da nessuna approfondita indagine contabile⁵³⁷.

In questo senso è certamente vero che alcune banche conoscono “meglio di qualsiasi esperto attestatore” la condizione dell’impresa, la gravità del dissesto e le conseguenti possibilità di successo del *restructuring*⁵³⁸.

A fronte dell’avvio della procedura di concordato o di accordo di ristrutturazione dei debiti, le banche richieste di finanziare in *pool* l’impresa potrebbero ragionevolmente fidarsi dell’idoneità del piano, dopo aver diligentemente indagato il merito del credito, sulla base delle informazioni a loro disposizione.

Se poi il piano dovesse condurre a insuccesso, non si potrebbe negare che l’erogazione di credito abbia protratto inutilmente la vita dell’impresa, causato una riduzione dell’attivo e quindi danneggiato gli altri creditori⁵³⁹ – ma evidentemente la condotta non sarebbe rilevante ai sensi dell’art. 2043 c.c., perché non si potrebbe muovere alle nuove banche alcun rimprovero a titolo di colpa.

Diversamente, la banca che era in rapporti con l’impresa da prima della crisi, che poteva prevedere, al di là delle formali attestazioni e omologazioni, l’alta probabilità di fallimento, avrebbe dovuto astenersi dal prendere parte al piano e pretendere il fallimento. Se invece, nonostante si sia rappresentata⁵⁴⁰ l’evento (*default*) e le sue dannose conseguenze (per l’impresa cliente e per i suoi creditori), ha comunque deciso di erogare il credito, essa potrà essere chiamata a rispondere dei danni cagionati dall’infruttuoso protrarsi dell’attività d’impresa, e dalla connessa dispersione dell’attivo.

La grande differenza, sotto il profilo soggettivo, tra banca già in rapporti con l’impresa e nuova banca permette di confermare che, da un lato, la presenza del piano può condurre ad escludere in concreto la colpa del finanziatore (elevando il livello di negligenza richiesto per l’affermazione di

⁵³⁷ Sotto il profilo dell’analisi economica del diritto, si deve ricordare che le informazioni sono considerate come un bene giuridico, il cui acquisto comporta un costo (sul punto S. SHAVELL, *Fondamenti dell’analisi economica del diritto*, cit., p. 114 ss.). C’è da domandarsi allora fino a che punto si possa richiedere alle nuove banche in *pool* di acquisire informazioni, investendo risorse e tempo, sull’impresa in crisi. Sembra di poter ragionevolmente concludere che, in assenza di una norma che imponga alle banche comportamenti ulteriori rispetto al vaglio del merito del credito, non si possa addossare alle nuove banche il costo di ottenere lo stesso grado di conoscenze che è in possesso delle banche “storiche”: tale pretesa comporterebbe un investimento di risorse eccessivo, e condurrebbe le nuove banche a non concedere il credito, con conseguenze negative diffuse (tanto per l’impresa, quanto per i suoi creditori).

⁵³⁸ D. MAFFEIS, *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, cit., p. 742.

⁵³⁹ Qui l’antigiuridicità della condotta, che pare a mio avviso innegabile in tutti i casi di finanziamento ad un soggetto irreversibilmente insolvente, a prescindere dalla presenza di una procedura di soluzione negoziale della crisi e quindi anche dal grado di conoscibilità dello stato di insolvenza da parte del creditore.

⁵⁴⁰ O, ancora, avrebbe potuto rappresentarsi, tenendo un livello di diligenza consono alla propria professionalità.

responsabilità) e che, d'altro lato, un ruolo centrale è giocato dalla possibilità che la banca si possa rappresentare, a prescindere dall'attestazione dell'esperto, il probabile insuccesso del piano.

Non si tratta di limitare ai soli casi di colpa grave (come pure da alcuni sostenuto⁵⁴¹) la responsabilità della banca, ma di centrare l'indagine sulla possibile previsione, da parte del banchiere, della dannosità del suo finanziamento.

Coscienza che, d'altro canto, dovrebbe essere caratteristica dell'agire professionale dell'operatore di credito: “*secondo la più comune e diffusa esperienza, il comportamento abusivo è sempre accompagnato dalla consapevolezza degli effetti pregiudizievoli e degli intenti egoistici dell'autore*⁵⁴²”.

Può darsi, quindi, che la banca possa essere ritenuta esente da responsabilità nel caso in cui non sia configurabile un rimprovero a titolo di dolo o di colpa, anche grazie alla presenza di piani diretti alla soluzione della crisi d'impresa. Resta da chiedersi se, accogliendo la prospettiva proposta nel Capitolo V, in tali casi residui il rischio di una declaratoria di nullità del finanziamento per contrarietà all'ordine pubblico.

La risposta, a mio giudizio, dev'essere generalmente negativa. La soluzione non discende per simmetria dall'assenza di responsabilità civile in capo alla banca: ritengo infatti che sarebbe ben possibile immaginare un contratto nullo che non comporti responsabilità in capo alla banca, per assenza dell'elemento soggettivo. Non sembra infatti che si possa postulare (al di fuori di una espressa previsione normativa) un vizio genetico del contratto correlato alla sussistenza di un elemento psicologico di dolo o di colpa in capo a una sola delle due parti contraenti: anche il caso di nullità per illiceità del motivo (che si avvicina al tema in oggetto) richiede infatti che il motivo sia comune alle parti contraenti.

La ragione per cui, all'interno di un piano concordato, di un piano di risanamento o di un accordo di ristrutturazione dei debiti i finanziamenti diretti al *turnaround* dovrebbero essere considerati validi è che manca la violazione di un principio di ordine pubblico economico.

Se il finanziamento erogato all'impresa insolvente nel libero mercato può causare un disequilibrio e delle inefficienze su larga scala, che urtano contro le istituzioni e i principi giuridici ed economici dello Stato, lo stesso non si può dire se ci si trova all'interno di un piano. Infatti in questo caso è lo stesso legislatore a prevedere e disciplinare la fattispecie, avendo considerato *ex ante* i costi, i rischi e i benefici di un programma diretto all'emersione (negoziata con i creditori) dalla

⁵⁴¹ V. ROPPO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Fallimento*, 1997, 869 s.

⁵⁴² B. INZITARI, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, cit. si ribadisce che ciò non equivale ad affermare che l'illecito è “di dolo”: la consapevolezza degli effetti pregiudizievoli della condotta è infatti tipica e qualificante l'istituto della colpa cosciente.

crisi d'impresa, sorretto sulla "nuova finanza". Salve ipotesi estreme in cui imprenditore e banca predispongono una serie di attività dirette a frodare i creditori (di evidente rilievo penale), il finanziamento che si colloca in questo contesto, anche se il piano fallisce, a mio giudizio dovrebbe rimanere valido, anche per evitare di frustrare le regole che ne prevedono la prededucibilità. Non è credibile un principio di ordine pubblico che funzioni ad intermittenza, solo quando il risanamento in concreto ha esito negativo.

Si potrebbe dire quindi che le norme di legge che garantiscono la prededucibilità, la liceità penale, l'immunità da revocatoria dei finanziamenti erogati nell'ambito del risanamento⁵⁴³ escludono che detto finanziamento possa essere dichiarato nullo per contrarietà all'ordine pubblico economico: sono chiari indici normativi del fatto che l'operazione negoziale non è rimproverata, ma anzi favorita dall'ordinamento.

⁵⁴³ Le quali, come si è detto, non sono di per sé sole sufficienti ad escludere ogni responsabilità della banca per concessione abusiva di credito.

CONCLUSIONI

Giunti al termine del lavoro, si possono rapidamente ripercorrere i punti più salienti sorti nella ricerca, per valutare i risultati, le difficoltà emerse e i possibili sviluppi scientifici futuri con riguardo all'erogazione di credito ad imprese in crisi.

Nel Capitolo I si è partiti dal problema, all'apparenza solo terminologico, della differenza tra crisi d'impresa e insolvenza, nascente dalla stessa normativa fallimentare, chiedendosi quale sia la condizione economico-patrimoniale del cliente finanziato idonea a far ritenere illecito il finanziamento. Si è escluso che le definizioni di "stato di crisi" (artt. 160 e 182-bis l.fall.) e di "insolvenza" (art. 5 l.fall.) siano da sole sufficienti a determinare una presunzione di immeritevolezza del finanziamento. Anche la società che accede ad un concordato preventivo può trovarsi in stato di insolvenza (art. 160 co. 3 l.fall.); inoltre diverse normative affermano che una società insolvente possa essere coinvolta in un'operazione di risanamento, così emergendo dal dissesto (in particolare l'art. 27 D.Lgs. 270/1999 prevede che la società soggetta ad "amministrazione straordinaria" si trovi in stato di insolvenza, ma presenti "*concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali*"). Fintantoché una società può essere risanata, il credito bancario può essere diretto a favorire la soluzione della crisi: si assiste all'assunzione di un rischio di impresa, non ad un'operazione di per sé illegittima.

Si è stabilito dunque che la condizione rilevante ai fini di un addebito di responsabilità della banca è l'insolvenza irreversibile: lo stato in cui l'impresa distrugge ricchezza, e cioè, in un'ottica di analisi economica del diritto, la condizione in cui i costi per il risanamento superano il beneficio che da essa deriva, o in altri termini la situazione in cui l'impresa, in esercizio, abbia valore inferiore a quello dei beni che la compongono.

Dal diritto fallimentare si è tratto un altro punto fermo: la valutazione circa l'insolvenza di un'impresa dipende fortemente (almeno dal lato esteriore) dal credito che la stessa gode sul mercato. Si è addirittura affermato in dottrina che sarebbe insolvente l'impresa che, semplicemente, non riesca più a reperire credito. La stessa A.B.I. (Associazione Bancaria Italiana) afferma infatti: "*il venir meno del sostegno della banca rappresenta il primo significativo indice di una sopravvenuta valutazione di non meritevolezza dell'imprenditore da parte del soggetto finanziatore. Da ciò la considerazione per cui la scelta della banca di concedere o mantenere il proprio sostegno finanziario ad un'impresa, anche solo attraverso il mantenimento delle linee di credito, finisce inevitabilmente per determinare nei terzi l'idea di solvibilità e quindi di solidità dell'impresa stessa.*"

Si inizia a giustificare l'idea che il finanziamento bancario al cliente insolvente generi un affidamento nei terzi (creditori attuali o potenziali): il finanziatore starebbe infatti condizionando il mercato e falsando le valutazioni degli altri operatori sulla solvibilità del finanziato, producendo un danno ai terzi.

Nel Capitolo II ci si è quindi soffermati sul ruolo della banca, per individuare le caratteristiche e le regole concernenti l'erogazione del credito. Si è ricordato lo sviluppo normativo che ha condotto il legislatore italiano, su spinta della Comunità Europea (Direttiva CEE 77/780), a descrivere l'operato della banca quale attività d'impresa (art. 10 T.U.B.), abbandonando l'orientamento anteriore in base al quale l'attività bancaria era definita quale pubblico servizio di interesse generale. In tal modo si sono aperti nuovi significativi spazi per l'affermazione di una responsabilità a titolo di concessione abusiva del credito.

Nell'analisi della normativa di settore ha spiccato rilievo l'art. 5 T.U.B., che impone alle autorità creditizie e, indirettamente, alle banche di avere riguardo "*alla sana e prudente gestione*" del credito e conseguentemente "*alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del mercato*". Si è visto, in contrasto con l'art. 21 T.U.F., che l'art. 5 T.U.B. disciplina esclusivamente i rapporti "interni", e non quelli tra banca e cliente, dettando regole dirette alle banche e volte alla protezione del mercato. Pur non potendo, di per sé sola, fondare la responsabilità della banca, la norma dimostra un interesse generale, di ordine pubblico, all'equilibrio del mercato nell'interesse della collettività.

In seguito a Basilea II, e anche in forza della recente Direttiva 2014/17/UE, si è posta sempre più attenzione al compito della banca di svolgere un corretto vaglio del merito del credito del cliente: la normativa di settore, all'oggi, lo impone espressamente in tema di credito al consumo (art. 124 bis T.U.B.), ma l'indagine sul merito del credito è in ogni caso una delle modalità in cui si esplicita in concreto la "*sana e prudente gestione*", soprattutto a fronte di imprese in crisi. La Direttiva del 2014 ha in particolare evidenziato che l'indagine sulle capacità di restituzione dell'importo mutuato non possono essere derogate neanche in presenza di solide garanzie immobiliari, potendo configurarsi in questo caso uno spostamento del rischio in capo a terzi, incompatibile con le regole che ispirano la normativa bancaria (Considerando n. 55 e 57).

In base a queste riflessioni si è escluso che possa configurarsi una responsabilità contrattuale della banca nei confronti dei terzi creditori del soggetto finanziato. L'opinione di parte della dottrina, secondo la quale l'affidamento ingenerato nei terzi farebbe sorgere un dovere di protezione in capo alla banca, fonte di contatto sociale e quindi di responsabilità contrattuale, è da respingere. Questi doveri di protezione non possono essere fatti discendere dalla normativa bancaria poiché, al contrario di quanto previsto nell'art. 21 T.U.F., i principi di sana e prudente gestione del credito non sono

diretti a immediata protezione delle controparti, né dei soggetti creditori dei clienti della banca (anche in virtù del principio di relatività degli effetti del contratto ex 1372 c.c.). L'affermazione di una responsabilità contrattuale "da status" della banca si risolverebbe in una forma di responsabilità oggettiva, non fondata su una norma positiva e inefficiente sotto il profilo gius-economico.

Piuttosto si è potuto dimostrare che il particolare rigore imposto dalla normativa di settore incide sotto il profilo dell'elemento soggettivo dell'illecito extracontrattuale: una pretesa normativa di alta professionalità e di indagini tecniche approfondite comporta una più ampia rimproverabilità dell'operatore bancario sotto il profilo della colpa.

Ci si è poi chiesti, nel Capitolo III, quali operazioni e quali contratti possano essere definiti, nell'ottica che qui interessa, come "finanziamenti". Guardando agli strumenti del diritto societario, si è escluso che ogni tipo di apporto di *equity* (capitale, strumenti finanziari, versamenti in conto aumento di capitale) possa condurre a responsabilità della banca, mentre si è stabilito che operazioni quali la sottoscrizione di obbligazioni, titoli di debito, minibond ecc, comportando un debito da restituzione, rientrano nel fenomeno in analisi. Si è ricordato che, nell'opinione della dottrina tradizionale, la sottoscrizione di strumenti finanziari di *debt* rientra nell'attività di erogazione del credito (pur non trattandosi di competenza riservata). A prescindere dall'opinione preferita, resta fermo il fatto che, nel concreto, la banca ha comunque tutti gli strumenti e le informazioni necessarie per vagliare anche in quel caso il merito del credito del cliente, e quindi, come tale, di condizionare con la sua condotta il mercato.

Venendo all'ambito dei contratti, spesso il legislatore parla di "*finanziamenti in qualunque forma effettuati*" (art. 2467 c.c., art. 182 quater l.fall.), equiparando strumenti negoziali tra loro potenzialmente molto diversi. Non si possono utilizzare, in tema di concessione abusiva del credito, argini così ampi: si è dovuto limitare il perimetro di rilevanza dei contratti di finanziamento alla luce delle caratteristiche fondamentali dell'illecito. In particolare rilevano i contratti che attribuiscono all'impresa la disponibilità di denaro (anche attraverso dilazione o rinegoziazione di debiti pregressi) e che prevedono un obbligo di restituzione: in caso contrario non possono verificarsi né pregiudizi per il patrimonio dell'impresa (discendenti dall'incremento del passivo, portato dagli interessi) né l'apparenza di un prosperità artificiale agli occhi dei terzi. Si è, per esempio, escluso il leasing, il quale per natura non ha ad oggetto la messa a disposizione di una somma di denaro, ed il factoring, che non è un contratto di credito ma, eventualmente, di scambio. Si sono escluse anche fideiussioni e i crediti di firma: si tratta di contratti con causa di garanzia, strutturalmente non parificabile al finanziamento (anche se la legislazione, in alcune ipotesi, non distingue tra gli istituti). Si è visto che la giurisprudenza è unanime nel considerare, ai fini della concessione abusiva di credito, non solo la

“nuova finanza”, ma anche la dilazione dei pagamenti e le altre forme di modificazione del contratto originario, che mostrano un rinnovo di fiducia nell’impresa.

Si è accennato alla fattispecie dell’up-front nei derivati di Interest Rate Swap O.T.C., e alla sua potenziale qualificazione come finanziamento (occulto) collegato al derivato; per quanto residuino diversi dubbi sul punto, si è affermato che la pattuizione di un up-front, soprattutto quando diretto a ripagare un’esposizione debitoria del cliente nei confronti della stessa banca (magari proprio per un derivato precedente), ha tutti i requisiti per essere definibile come finanziamento abusivo.

Venendo ad una più specifica analisi dell’illecito (o degli illeciti) in esame, nel Capitolo IV si è approfondito il significato dell’apparenza di solvibilità dell’impresa finanziata, dimostrando che non si tratta di un’ipotesi di apparenza c.d. pura, bensì di apparenza c.d. colposa, e quindi non occorre che la sua tutela sia espressa testualmente da una norma di legge, ben potendo rilevare le categorie generali di protezione dell’affidamento incolpevole.

Si è premesso che assume una rilevanza centrale il requisito dell’ingiustizia del danno, inteso quale la lesione di un bene giuridico che l’ordinamento protegge. Occorre, a fronte di una nuova ipotesi di responsabilità extracontrattuale, individuare primariamente se la condotta leda un interesse protetto dalla legge, o meglio, operando un bilanciamento di interessi confliggenti, se l’interesse della banca alla libera stipulazione di finanziamenti sia prevalente o soccombente rispetto all’interesse leso nei terzi, alla luce di un criterio di pubblica utilità (art. 41 cost.).

Si è accolta l’opinione per cui l’interesse leso dalla concessione abusiva di credito sia (non un generico diritto all’informazione, o il credito del terzo vero la società insolvente ma) la libertà economica dei creditori, e nello specifico la libertà contrattuale “*a non essere sviati nella propria autodeterminazione negoziale nei confronti dei possibili partners contrattuali*”. I creditori confidano nella solvibilità del loro debitore a causa della condotta della banca, e per questo evitano di esercitare i poteri di autotutela che l’ordinamento fornisce a protezione del credito: risoluzione per inadempimento, revocatoria, richiesta di fallimento, ecc. In questi termini si è espressa anche la più recente sentenza di merito (Tribunale di Pescara del 31 luglio 2014).

Questa ricostruzione della concessione abusiva del credito è stata condivisa in dottrina e in giurisprudenza, anche dalla Cassazione a Sezioni Unite (nn. 7029, 7030 e 7031 del 28 marzo 2006), ma comporta una grave ripercussione di tipo processuale: poiché si dà rilievo all’affidamento nutrito dal singolo creditore, e quindi alla sua condizione soggettiva, la concessione abusiva di credito non può assumere la veste di “azione di massa”, e quindi non sussiste legittimazione attiva in capo al curatore fallimentare.

L’esito depotenzia fortemente l’istituto (in termini di rilevanza e di efficienza), poiché i singoli creditori non hanno le informazioni e le possibilità di esperire singolarmente azioni così

articolate in fatto e in diritto, e perché si interdice al curatore fallimentare uno strumento potenzialmente risolutivo.

Una parte della dottrina ha proposto di superare questa difficoltà affermando che il finanziamento all'impresa insolvente non danneggia solo i suoi creditori, ma costituisce un vero e proprio danno per il soggetto finanziato. Questi, trovandosi come detto in una condizione di *default* irreversibile, non potrà allocare efficientemente le risorse finanziarie: esse costituiranno esclusivamente un peso, in quanto aggravano il passivo del debito da interessi, e un danno, in quanto permettono all'impresa di rimanere in vita, disperdendo ricchezza. L'interesse leso, in questa ricostruzione, sarebbe l'integrità patrimoniale del debitore, a norma dell'art. 2740 c.c. Un'azione così fondata sarebbe esperibile dal curatore fallimentare, e quindi più efficiente sotto un profilo pratico. Ma la suggestiva opinione è respinta dalla Cassazione in modo uniforme: non tanto perché il finanziamento non rappresenti un danno per il patrimonio, quanto perché il finanziamento è stato richiesto dall'impresa stessa che si assume danneggiata. Tale condotta del debitore esclude (art. 50 c.p.) la responsabilità civile della banca, sua controparte.

Dalla lettura dei pronunciati giurisprudenziali, a partire dalle sentenze a Sezioni Unite del 2006, emerge una terza strada, del tutto distinta dall'illecito di concessione abusiva del credito: la responsabilità della banca per ingerenza nella gestione della società, e quindi un concorso nell'illecito degli amministratori di cui agli artt. 2392 ss. c.c. Tale ipotesi ricostruttiva ha il merito di garantire legittimazione al curatore fallimentare, ma, come si è visto, non è sempre percorribile: altro è dire che la banca non ha correttamente vagliato il merito del credito dell'impresa (circostanza frequentemente verificabile), altro è provare che la condotta della banca ha concorso a determinare la gestione della società finanziata.

Nel Capitolo V si è visto che alcune opinioni, prima in Germania e poi in Italia, hanno iniziato a inquadrare il problema del finanziamento all'impresa in crisi sotto un diverso punto di vista – affermando la nullità del contratto di credito che sia rivolto ad un soggetto irreversibilmente insolvente. In Germania questa affermazione è giustificata in base all'immoralità della pattuizione, e quindi a un principio che diremmo “di buon costume”. In Italia invece si è proposto di considerare il contratto nullo per assenza del requisito della meritevolezza (art. 1322 co. 2 c.c.): *“potrebbe rilevarsi un limite genetico, costituito dalla non meritevolezza degli interessi perseguiti, ogniqualvolta il rapporto di finanziamento, ove non concesso, impedisca irragionevolmente l'esercizio della libertà dell'iniziativa economica (art. 41 cost.), ovvero, se concesso, generi inefficienze nel sistema creando un vulnus al delicato impianto di tutela del risparmio (art. 47 cost.)”*.

Analizzando queste opinioni, si è preferito, pur restando nel solco interpretativo qui tracciato, individuare la fonte della nullità del contratto nella violazione di principi di ordine pubblico

economico, e non di un più generico e discutibile canone di meritevolezza. Si tratta però di un'operazione simmetrica: dalla costituzione (e in particolare dall'art. 41 comma 3 secondo cui l'attività economica privata “*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale*”) e dalle norme di settore, più volte richiamate, emerge che il contratto non può contrastare espressamente con il bene comune, né ledere interessi diffusi. In questo caso, proprio la “plurioffensività” dell'illecito del banchiere offre un indice importante: la condotta della banca non danneggia solo i creditori, ma anche il patrimonio dell'impresa, e forse persino i suoi concorrenti: genera un effetto negativo (che può avere ripercussioni “a cascata”) sull'equilibrio del mercato. Secondo un'espressione dell'analisi economica del diritto, l'ordinamento deve reprimere con la nullità il contratto che genera esternalità negative diffuse, e quindi altera il mercato (mentre il rimedio risarcitorio è più efficiente quando il contratto danneggia dei soggetti determinati).

La tesi della nullità, emergente dalla dottrina più moderna e qui sostenuta, conduce indubbiamente ad affermare la legittimazione attiva del curatore fallimentare. Si è notato che già la sola pronuncia di nullità condurrebbe ad effetti economici positivi: è vero che in capo all'impresa sorgerebbe un debito da restituzione ex artt. 1422 e 2033 c.c., ma si nota d'altra parte che: 1) la dottrina e l'Arbitro Bancario Finanziario riconoscono in casi di nullità del contratto la possibilità per il cliente di restituire ratealmente l'importo, facendo applicazione analogica dell'art. 124-bis T.U.B. o dell'art. 1817 c.c.; 2) che la banca è quasi sempre creditore privilegiato, e la nullità cancella, oltre agli interessi convenzionali, ogni garanzia reale e personale, equiparando la banca a un qualsiasi creditore chirografario e incrementando così significativamente la percentuale di rimborso in sede fallimentare per gli altri creditori. In siffatto contesto, ovviamente, potrebbero inserirsi le azioni singolari dei creditori dirette a pretendere il risarcimento del danno da concessione abusiva di credito secondo quanto anzi detto.

Ferme queste analisi, e salve le eventuali azioni dirette ad affermare la responsabilità del banchiere per concorso nella *mala gestio* degli amministratori, forse può aprirsi un'ulteriore strada interpretativa, diretta a porre a carico della banca, che non ha correttamente vagliato il merito del credito, i costi discendenti dalla stipulazione del contratto nullo (e in particolare il protrarsi della vita dell'impresa oltre i termini naturali, con la conseguente dissipazione dell'attivo). E' parso di poter individuare lo strumento necessario nell'art. 1338 c.c.: “*La parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto*”.

Ci si è dovuti misurare con un problema testuale: se si possa affermare che il cliente abbia confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto. Premesso che qui il requisito dell'assenza di

colpa non corrisponde alla colpa di cui all'art. 2043 c.c. (negligenza, imprudenza, imperizia), altro è chiedersi se il contratto è *coscientemente voluto* dall'imprenditore, altro è invece domandarsi se lo stipulante *conosca la causa di invalidità* del contratto (ipotesi che esclude l'applicabilità del rimedio speciale dell'art. 1338 c.c.).

La giurisprudenza, giustamente, ha affermato che l'impresa ha preso parte alla stipulazione del contratto e (probabilmente) era consapevole del proprio stato di dissesto, ma ciò non significa che potesse o dovesse essere a conoscenza dell'invalidità del contratto stesso. Non è sancito che l'imprenditore possa o debba essere anche a conoscenza del fatto che il proprio stato di insolvenza genera un dovere della banca di astenersi dal finanziamento, e di conseguenza la nullità del contratto di credito per contrasto ai principi di ordine pubblico. Chi invece deve essere a conoscenza del divieto è la banca: questa sa di essere tenuta al vaglio del merito del credito, e sa che l'erogazione di credito ad un soggetto insolvente è contraria alla "sana e prudente gestione del credito", e potenzialmente dannosa per la collettività.

Si è trovato sostegno in diverse autorevoli opinioni, le quali hanno asserito che non sussiste una presunzione di colpa ex art. 1338 c.c. quando una parte agisca nell'esercizio della sua attività professionale, la nullità dipenda da una specifica regola concernente quel settore e l'altra parte sia estranea o impreparata. In altri termini quando la nullità deriva da presupposti che risiedono nella sfera di controllo di una parte, è probabile che l'altra parte abbia fatto affidamento senza sua colpa nella validità del contratto.

Seguendo questa proposta interpretativa, che evolve dalle opinioni più recenti sul tema, il curatore fallimentare avrebbe facoltà di chiedere la nullità del contratto e il risarcimento dell'interesse negativo ex art. 1338 c.c.: ne risulta una regola efficiente e coerente con il sistema.

L'ultima tematica affrontata nel Capitolo VI concerne i finanziamenti che si collocano all'interno di una delle c.d. soluzioni alla crisi d'impresa alternative al fallimento: piano di risanamento ex art. 67 l.fall., concordato preventivo ex art. 160 ss. l.fall. e accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall.

Il legislatore, per incentivare le operazioni di *turnaround* ha dettato, nel 2010 e nel 2012, particolari norme di favore per il finanziamento all'impresa che intraprenda un percorso strutturato di emersione dalla crisi: l'esenzione da revocatoria (art. 67 l.fall.), l'esenzione da responsabilità penale (art. 217 bis l.fall.) e la prededucibilità del credito in caso di successivo fallimento (artt. 111, 167, 182 quater e 182 quinquies l.fall.). Non tutti i benefici anzidetti coprono ogni genere di finanziamento erogato in vista della proposizione del piano, durante la procedura e in esecuzione della stessa – si possono cioè distinguere: 1) finanziamenti prededucibili ed esenti da rischio di responsabilità penale – artt.182 quater comma 1 e 182 quinquies; 2) finanziamenti prededucibili ma

non testualmente esenti da rischio di responsabilità penale – artt. 182 quater comma 2, 161 comma 7 e 167; 3) finanziamenti esenti da rischio di responsabilità penale ma non preveducibili – in esecuzione di un piano attestato ex art. 67.

In ogni caso la nuova normativa impone un *favor* che deve essere preso in considerazione nell'analisi delle possibili responsabilità a carico della banca finanziatrice. Si è concluso, però, che sotto un profilo civilistico sarebbe scorretto affermare un'automatica esenzione da responsabilità civile discendente dall'esenzione da revocatoria, dalla preveducibilità o dall'esenzione da responsabilità penale: si tratta di regole diverse ed autonome.

Identicamente, il semplice fatto che i piani siano sottoposti allo scrutinio di un attatore, e che il concordato e l'accordo di ristrutturazione dei debiti siano soggetti all'omologazione del giudice, non comporta una presunzione assoluta di liceità del finanziamento: le valutazioni del giudice e dell'attatore non possono sostituirsi al vaglio del merito del credito cui è tenuta la banca in ogni erogazione di finanziamento.

Né si può dire che l'accesso ad una delle procedure alternative al fallimento dimostri che l'impresa non si trova in condizione di insolvenza irreversibile: non è questo il contenuto dell'attestazione dell'esperto, e inoltre lo stesso art. 160 co. 3 l.fall. ammette che l'impresa insolvente proponga un concordato preventivo.

Si è concluso che i dati normativi non possono condurre a escludere *ex ante* il requisito dell'ingiustizia del danno, e cioè l'antigiuridicità della condotta.

Rileva piuttosto, secondo quanto emerso dalla ricerca, il fatto che il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti (a differenza del piano di risanamento) siano soggetti obbligatoriamente ad una forma di pubblicità presso il registro delle imprese. Ciò comporta che tutti i creditori possono essere a conoscenza della situazione di crisi che investe l'impresa, e pertanto non si può dire che la concessione di credito bancario generi una apparenza di solvibilità in grado di ingannare i terzi.

Questa riflessione potrebbe condurre ad esimere da responsabilità civile la banca che finanzia l'impresa nel contesto di una soluzione negoziale alternativa al fallimento. In contrario si è ritenuto opportuno rivisitare i connotati tipici della concessione abusiva di credito quando l'erogazione si situa in uno dei piani citati, seguendo un'autorevole opinione: in questi casi i terzi creditori non stanno più facendo affidamento sulla solvibilità dell'impresa (poiché è loro noto lo stato di crisi), bensì si affidano al risanamento o alla ristrutturazione: sarebbe allora illecito, da parte della banca, prendere parte attiva alla redazione di un piano "*dolosamente o colposamente inattendibile*".

Si è detto, cioè, che la banca potrebbe essere chiamata a rispondere, in via extracontrattuale, per aver agito in modo da generare affidamento incolpevole non sulla solvibilità dell'impresa, bensì

sulla affidabilità del piano. In quest'ottica potrebbe residuare, nonostante la pubblicità del piano, un profilo di responsabilità, azionabile dai singoli creditori, verso la banca che abbia con il suo comportamento indotto a investire su un piano inattendibile.

Piuttosto è parso che le norme della legge fallimentare, qui rapidamente ricordate, abbiano rilievo sotto il profilo dell'indagine dell'elemento soggettivo dell'illecito extracontrattuale. Non si possono accettare le tesi che escludono ogni responsabilità della banca a per colpa (non vi sono elementi normativi che possano fondare una simile ricostruzione, come invece accade in Francia con l'art. L650-1 del Code de Commerce, riformato nel 2005) – ma in quelle sedi si deve considerare diversamente il livello di diligenza, prudenza ed perizia richiesto alla banca in sede di erogazione di credito. Se il finanziamento che segue a una contrattazione bilaterale e riservata espone la banca ad un alto grado di rimproverabilità per colpa, stante la sua intrinseca professionalità, quando l'erogazione avviene nei ristretti argini della procedura è naturale che l'imputazione di responsabilità richieda uno stato di negligenza, imprudenza o imperizia maggiore – poiché il contesto induce ragionevoli speranze nel risanamento. *“Nessuna disposizione esenta (i finanziatori) da responsabilità civile (...): responsabilità che, di regola, è configurabile non soltanto nei casi di dolo, ma anche nei casi di colpa. Qualora, tuttavia, si riesca a provare che costoro erano perfettamente consapevoli dell'irragionevolezza del piano e hanno indotto l'esperto a rilasciare ugualmente l'attestazione (in particolare, per frodare i creditori), difficilmente gli stessi potranno sottrarsi da responsabilità.”*

Un particolare esempio si ha nel caso di finanziamento bancario in *pool*: ivi la banca storicamente legata all'impresa conosce perfettamente la condizione economica e le concrete *chance* di recupero, avendo accesso a informazioni storiche e privilegiate; gli altri finanziatori, al contrario, potrebbero non avere disponibilità delle medesime conoscenze – la loro condotta dovrà essere valutata, sul piano dell'elemento soggettivo, considerando se questi avessero potuto presagire ex ante l'esito negativo del piano.

Si è accolta quindi l'idea la banca, anche in occasione delle soluzioni negoziali alla crisi d'impresa, debba porre in essere con professionalità le indagini e le valutazioni richieste dalla normativa di settore ai fini di un attento vaglio del merito dell'impresa finanziata. E' naturale che il credito concesso ad una società che tenta il risanamento è operazione rischiosa e – a volte – socialmente utile: in quest'ottica si comprendono le novità normative della legge fallimentare. Il finanziatore non dev'essere dissuaso dall'investimento nell'impresa in crisi a causa dei rischi di responsabilità, ma ciò non toglie che non può essere garantita aprioristicamente un'impunità a fronte di condotte superficiali o dolose che danneggiano gli altri creditori e l'impresa finanziata.

Ho concluso, in assenza di studi in materia, che nel caso in cui il finanziamento sia svolto all'interno di una delle procedure negoziali di cui si è parlato, non vi sia spazio (salvi casi

eccezionali) per una declaratoria di nullità del contratto. I finanziamenti dovrebbero essere cioè considerati validi, salvo forse estreme ipotesi di dolosa preordinazione concordata con l'imprenditore in *default*, perché manca la violazione di un principio di ordine pubblico economico. In questo caso è lo stesso legislatore a prevedere e disciplinare la fattispecie, avendo considerato *ex ante* i costi, i rischi e i benefici di un programma diretto all'emersione (negoziata con i creditori) dalla crisi d'impresa, sorretto sulla "nuova finanza". Il finanziamento che si colloca in questo contesto, anche se il piano fallisce, a mio giudizio dovrebbe rimanere valido, anche per evitare di frustrare le regole che ne prevedono la preveducibilità.

Dalla disamina delle conclusioni del presente lavoro emerge che il concetto stesso di "concessione abusiva di credito" racchiude un ampio numero di fattispecie ed istituti diversi, e che occorrerà, in futuro, sempre meglio distinti: altro è parlare di un'azione personale dei creditori, altro è il coinvolgimento della banca in una responsabilità degli amministratori, altro ancora il tema della possibile nullità del contratto. Mi pare, poi, che l'obiettivo proposto nell'introduzione possa dirsi raggiunto: le ricostruzioni offerte prescindono tutte da un approfondimento della dogmatica dell'abuso del diritto, a dimostrazione del fatto che, almeno in quest'ambito, si tratta di un termine con significato puramente descrittivo, senza autonoma portata interpretativa.

La ricerca è lungi dall'essere conclusa: gli stessi risultati che qui si propongono sono, in parte, frutto di elaborazioni recenti e certamente meritevoli di critica e approfondimento. Sono convinto, però, che l'indagine abbia prodotto alcuni spunti interessanti, e avvalorati sotto il profilo efficientistico dall'applicazione del metodo dell'analisi economica del diritto.

BIBLIOGRAFIA

A

- ABI, *Circolare serie legale n. 9 – 8 settembre 2009*; ID., *Circolari ABI 26 giugno 2000*, in www.abi.it.
- L. ACCIARI, *Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati*, Milano, 2012.
- A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa e Dir. Priv.* 1999, p. 1205.
- A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 114.
- V. ALLEGRI, *Credito di scopo e finanziamento bancario*, Milano, 1984.
- G. ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979.
- G. ALPA -M. BRESSONE, *Atipicità dell'illecito*, Milano, 1977.
- C. AMATO, *Frammenti di un discorso sulla responsabilità da affidamento*, in A.A.V.V., *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*. Vol. I, Milano, 2008; ID., *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012.
- G. AMATO -E. BEZZI, *Nuovi strumenti di finanziamento: minibond e cambiali finanziarie*, in www.dirittobancario.it, Novembre 2013.
- S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fallimento*, 2012, 10, p. 1137; *L'istituto del concordato preventivo nel quadro dell'ordinamento concorsuale riformato*, in A.A. V.V., *Le altre procedure concorsuali*, Vol. IV, in F. VASSALLI F.P. LUISO E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure fallimentari*, Torino, 2014.
- A. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979.
- V. AMENDOLAGINE, *Concessione abusiva del credito nel sale and lease back*, in *Contratti*, 2012, n. 11, p. 932.
- F. ANELLI, *La responsabilità risarcitoria delle banche per illeciti commessi nell'erogazione del credito*, in *Dir. Banc.*, 1998, 137.
- A.G. ANNUNZIATA, *La nozione di «buon costume» e applicabilità della soluti retentio ex art. 2035 c.c.*, in *Giust. civ.*, 2011, 1, p. 186.
- U. APICE, *Soggetti e rapporti giuridici nelle procedure concorsuali*, Padova, 2002.
- M. ARATO, *La responsabilità della banca nelle crisi d'impresa*, in *Il Fallimento*, 3, 2007, p. 252.
- A. ARCANGELI, *La natura commerciale delle operazioni di banca*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1904, 1, p. 23.
- ARISTEIA, *La disciplina dei finanziamenti dei soci*, documento n. 63, giugno 2006, p. 13 e 14, in www.irdcec.it; ID., *Profili di criticità nell'applicazione dell'art. 2467 c.c.: società di capitali diverse dalle s.r.l. e finanziamenti "indiretti"*, documento n. 17, aprile 2013, p. in www.irdcec.it.
- B. ARMELLI, *I finanziamenti dei soci in esecuzione di concordato preventivo tra prededucibilità e postergazione*, in *Fallimento*, 2011, 8, p. 889.
- J. ARMOUR, *Responsabilità delle banche nel Regno Unito nelle situazioni di salvataggio*, In S. BONFANTI - G. FALCONE (a cura di), *La responsabilità della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2005, p. 269.

ASSONIME, *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, 2010, in www.assonime.it; ID., *La disciplina degli intermediari finanziari dopo i decreti 13 agosto 2010 n. 141 e 14 dicembre 2010 n. 218 (modifiche al testo unico bancario – Circolare Assonime 11/2011)*, in *Rivista della Società*, 2011, 4, p. 745.

A. AZZARA', *Casi recenti di finanziamento alle imprese in crisi*, in *Fallimento*, 2009, 1, Allegato, p. 41.

B

M. BACCIGALUPI, *Note sul contratto di finanziamento*, in *Dir. Econ.*, 1955, p. 103.

A. BAGLIONI - U. CHERUBINI, *La ristrutturazione del debito delle imprese: teoria ed evidenza empirica per il caso italiano*, in I. ANGELONI (a cura di), *Le banche ed il finanziamento delle imprese*, Bologna, 1997.

L. BALESTRA, *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. decreto sviluppo*, in *Fallimento*, 2012, 12, p. 1401; ID., *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. Comm.* 2013, 1, p. 109; ID., *I finanziamenti all'impresa in crisi nel c.d. "Decreto Sviluppo"*, in *Fallimento*, 2012, 12, 1401; ID., *Sul contenuto degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. Comm.*, 2014, 2, p. 283.

P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973.

A. BARGIOLI, *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. Comm.* 1981, 297.

E. BASILE, *Art. 217-bis l. fall. e gruppi di società*, in *B.B.T.C.*, 2013, 2, p. 203.

R. BAVIERA - L. FILIPPI, *Contratti derivati e usura: impatti e conseguenze in procedure concorsuali*, 2011, in www.ilfallimentarista.it.

D. BECCARI, *Crisi di impresa e responsabilità delle banche: i "perché" del difetto di legittimazione attiva degli organi concorsuali*, in *Corriere Giur.*, 2012, 6, p. 819.

G. BELLANTUONO P. IAMICELI, *Analisi economica del diritto*, Trento, 2005.

G. BELLI, *La responsabilità della banca per erogazione «abusiva» del credito ad un'impresa in situation désespérée*, in *La responsabilità civile*, 2012, 2, p. 93.

V. BELLOMIA, *La responsabilità precontrattuale tra contrattazione civile, del consumatore e d'impresa*, Milano, 2012.

F. BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv.dir. e proc.civ.*, 1960, p. 1342; ID., voce *Doveri di protezione*, in *Dig.disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 227; ID., voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 9.

E. BERTACCHINI, *Concessione del credito, comportamenti abusivi e responsabilità della banca: osservazioni alla luce delle recenti disposizioni legislative in materia bancaria*, LIUC papers n. 8, Serie Impresa e Istituzioni 3, aprile 1994 in www.biblio.liuc.it, p. 13.

E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, 1, p. 222.

C.M. BIANCA, *Diritto civile. Vol. 3. Il Contratto*, Seconda Edizione, Milano, 2000; ID., *Diritto Civile. Volume 5. La responsabilità*, Seconda Edizione, Milano, 2012.

G.C. BIBOLINI, *Responsabilità della banca per finanziamento ad imprenditore insolvente*, in A.A.V.V., *responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Milano, 1986, p. 29.

P. BIFFIS, *Analisi del merito di credito*, 2009 p. 128 in www.eifebook.com.

W. BIGIAMI, *Il fallimento Giuffrè*, in *Giur. It.*, 1959, 1, 2, p. 354.

R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

- L. BOGGIO, *Crediti sorti "in funzione" del concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, in *Fallimento*, 12, 2009, p. 1415.
- S. BONFATTI, *La promozione e la tutela delle procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa nella riforma della legge fallimentare*, 2005, in www.judicium.it; ID., *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, I, Torino, 2009; ID., *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale della crisi*, in www.ilcaso.it documento 214/2010; ID., *Le misure di incentivazione delle procedure di composizione negoziale delle crisi d'impresa. Gli "accordi di ristrutturazione"*, documento 251 del 2011, in www.ilcaso.it.
- C. BONORA, *La nuova legge sull'usura*, Padova, 1998.
- G. BONELLI, *La cessazione dei pagamenti in rapporto all'art. 705 c.comm.*, in *Foro It.*, 1898, 1, c. 732; ID., *Del fallimento*, I, Milano, 1923.
- R. BONSIGNORE, *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Fallimento*, 2009, 1, Allegato, p. 37.
- P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2009.
- BOGGIALI - PAOLINI, CNN Questo 221/2009/I, *Prestito obbligazionario non remunerativo – ammissibilità* in www.notariato.it.
- R. BONSIGNORE, *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2009, 1, Allegato, p. 37.
- A. BORGIOLI, *Responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito?*, in *Giur. Comm.*, 1981, 1, p. 299 e in MACCARONE - NIGRO (a cura di), *Funzione bancaria rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1984.
- R. BRAMATO, *Il nuovo art. 106 TUB: l'Intermediario Finanziario Vigilato*, in www.dirittobancario.it, Febbraio 2013.
- U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in A.A. V.V., *L'abuso del diritto*, in *Diritto Privato 1997*, Padova, 1998; ID., *Il contratto in generale. Tomo II*, in M. BRESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Volume XIII, Torino, 1999.
- R. BRICCHETTI - F. MUCCIARELLI - G. SANDRELLI, (sub) artt. 216-241, in A. JORIO (diretto da), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna, 2007.
- F. BRIOLINI, *Questioni irrisolte in tema di piani di risanamento e di accordi di ristrutturazione dei debiti. Appunti sugli artt. 2467 e 2497-quinquies c.c. e sull'art. 182-quater l. Fall.*, in *B.B.T.C.* 2012, 5, p. 523.
- F. BRIZZI, *Le fattispecie dei crediti prededucibili da finanziamento nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. Fall.*, 2013, 6, p. 803.
- G. BUCCARELLA, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013.
- I.R. BUCHLER - H.G. NUTINI (edited by), *Game theory in the behavioral sciences*, Pittsburgh, 1969.
- V. BUONOCORE, *Postilla in tema di attività bancaria*, in *Giur. Comm.*, 1976, 2, p. 817.
- A. BUSCEMI - G. DI MEO - S. EVANGELISTI, *Recepimento delle direttive MIFID. Regole di condotta degli intermediari e tutela degli investitori. Sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, Milano, 2011.
- F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano, 1964; ID., *Un clamoroso «revirement» della Cassazione: dalla «questione di Superga» al caso «Meroni»*, in *Foro It.*, 1971, 1, p. 1286.
- M. BUSSANI - M. INFANTINO, *Cessione del credito e factoring*, Milano, 2006.

- C. CACCIAMANI, *Crediti di firma e grandi banche: verso una nuova fase di sviluppo*, in *Bancaria*, n.9, 1994.
- G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: a legal and Economic analysis*, Milano, 1970.
- R. CALUGI - G. PAGLIETTI (a cura di), *I mini-bond. Istruzioni per l'uso*, 2013, Consorzio Camerale per il credito e la finanza e Camera di Commercio di Milano, in www.consorziocamerale.eu.
- C.W. CANARIS, *Anspruche wegen "positive Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung fur dritte"*, in *Juristenzeitung*, 1965, p. 475.
- G. CAPALDO, *Profili civilistici del rischio finanziario e contratti di swap*, Milano, 1999.
- O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Il Fall.*, 1997 n. 9 p. 875.
- F. CAPRIGLIONE, *Holding di partecipazione e nuova regolazione degli intermediari finanziari*, in *B.B.T.C.*, 2011, 2, p. 196.
- F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Seconda Edizione, Milano, 2011.
- A. CARBONE, *The liability of professional underwriters for transfer of corporate bonds issued beyond legal limits*, in *Bocconi school of law – student edited papers*, Novembre 2009, in www.bocconilegalpapers.org.
- A. CARUSO, *Il finanziamento a titolo di capitale di debito e il rapporto banca e impresa: un'indagine sulle micro e piccole-medie imprese italiane*, 2007, in amsdottorato.cib.unibo.it.
- G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, 2, Diritto delle Società*, Settima Edizione, Torino, 2009.
- E. CAPOBIANCO, *Gli accordi stragiudiziali per la soluzione della crisi d'impresa. Profili funzionali e strutturali e conseguenze dell'inadempimento del debitore*, in *B.B.T.C.*, 2010, 3, p. 295.
- O. CAPOLINO, *Rapporti tra banca e impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, in *Il Fallimento*, 9, 1997, p. 875.
- F. CAPRIGLIONE, *Holding di partecipazione e nuova regolazione degli intermediari finanziari*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2011, 2, p. 196.
- F. CARINGELLA - G. DE MARZIO, *Manuale di diritto civile. Vol. 3: Il contratto*, Milano, 2008.
- A. CARLI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti e impresa in crisi*, in *Contratto e Impresa*, 2009, p. 410.
- G. CARRARO, *Titoli di massa e nuovo diritto delle società*, Padova, 2004.
- A. CASTIELLO D'ANTONIO, *L'attività bancaria nell'evoluzione della giurisprudenza*, in *Quaderni di ec. e cred.*, 1, 1989.; ID., *Il rischio per le banche nel finanziamento banca tra concessione abusiva e interruzione brutale del credito*, in *Dir. fall.*, 1995, p. 765; ID., *La responsabilità della banca per "concessione abusiva del credito"*, in *Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2002 n. 5 p. 1081; ID., *La banca tra "concessione abusiva" e "interruzione brutale" del credito*, In S. BONFANTI - G. FALCONE (a cura di), *La responsabilità della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2005, p. 69.
- C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus.*, 1976, p. 138; ID., *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1989, p. 539; ID., voce *"Obblighi di protezione"* in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, 1990, p. 1; ID., *La nuova responsabilità civile*, Terza Edizione, Milano, 2006; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, 3, p. 679.
- C. CASSANI, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 773.
- G. CAVALLI - M. CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, Seconda Edizione, Torino, 2011.

- R. CECCON, *La prova della scientia decoctionis nell'azione revocatoria fallimentare contro i cd. "operatori qualificati"*, in *Opinio iuris: esperienze di attività professionale 2000 – 2010*, in <http://www.aclaw.it/>, 2011.
- E. CENDERELLI, *Principi di economia della banca*, Torino, 2007.
- P. F. CENSONI, *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Fallimento*, 2014, 4, p. 377.
- G. CESTARI, *La diagnosi precoce della crisi aziendale. Analisi del processo patologico e modelli predittivi*, Milano, 2009.
- M. CHIAIA - L. M. FRANCIOSI, *Strumenti finanziari a debito e usura*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2005, 4, p. 224.
- G. CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*, Padova, 1966.
- C. CINCOTTI - F. NIEDDU ARRICA, *Continuità aziendale, capitale e debito. La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo*, in www.orizzontideldirittocommerciale.it (atti del convegno "Impresa e mercato fra liberalizzazioni e regole" Roma 22-23 febbraio 2013).
- F. CIVALE, *Concordato preventivo: il ruolo delle banche tra finanza ponte e nuova finanza*, in www.dirittobancario.it, novembre 2013.
- E. CIVERRA, *Il finanziamento delle società di capitali*, Milano, 2013.
- R. CLARIZIA, *Finanziamenti (diritto privato)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, 1982, p. 755; ID., *La causa di finanziamento*, in *B.B.T.C.*, 1982, 1, p. 580; ID., *I contratti nuovi. Factoring locazione finanziaria*, Torino, 1999; ID., *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, Torino, 2002.
- G. COCCO, *Sub. Art. 218*, in F. PALAZZO C. E. PALIERO (a cura di) *Commentario alle leggi penali complementari*, Padova, 2003.
- G. COLLURA, *Finanziamento agevolato e clausola di destinazione*, Milano, 1996.
- COMITATO TRIVENETO DEI NOTAI, *Massima H. L. 1, Versamenti soci senza diritto di rimborso c.d. in conto capitale*.
- E. CONTINO, *Apparenza: principio generale od eccezionale?*, in *Giust. Civ.*, 2002, 6, p. 1638.
- R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 2006.
- G. CORSI, *I piani attestati*, in A.A. V.V., *Gli effetti del fallimento*, in F. VASSALLI - F.P. LUISO - E. GABRIELLI, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Volume III, 2014.
- S. COSMA, *Il rapporto banca-impresa: le variabili relazionali e comportamentali nella valutazione del rischio del credito*, Torino, 2002.
- C. COSTA (a cura di), *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2013.
- R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, quarta edizione (2007) e quinta edizione (2012); ID., *Banca etica e responsabilità sociale delle banche*, in *B.B.T.C.*, 2011, 2, p. 165.
- G. COTTINO, *Manuale di diritto commerciale*, vol. II, Padova, 1978.
- A. CRESPI, *Attività bancaria e raccolta di risparmio non autorizzato*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1960, 1, p. 497; ID., *Legge bancaria e attività bancaria*, in *For. Pad.*, 1961, 1, p. 492; ID., *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972.
- A. CRISAFULLI, *La valutazione delle imprese in crisi, il caso Cogeme S&T*", 2012, p. 15, in tesi.cab.unipd.it.
- B. CUSATO, *Il credito. Forme sostanziali e procedurali*, Padova, 2010.

D

- A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.
- M. D'AMELIO, voce *Apparenza del Diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1, Torino, 1957.
- G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.* 2002, 1, p. 232.
- A. D'ANGELO - V. ROPPO, *Annuario del contratto 2012*, Torino, 2013.
- F. D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, L. Fall. : luci e ombre a seguito del decreto "sviluppo"*, in *Giur. Comm.* 2014, 1, p. 74; ID., *Il nuovo volto del concordato preventivo con riserva*, in *Giur. Comm.*, 2014, 3, p. 494.
- V. D'ANTONIO, *Il danno ingiusto*, in *Trattato della responsabilità civile* diretto da P. STANZIONE, Trento, 2012.
- S. DE ANGELI - L.E. RUSCONI, *Il mezzanine finance. Profili tecnici e giuridici*, Milano, 2008.
- G. DE GENNARO, *Impatto delle modifiche introdotte dal d.lgs.141/2010 sui soggetti operanti nel settore finanziario. I contratti di credito ai consumatori e le modifiche al titolo V del T.U.B. in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Magistra Banca e Fiananza* – www.tidona.com – 5 novembre 2010.
- S. DELLE MONACHE, *Profili dei "nuovi" accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. Dir. Civ.* 2013, 3, p. 543.
- N. DE LUCA - A. STAGNO D'ALCONTRES, voce *"Obbligazioni di società"*, in *Enc. del dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, p. 794
- G. DE MARCHI, *Simulazione del contratto di mutuo fondiario*, in *B.B.T.C.*, 1968, 2, p. 63.
- G. DE NOVA, voce *"Factoring"*, in *Dig. Disc. Priv. – sez. comm.*, V, Torino, 1990; ID., *Il contratto di leasing*, Terza Edizione, Milano, 1995.
- A. DELL'ATTI, *I piani di risanamento nelle operazioni di ristrutturazione dell'impresa*, Milano, 2012.
- M. DELUCCHI, *Interessi usurari su prestito obbligazionario: un dibattito in corso*, in *Le Società*, 2001, 7, p. 825.
- B. DENORA, CNN Studio n. 172 – 2006/T, *Crediti di firma e imposta sostitutiva*, in www.notariato.it.
- I. DEMURO (a cura di), *Le operazioni di finanziamento alle imprese. Strumenti giuridici e prassi*, Torino, 2010.
- F. DI MARZIO, *Abuso nella concessione del credito*, Napoli, 2004; ID., *Abuso e lesione della libertà contrattuale nel finanziamento all'impresa insolvente*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 151; ID., *Contratto e crisi d'impresa. Piano di risanamento, accordo di ristrutturazione e responsabilità per concessione abusiva del credito*, in AA.VV. *Il concordato preventivo e la ristrutturazione del debito di impresa*, Torino, 2006; ID., *La nullità del contratto*, Padova, 2008; ID., *Sulla fattispecie "concessione abusiva del credito"*, in *B.B.T.C.*, 1, 2009, p. 382; ID., *1-2 sulla fattispecie "concessione abusiva del credito"*, in *B.B.T.C.*, 2009, 3, p. 382.; ID., *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011; ID., *La crisi d'impresa*, Padova, 2011; ID., *Finanziamento bancario alle imprese in crisi*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012 – Treccani*, Roma, 2012; ID., *L'abuso nella concessione del credito*, in *Contratto e Impresa*, 2015, 2, p. 319.
- M. DI PAOLO, voce *Apparenza*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988, p. 2.
- M. DI RIENZO, *Concessione del credito e tutela degli investimenti. Regole e principi in tema di responsabilità*, Torino, 2013.
- F. DI SABATO, *Società in generale. Società di persone*, in P. PERLINGERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2004.

A. DIDONE, *Il controllo giudiziale sulla nuova predeuzione del finanziamento dei soci "postergabile"*, in *Società*, 2011, 9, p. 1085; ID., *La predeuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182-quater l. Fall. Prima e dopo la l. N. 134 del 2012*, in *Giust. Civ.*, 2013, 1, p. 63.

A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013; ID., *Identità del credito fondiario e «premio dell'irragionevolezza»*, in *B.B.T.C.*, 2014, 2, p. 127.

M. DOLZANI - E. CORSO, *CNN Studio n. 5957/2005/I, Titoli di debito: regime di responsabilità e limiti nella circolazione*, in www.notariato.it.

G. DORIA, *La novazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. CICU F. MESSINEO L. MENGONI e continuato da P. SHLESINGER, Milano, 2012.

E

L. ELIA, *Intervento*, in N. IRTI (a cura di), *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Roma, 1999.

A. ENGERT, *Die Haftung für drittschädigende Kreditgewährung*, München, 2005.

F

M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento*, 8, 2010, p. 989.

G. FACCI, *Il danno ingiusto*, in M. FRANZONI (a cura di), *Le obbligazioni. Le obbligazioni da fatto illecito*, Vol. II, Torino, 2004, p. 468.

L. FACCINCANI, *Banche, imprese in crisi e accordi stragiudiziali di risanamento. Le novità introdotte dalla riforma della legge fallimentare*, Milano, 2007.

V. FAGGELLA in A. JORIO (a cura di), *Il nuovo diritto delle crisi d'impresa. Atti del convegno (Torino 23-24 maggio 2008)*, Milano, 2009.

A. FALZEA, *Apparenza*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 701; ID., *Voci di teoria generale del diritto*, Terza Edizione, Milano, 1985.

G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, 1963.

G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, Torino, 2005.

P. FAVA, *Le obbligazioni*, Milano, 2008.

F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1966.

M. P. FERRARI, *Responsabilità degli amministratori per prosecuzione dell'attività sociale*, in *Società*, 2012, 3, p. 268.

E. FERRERO, *Profili civilistici dei nuovi strumenti finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 1992, p. 633.

G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963 p. 464; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979; ID., *Il buon costume*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma 1988; ID., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Terza edizione, Rimini, 1990.

M. FERRO, *La Legge Fallimentare – Commentario Teorico Pratico*, Seconda Edizione, Padova, 2011.

P. FERRO LUZZI, *L'attività bancaria*, in P. FERRO LUZZI - G. CASTALDI (a cura di), *La nuova legge bancaria. Commentario*, Milano, 1996.

G. FESTA FERRANTE, *Gli strumenti finanziari partecipativi*, in *Rivista del Notariato*, 2008, 6, p. 1231.

F. FESTI, *Il divieto di “venire contro il fatto proprio”*, Milano, 2007; ID., *Buona fede e frazionamento del credito in più azioni giudiziarie*, in *Danno e Responsabilità*, 2008, 10, p. 998.

H.W. FLESING, *Economic functions of security in a market economy*, in NORTON - ADENAS, *Emerging financial markets and secured transactions*, London, 1998.

G. M. FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in *B.B.T.C.*, 2011, 1, p. 427.

L. FOFFANI, *Le responsabilità penali della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi: accordi stragiudiziali e bancarotta preferenziale*, in S. BONFANTI - G. FALCONE (a cura di), *La responsabilità della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2005, p. 55.

E. FORLAN, *Il delitto di usura. Nota economico-giuridica*, in *Giur. It.*, 1935, 4, p. 94.

V. FORRAY, *Commentaire complementaire de l'article L. 650-1 du code de commerce*, in *RTD comm.*, 2008, p. 661.

F. FORTE - M.S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, in *Corriere Giur.*, 2013, 11, Allegato 2, p. 5.

S. FORTUNATO, *La concessione abusiva di credito dopo la riforma delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento 2009*, p. 1.

M. FRAGALI, *Finanziamento*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 605.

V. FRANCESCHELLI, *Diritto Privato. Volume 1*, Quinta Edizione, Milano, 2010.

G. FRANCHINA, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Dir. Fall.*, 1988, 656.

M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1989, p. 20; ID., *La tutela aquiliana del contratto*, in G. ALPA - M. BRESSONE, *I contratti in generale*, Torino, 1991, p. 1615; ID., *L'illecito*, in M. FRANZONI (diretto da), *Trattato della responsabilità civile*, II edizione, Milano, 2010; ID., *La responsabilità precontrattuale è dunque ... contrattuale?*, in *Contratto e Impr.*, 2013, 2, p. 283.

E. FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi d'impresa*, Padova, 1999.

V. FRATTAROLO - E. IORIO, *Il mutuo nella giurisprudenza*, Milano, 2009.

M. FRATTINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.

G

C. A. GABUARDI, *I sistemi di insolvenza nel subcontinente nordamericano*, In S. BONFANTI - G. FALCONE (a cura di), *La responsabilità della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2005, p. 197.

M. GALARDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti. Risanare l'impresa*, Rimini, 2012.

A. GALASSO, *Contratti di credito e titoli bancari*, Padova, 1971; ID., *Credito (contratti di)*, in *Dig. Disc. Priv. - sez. civ.*, V, Torino, 1989.

F. GALGANO, *Civile e penale nella responsabilità del banchiere*, in *Contratto e Impresa*, 1987, p. 20; ID., F. GALGANO, *Trattato di diritto civile. Volume Terzo*, Seconda Edizione, Padova, 2010.

C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit de la banque*, Paris, 1974.

F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIV edizione, Napoli, 2009.

- L. GENGHINI - P. SIMONETTO, *Le società di capitali e le cooperative*, Padova, 2012.
- G. GIAMPICCOLO, *Mutuo*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1977, p.444.
- F. GIORGIANNI - C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario e degli operatori finanziari*, Terza edizione, Milano, 2012.
- E. GIRINO, *Opzioni sintetiche*, in *Amm. fin.*, 1993, p. 836; ID., *I contratti derivati*, Milano, 2001.
- M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008.
- G. GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, sale and lease back*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, 2, p. 457.
- V. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Torino, 2012.
- F. GIUNTA, *Revocatoria e concordato preventivo: tutela penale*, in *Dir. prat. fall.*, 2006, f. 1, p. 34.
- J. D. GLEN - B. PINTO, *Debt or Equity? How firms in developing countries choose*, Vol. 63, in *World Bank Publications*, 1 gennaio 1994.
- G. GOLLURA, *Finanziamento agevolato e clausola di destinazione*, Milano, 1996.
- G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistico. I. Lineamenti generali*, Milano, 1955.
- V. GRECO, *Nuova finanza, credito di scopo per il salvataggio dell'impresa*, in *Dir. Fall.*, 2012, 1, p. 125.
- L. GUATRI, *Crisi e risanamento dell'impresa*, Milano, 1986.
- G. GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. Comm.*, 2012, 3, p. 385.
- L. GUGLIELMUCCI, *Diritto Fallimentare*, Quinta Edizione, Torino, 2013.

H

- P. HOANG, *De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif*, in *D. Affaires*, 2006, p. 21.

I

- M. IMPREDA - F. CARIMINI, *Leasing e Lease Back*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del consiglio nazionale del notariato*, Napoli, 2008.
- B. INZITARI, *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Dir. banc.*, 1993, p. 399; ID., *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *B.B.T.C.*, 1, 2001, p. 265; ID., *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, in *Società*, 2007, 4, p. 463; ID., *Sanzioni Consob per l'attività in derivati: organizzazione procedure e controlli quali parametri della nuova diligenza professionale e profili di ammissibilità delle c.d. rimodulazioni*, in *www.ilcaso.it*, II, 168/2009, 2009.
- A. IRACE, *sub art. 2467*, in A.A. V.V., *La riforma delle società*, a cura di M. SANDULLI - V. SANTORO, 3, Torino, 2003, p. 345.

J

N. JAEGER, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, Milano, 1964.

A. JORIO, *Luci ed ombre della nuova Prodi*, in *Giur. Comm.*, 1999, 1, p. 6.

M. JORIO, *La riforma della legge fallimentare: pregi e carenze delle nuove regole*, in *Giur. Comm.* 2013, 4, p. 697.

K

R.W. KOPCKE - E. S. ROSENGREN, *Are the distinctions between Equity and Debt disappearing? Proceedings of a conference held at Melvin Village, New Hampshire, October 1989*, in *Federal Reserve Bank of Boston*, 1989.

H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, 2009, p. 88.

L

L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

M. LANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Paris, 1900, p. 269.

V. LENOCI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2010.

I. LEONCINI, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Milano, 2006; ID., *Rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1990, p. 997.

G. LIACE, *La responsabilità civile della banca*, Milano, 2003.

A. LIBERATI, *Contratto e reato*, Milano, 2004.

B. LIBONATI, *Diritto commerciale, Impresa e Società*, Milano, 2005.

G.A. LIKILLIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, Seconda Edizione, Paris, 2001.

G. LO CASCIO, *Iniziativa giudiziarie del curatore fallimentare nei confronti delle banche*, in *Fallimento*, 2002, 1182; ID., *Il concordato preventivo*, Ottava Edizione, Milano, 2011; ID., *Il punto sul concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, 1, p. 7.

A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995.

S. LUONI, *Obbligazioni, strumenti finanziari, titoli di debito nelle società di capitali*, in G. COTTINO (diretto da), *Strumenti di diritto Diritto Commerciale*, Torino, 2010.

M

F. MACARIO, *Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito*, in F. DI MARZIO - F. MARCARIO (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi di impresa*, Milano, 2010.

D. MAFFEIS, *Le stagioni dell'orrore in Europa: da Frankenstein ai derivati*, *B.B.T.C.*, 2010, 3, p. 280; ID., *Intermediario contro investitore: i derivati over the counter*, in *B.B.T.C.*, 2010, 6, p. 779; ID., *Contratti derivati*, in *B.B.T.C.*, 2011, 5, p. 604; ID., *Molteplicità delle forme e pluralità di statuti del credito bancario nel mercato globale e nella società plurale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 4, 2012, p. 730; ID., *Costi impliciti nell'interest rate swap*, in *Giur. Comm.*, 2013, 3, p. 648.

D. MAFFEIS - A. FONDRIESCHI - S. ROMEO, *I modi di estinzione delle obbligazioni*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2012.

- M. MAGGIOLO, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 56.
- F. MAGLIULO, *Le categorie di azioni e strumenti finanziari nella nuova s.p.a.*, Milano, 2004.
- M. MAIENZA, *Il tramonto della revocatoria fallimentare e le ripercussioni sulla scientia decoctionis*, nota a App. Ancona, 20 gennaio 2011, Trib. Siracusa 9 novembre 2010, Trib. Roma, 13 settembre 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 983.
- U. MALVAGNA, *Credito fondiari, nullità «a vantaggio del cliente» e legittimazione di altri*, in *B.B.T.C.*, 2014, 2, p. 139.
- P. MANGARELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento*, 2012, 2, p. 139.
- P. MARANO, *La ristrutturazione dei debiti e la continuazione dell'impresa*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2006, 1, p. 103.
- R. MARCELLI, *Derivati. Margine di intermediazione e rimodulazione: i free lunch dell'intermediario*, in www.ilcaso.it documento 286/2012; ID., *Derivati esotici e Margine di intermediazione: riflessi di convenienza e congruità*, in www.ilcaso.it documento 326/2012; ID., *L'usura nei derivati OTC. Up-front e valore di chiusura*, in www.studiomarcelli.com, 2012; ID., *Le operazioni di swap: l'up front e i vestiti di Andersen*, in www.ilcaso.it documento n. 290/2012.
- D. MARCELLO, *Interessi e tutele nei rapporti tra imprese. Il rimedio della nullità*, Napoli, 2013.
- P. G. MARCHETTI, *Le obbligazioni*, in *Il nuovo ordinamento delle società – Lezioni sulla riforma e modelli statuari*, Milano, 2003, p. 219.
- A. MARCINKIEWICZ, *La concessione abusiva dl credito: nuove frontiere*, in *Fallimento*, 2011, 3, p. 305.
- G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale: parte generale*, Milano, 2012.
- F. MARTORANO, *Insolvenza dell'impresa e revoca del fido bancario*, in *Fallimento*, 1985, p. 255.
- S. MASCIANGELO, *La contrarietà al buon costume di contratti illegali o vietati*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2010, 11, p. 1159.
- M. MAUGERI, *Sul regime concorsuale dei finanziamenti soci*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2010, 1, p. 805.
- H. e L. MAZEAUD - A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, I, 1957.
- S. MAZZAMUTO, *I contratti di credito*, in M. BRESSONE (a cura di), *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2013.
- A. MAZZOLENI - E. GIACOSA, *Il progetto di risanamento dell'impresa in crisi: la recente esperienza italiana*, in www.unibs.it, paper n. 116, Giugno 2010.
- F. MELONCELLI, *La natura semantica dell'insolvenza*, nota a Cass. 7 febbraio 2001, n. 1719, in www.judicium.it. ID., *La conoscenza dell'insolvenza nella revocatoria fallimentare*, Milano, 2002.
- L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 2, p. 362; ID. *Autonomia privata e costituzione*, in *B. B. T. C.* 1997, 1, p. 9.
- G. MERUZZI, *La quantificazione dell'interesse contrattuale negativo nella responsabilità in contrahendo ex art. 1338 c.c.*, in *Corriere Giur.* 2005, 8, p. 1099.
- F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948; ID., *Il contratto in genere*, t. 2, in A. CICU - F. MESSINEO (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1968; ID., *Il contratto in genere*, t. 1, in A. CICU - F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1973.

- C. MIGLIO, *L'autonomia privata nel rapporto di finanziamento bancario*, in *Giust. Civ.* 2013, 9, p. 473.
- G. MINERVINI, *Banca, attività bancaria e contratti bancari*, in *B.B.T.C.*, 1962, 1, p. 315.
- U. MINNECI, *Mutui fondiari e interesse del cliente: est modus in rebus*, in *BBTC*, 2014, 2, p. 141.
- M. MIOLA, *Profili del finanziamento dell'impresa in crisi tra finalità di risanamento e doveri gestori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 5, p. 1079.
- C. MIRELLO, *La nullità virtuale*, Padova, 2010.
- F. MODIGLIANI - M. MILLER, *The cost of capital, corporate finance and theory of investment*, in *American Economic Review*, vol 3 n. 48 p. 261. ID., *Corporate income taxes and the cost of capital: a correction*, in *American Economic Review*, vol 3 n. 53 p. 433.
- G. MOLLE, *Il «Caso Giuffrè» e la legge bancaria*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 1960, 1, p. 407; ID., *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1981.
- U. MORERA, *Il fido bancario*, Milano, 1988.
- A. MORRONE, voce "Bilanciamento (Giustizia Costituzionale)", in *Enciclopedia del diritto*, Annali, volume II, tomo II, Milano 2008.
- R. MOSCHELLA, *Contributo alla teoria dell'apparenza giuridica*, Milano, 1973.
- F. MUCCIARELLI, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, p. 1474; ID., *L'art. 217 bis l. fall. e la disciplina penale delle procedure di soluzione della crisi d'impresa*, in F. BONELLI (a cura di), *Crisi di imprese: casi e materiali*, Milano, 2011.
- A. MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012, p. 313.

N

- R. NATOLI, *I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità)*, in A.A. V.V., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti* a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2010.
- A. NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Giur. Comm.*, 1978, p. 219 e in PORTALE (a cura), *Le operazioni bancarie*, Milano, 1978, p. 300; ID., *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in "crisi"*, in *Giur. Comm.*, 3, 2011, p. 305.
- M. NOTARI, *Le categorie speciali di azioni e gli strumenti finanziari partecipativi nella riforma delle società*, in *Consiglio Nazionale del notariato. Studi e Materiali. Anno III*, Milano, 2004, p. 615.

O

- M. OBERMÜLLER, *la responsabilità nella gestione delle situazioni di crisi*, in S. BONFANTI - G. FALCONE (a cura di), *La responsabilità della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2005.
- G. OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1963, 1, p. 178.

P

- F. PACILEO, *«Sofferenze bancarie»: presupposti di legittimità della segnalazione alla centrale dei rischi della Banca d'Italia*, in *Giur. Comm.*, 2010, 4, p. 674.
- I. PAGNI, *Il controllo del tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2008, p. 1091.
- E. PAGNONI, *I contratti di swap*, in *I contratti del mercato finanziario*, in P. RESCIGNO - E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2004, p. 1079.
- D. PALMIERI, *La responsabilità precontrattuale nella giurisprudenza*, Milano, 1999.
- A. PALUCHOWSKY, *Le prime esperienze giudiziali in tema di nuove ipotesi di soluzioni concordate e/o stragiudiziali alle crisi d'impresa*, relazione al convegno "Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento e di riequilibrio nella nuova legge fallimentare", Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, maggio 2006.
- 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, Milano, 2011.
- A. PARZIALE, *Interest rate swap: il valore della dichiarazione di operatore qualificato e la nullità per difetto di causa al vaglio delle corti pugliesi*, in *B.B.T.C.*, 2012, 2, p. 789.
- E. PEDERSOLI, *Sulla nozione di "finanziamento" ai fini dell'applicazione della regola di postergazione*, in *Giur. Comm.*, 2013, 6, p. 1202
- G. PELLEGRINO, *Contratti bancari e procedure concorsuali*, Padova, 2000.
- L. PERFETTI in *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da F. CAMPIGLIONE, Tomo Terzo, Padova, 2012, p. 1397.
- A. PERRINO, *Tutela aquiliana del credito nell'ipotesi di cooperazione del terzo all'inadempimento dell'amministratore di società*, in *Società*, 2012, 5, p. 511.
- D. PERRONE, *Insolvenza, pactum de non petendo e creditori pretermessi*, in *Fall.*, 1992, p. 664.
- L.M. PETRONE, *L'utilizzo giurisprudenziale del concetto di meritevolezza*, in *Obbl. e Contr.*, 2006, 1, p. 50.
- V. PIETROBON, *Affidamento*, in *Enc. Giur.*, I, Roma, 1988, p. 1.
- E. PICCIN - M.E. TARFAGLIA, *I rapporti contrattuali di fatto*, Padova, 2010.
- V. PICCININI, *I rapporti tra banca e clientela. Asimmetria e condotte abusive*, Milano, 2008.
- G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Etica e Politica*, 2006, 1 in <http://www2.units.it>.
- V. PINTO, *La responsabilità da concessione abusiva del credito tra unità e pluralità*, in *Giur. Comm.* 2011, 5, p. 1161.
- A. PIRAS, *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 2228.
- L. PISANI, *Art. 2410*, in G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, Undicesima Edizione, Padova, 2014, p. 3001.
- P. PISCITELLO, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, 5, p. 655.
- G. POLO, *Applicazione dell'imposta di bollo ai contratti bancari di garanzia: l'interpretazione dell'agenzia delle entrate*, in *Il Fisco*, 2005, p. 3547.
- G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in G. E. COLOMBO G. B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, 1 **, Torino, 2004; ID., *Riforma delle società di capitali e limiti di effettività del diritto nazionale*, in *Corriere giur.*, 2003, p.145.

C. M. PRATIS, *Responsabilità extracontrattuale della banca per concessione "abusiva" di credito?*, in *Giur. Comm.*, 1982, 1, p. 841.

G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *B.B.T.C.*, 2006, 1, p. 16.; ID., *Dalle casse rurali ed artigiane alle banche di credito cooperativo*, in *B.B.T.C.*, 1994, 2, p. 618; ID., *Le particolari operazioni di credito nel nuovo ordinamento bancario*, in U. MORERA - A. NUZZO (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa bancaria*, vol. II, Milano, 1996.

R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, I, Milano, 1962.

Q

B. QUATRARO - N. CIACCIA, *La prova della conoscenza dello stato di insolvenza nei giudizi di revocatoria delle rimesse bancarie*, in *Dir. Fall.* 2003, 1, p. 1206.

R

F. RANIERI, *La responsabilità da false informazioni*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di PORTALE, Milano, 1978.

E. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, Università degli Studi di Trento, 2002.

R. RASCIO, *Contratto di finanziamento: apertura di credito o promessa di mutuo?*, in *Dir. Giur.*, 1957, p. 390.

A.N. RESNICK - H.J. SOMMER, *Collier Guide to Chapter 11: Key Topics and Selected Industries*, LexisNexis, 2013.

P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, p. 25.

A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1999, p. 24.

M. ROBLES, *Erogazione "abusiva" di credito, responsabilità della banca finanziatrice e (presunta) legittimazione attiva del curatore fallimentare del sovvenuto*, in *B.B.T.C.*, 2002, 2, p. 278.

J.L. RODIER-RIVES LANGE, *Droit bancaire*, Paris, 1973.

S. RODOTA', *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

N. RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2013.

G. RONGA, *Le varie ipotesi di responsabilità cosiddetta da "contatto sociale"*, in VIOLA L. (a cura di), *La responsabilità civile ed il danno*, Vol. 1, Macerata, 2007.

V. ROPPO, *Crisi d'impresa: la banca risponde verso i creditori? (con postilla sugli sviluppi della responsabilità civile)*, in *Danno e responsabilità*, 1996, p. 537; ID., *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Il Fallimento*, 9, 1997, p. 869. ID., *Crisi d'impresa e responsabilità civile della banca*, in *Il Fallimento*, 9, 1996, p. 874.

G. ROSSI, *Equivoci sul concetto di insolvenza*, in *Dir. Fall.* 1954, 1, p. 200.

R. ROSSI, *Insolvenza, crisi di impresa e risanamento Caratteri sistematici e funzionali del presupposto oggettivo dell'amministrazione straordinaria*, Milano, 2003.

M. ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, p. 116.

S

E. SABATELLI, *La prova della "scientia decoctionis" nella disciplina della revocatoria fallimentare*, in *B.B.T.C.*, 2008, 1, p. 420.

- R. SACCO, voce *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, Vol I, Milano, 1958; ID., *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro pad.*, 1960, 1 p. 1420; ID., voce *Apparenza*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, I, 1987; ID., *Le invalidità, in Obbligazioni e contratti*, 2, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1997, volume 10, p. 595; ID., *Il fatto, l'atto, il negozio*, in ID. (diretto da), *Trattato di Diritto Civile, La parte generale del Diritto Civile*, Torino, 1998; ID., *La dichiarazione apparente*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di Diritto civile* diretto da R. SACCO, Tomo 1, Terza edizione, Torino, 2004 p. 123; ID., *La causa*, in R. SACCO - G. DE NOVA, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, 10, Diretto da P. RESCIGNO, Tomo Secondo, Terza Edizione, Torino, 2002, p. 319; ID., *L'abuso del diritto*, in A.A. V.V., *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da R. SACCO, Torino, 2001, p. 309.
- N. SALANITRO, *Le banche e i contratti bancari*, in *Tratt. Dir. Civile* diretto da VASSALLI, VIII, Torino, 1983.
ID., *Strumenti di investimento finanziario e sistemi di tutela dei risparmiatori*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2004, 1, p. 284.
- C. SALVI - A. GAMBARO, *Abuso del diritto*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. I, Roma, 1988.
- V. SANGIOVANNI, *Le particolarità fallimentari del credito fondiario*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 1147.
- A. SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, Milano, 2012.
- F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954.
- S. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1957.
- N. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008.
- P. SAVONA, *Geopolitica economica*, Milano, 2004.
- R.S. SAYERS, *Modern banking*, Oxford, 1967.
- F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. 57, Padova, 2010.
- D. SCANO, *I finanziamenti dei soci*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2004, 1, p. 399.
- A. SCARPA - G. FORTUNATO, *Banche e responsabilità civile*, Milano, 2008.
- P. SCHLESINGER, *L'«ingiustizia» del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 337; ID., *Imprese insolventi e credito bancario: considerazioni introduttive*, in *Fall.*, 1985, p. 244.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Tutela del patrimonio e responsabilità extracontrattuale*, Roma, 1994; ID., *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Giur. It.*, 1995, 4, p. 356; ID., *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *B.B.T.C.* 1997 p. 655.
- R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Libro quarto, Bologna-Roma, 1970, p. 270.
- N. SELVAGGI, *Le altre fattispecie di reati fallimentari*, in A.A. V.V., *Gli effetti del fallimento*, in F. VASSALLI - F.P. LUISSO - E. GABRIELLI, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Volume III, 2014.
- R. SGROI SANTAGATI, *Concessione abusiva del credito e brutale interruzione del credito: due ipotesi di responsabilità della banca*, in *Dir. Fall.*, 1994, p. 625.
- S. SHAVELL, *Fondamenti dell'analisi economica del diritto*, Harvard, 2004 [ed. Italiana a cura di D. PORRINI, Torino, 2005].
- A. SIMIONATO, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in A.A. V.V., *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, a cura di G. DE CRISTOFARO, Torino, 2009, p. 189.

E. SIMONETTO, *I contratti di credito*, Padova, 1953.

P. SPADA, *L'emissione dei titoli di debito nella «nuova» società a responsabilità limitata*, in *Rivista delle società*, 2003, 4, p. 799.

V. SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, in www.penalecontemporaneo.it.

L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, in *Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007; ID., *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa, nuove regole e opportunità di mercato*, in *Fall.*, 2008 p. 1075; ID., *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fallimento*, 2010, 12, p. 1346; ID., *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fallimento*, 2013, p.1222.

P. STANZIONE, *Manuale di diritto privato*, Terza Edizione, Torino, 2013.

STELLA RICHTER JR., CNN Studio n.5562/2005/I, *I titoli di debito delle società a responsabilità limitata*, in www.notariato.it.

G. STOLFI, *L'apparenza del diritto*, Modena, 1934.

STUDIO LEGALE CHIOMENTI, *Newsletter Private Equity IT*, 2010 n. 4 in www.chiomenti.net.

T

G. TANTINI, *I versamenti dei soci alle società*, in G. E. COLOMBO G. B. PORTALE (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, I, 3, Torino, 2004, p. 797.

G. TARANTINO, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore all'azione risarcitoria*, in *Riv. Dir. Comm.* 2003, 2, p. 190.

C. M. TARDIVO, *Il credito fondiario nella nuova legge bancaria*, in *Quaderni di Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2006.

G. TARZIA, *Quale tutela per gli accordi con il finanziatore nella ristrutturazione dei debiti?*, in *Fallimento*, 2009, p. 56.

A.V. TENZER, *Third circuit holds that negligent conduct is not a basis for a claim of deepening insolvency and cautions against a broad reading of precedent recognizing the theory*, in *Pratt's Journal of Bankr. Law*, 2006, p. 244.

G. TERRANOVA, *Profili dell'attività bancaria*, Milano, 1989; ID., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007; ID., *Conflitti di interessi e giudizi di merito nelle soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, in A.A. V.V., *La riforma della legge fallimentare. Atti del Convegno (Palermo, 18-19 giugno 2010)*, Milano, 2011; ID., *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, Torino, 2013.

E. TILOCCA, *La remissione del debito*, Padova, 1955.

U. TOMBARI - CNN Studio 5571/I/2005, *Strumenti finanziari «partecipativi» (art. 2346, ultimo comma, cod. civ.) e diritti amministrativi nella società per azioni*, in www.notariato.it.

A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 1985.

P. TRIMARCHI, *Illecito (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 1970, p. 98; ID., *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. Dir. Civ.* 1983, p. 217; ID., *Manuale di Diritto Privato*, Milano, 2009, p. 111.

G. TRISORIO LIUZZI, *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Milano, 2011.

L. TRONCI, *Le riserve «targate» tra diritto e ragioneria*, in *Rivista delle Società*, 2012, 6, 1124.

U

T.M. UBERTAZZI, *Accordi di risanamento: i soggetti coinvolti, il ruolo delle banche e le responsabilità* in www.judicium.it.

V

D. VALENTINO, *La cessione del credito, il factoring e la cartolarizzazione*, Napoli, 2003.

P. VALENSISE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012; ID., *Articolo 182 bis*, in A. NIGRO - M. SANDULLI - V. SANTORO, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, Torino, 2014.

J.L. VALLES, *La responsabilità del banchiere e delle imprese nella gestione delle situazioni di crisi. La situazione in Francia*, In S. BONFANTI - G. FALCONE (a cura di), *La responsabilità della banca e dell'impresa nella gestione delle situazioni di crisi*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Milano, 2005.

F. VASSALLI, *Sottocapitalizzazione delle società e finanziamenti dei soci*, in *Riv. Dir. Impr.* 2004, p. 750.

M. VASSEUR, *La responsabilité extracontractuelle de la banque en France*, in *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca* a cura di S. MACCARONE - A. NIGRO, Milano, 1981.

P. VELLA, *Postergazione e finanziamenti societari nella crisi d'impresa*, Milano, 2012; ID., *Autorizzazioni finanziamenti e predeuzioni nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 6, p. 657.

F. VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2014, 1, p. 109.

J. VEZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, III edizione, Paris, 1983 p. 140.

A. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004.

G. VISINTINI, *La lesione di posizioni e libertà contrattuali*, in *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999.

M. VITIELLO, *Responsabilità delle banche per concessione abusiva di credito e risanamento*, in www.ilfallimentarista.it 2012, 6.

Z

G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992.

L. ZAMAGNI - G. CEDRINI, *Swap ed enti locali: note critiche a Tribunale Bologna 14/12/2009 sulla qualificazione dell'up-front e sull'interpretazione della dichiarazione di operatore qualificato*, in www.ilcaso.it, documento 194/2010.

L. ZAMAGNI - M. ACCIARI, *Convenienza economica e mark to market dei contratti derivati degli Enti locali: note critiche alla sentenza n. 47421 del 21/12/2011 della seconda Sezione penale della Corte di Cassazione*, in www.ilcaso.it, documento 295/2012.

F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979.

A. ZORZI, *Il finanziamento alle imprese in crisi e le soluzioni stragiudiziali (piani attestati e accordi di ristrutturazione)*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 6, 2009, p. 1236.

GIURISPRUDENZA

Corte di Cassazione

- Cass. S. U. 26 gennaio 1971 n. 174, in *Giust. it.*, 1971, I, 1, p. 680.
- Cass. Pen. S.U.10 ottobre 1981 n. 10467, in *Foro it.*, 1981, 2, p. 533.
- Cass. 24 novembre 1981 n. 6244, in *Rep. Foro It.*, 1981, p. 58.
- Cass. 4 maggio 1982 n. 3764, in *Giust. Civ. Mass.*, 1982, 1, p. 1745.
- Cass. 24 marzo 1983 n. 2055, in *Mass. Foro it.* 1983.
- Cass. 21 gennaio 1985 n. 226, in *Resp. Civ. e prev.*, 1985, p. 757.
- Cass. 25 luglio 1986 n. 4755, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1987, 1, p. 386.
- Cass. 19 aprile 1987 n. 423, in *Nuova giur. Civ. Comm.*, 1987, 1, p. 488.
- Cass. 18 giugno 1987 n. 5371, in *Foro It.*, 1988, 1, p. 43.
- Cass. 16 agosto 1990 n. 8309, in *Mass. Giust. Civ.* 1990.
- Cass. 15 giugno 1991 n. 6774, in *Mass. Foro It.* 1991.
- Cass. 13 gennaio 1993 n. 343, in *B.B.T.C.*, 1994, 2, p. 258.
- Cass. 13 febbraio 1993 n. 2020, in *Foro it.*, 1994, 1, 159.
- Cass. 24 marzo 1994 n. 2470, in *Il Fall.*, 1994, p. 721.
- Cass. 1 marzo 1995 n. 2311, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 2032.
- Cass. 1 settembre 1995 n. 9219, in *B.B.T.C.*, 1997, 2, p. 243.
- Cass. 19 marzo 1996 n. 2314, in *Società*, 1996, p. 1267.
- Cass. 10 aprile 1996 n. 3321, in *Fallimento*, 1996, p. 1175.
- Cass. 19 febbraio 1998 n. 1761, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Responsabilità civile*, n. 107.
- Cass. 27 aprile 1998, n. 4277, in *Il fall.*, 1999, p. 297.
- Cass. 12 maggio 1998 n. 4765, in *Fall.*, 1999, p. 378.
- Cass. 14 dicembre 1998 n. 12539, in *Notariato*, 1999, p. 538.
- Cass. 15 marzo 1999 n. 2284, in www.ilcaso.it.
- Cass. S.U. 22 luglio 1999 n. 900, in *Foro It.*, 1999, 1, p. 2487.
- Cass. 21 settembre 2000 n. 12489, in *Contratti*, 2001, p. 349.
- Cass. 7 febbraio 2001 n. 1719, in www.judicium.it.
- Cass. 11 maggio 2001 n. 6550, in *Il Fall.*, 2001, p. 1029.
- Cass. 17 aprile 2003 n. 6170, in www.jstor.org.
- Cass. 7 marzo 2001 n. 3272, in *Mass. Giur. It.* 2001.
- Cass. 6 luglio 2001 n. 9209, in *Foro It.*, 2001, p. 3621.
- Cass. 18 luglio 2003 n. 11246, in *Giust. civ. Mass.* 2003.
- Cass. 19 settembre 2003 n. 13934, in *Dir. Banca e Mercato Fin.*, 2004, p. 291.
- Cass. 25 settembre 2003 n. 14234, in *Contratti*, 2004, p. 145.
- Cass. 6 febbraio 2004 n. 2288, in *Contratti*, 2004, p. 801.

Cass. 27 febbraio 2004 n. 4112, in *Giust. Civ. Mass.* 2004.
Cass. 17 maggio 2004 n. 9345, in *Giust. Civ. Mass.* 2004.
Cass. 21 luglio 2004 n. 13580, in www.altalex.it.
Cass. 21 gennaio 2005 n. 1273, in www.altalex.it.
Cass. 18 giugno 2005 n. 13168, in *Le Società*, 2006, 5, p. 596.
Cass. 14 marzo 2006 n. 5438, in www.ilcaso.it.
Cass. S.U. 28 marzo 2006 nn. 7029, 7030 e 7031, in *Dir. Fall.*, 2006, 2, p. 615.
Cass. 20 marzo 2007 n. 7980, in *Rivista del Notariato*, 2008, 1, p. 176.
Cass. S. U 26 giugno 2007 n. 14712, in www.personaedanno.it .
Cass. 1 ottobre 2007 n. 20622, in *Dir. Fall.*, 2009, p. 181.
Cass. S.U. 15 novembre 2007 n. 23726, in *Foro It.*, 2008, 1, p. 1514.
Cass. S. U. 19 dicembre 2007 nn. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, p. 784.
Cass. 27 febbraio 2008 n. 5215, in *Fall.*, 2008, p. 715.
Cass. 13 giugno 2008 n. 16031, in *Giuda al Diritto*, 2008, 50, p. 112.
Cass. 13 agosto 2008 n. 21563, in *Giust. Civ. Mass.* 2008.
Cass. S.U. 23 dicembre 2008 nn. 30055, 30056 e 30057 in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 212.
Cass. 5 marzo 2009 n. 5348, in *Mass. Foro It.* 2010.
Cass. 14 ottobre 2009 n. 21834, in www.ilcaso.it.
Cass. 13 novembre 2009 n. 24030, in *Rep. Foro it.* 2009, voce *Giudizio (rapporto)*, n. 9.
Cass. 4 marzo 2010 n. 5256, in www.ilcaso.it.
Cass. 31 maggio 2010 n. 13208, in *Giur. It.*, 2011, p. 794.
Cass. 1 giugno 2010 n. 13413, in *Giur. Comm.*, 2011, 5, p. 1157.
Cass. 8 luglio 2010 n. 16149, in *Resp. civ. e prev.* 2011, 5, p. 1065.
Cass. 23 luglio 2010 n. 17284, in *Guida al Diritto*, 2010, 43 p. 76.
Cass. 6 agosto 2010 n. 18437, in *Fallimento*, 2011, 2, p. 375.
Cass. 14 aprile 2011 n. 8541, in *Guida al diritto*, 2011, 20, p. 56.
Cass. 21 novembre 2011 n. 24438, in *Urbanistica e appalti*, 2012, p. 673.
Cass. 20 dicembre 2011 n. 27648, in *Contratti*, 2012, p. 235
Cass. Ordinanza 3 maggio 2012 n. 6686, in www.altalex.com.
Cass. 30 luglio 2012 n. 13540, in *Diritto e Giustizia*, 1 agosto 2012.
Cass. 7 gennaio 2013 n. 182, in *Diritto e Giustizia*, 8 gennaio 2013.
Cass. 9 gennaio 2013 n. 327, in *Guida al Diritto*, 7, p. 45
Cass. 21 gennaio 2013 n. 1347, in www.dirittoegiustizia.it.
Cass. 28 gennaio 2013 n. 1807, in *Giust. Civ. Massimario* 2013.
Cass. 17 maggio 2013 n. 12085, in *Giust. Civ. Mass.* 2013.
Cass. 4 luglio 2013 n. 16752, in *Diritto e Giustizia*, 2013, p. 998.

Sentenze di merito

- Trib. Napoli, 26 luglio 1957.
- Trib. Roma, 28 febbraio 1983, in *Foro it.*, 1984, 1, p. 1986.
- Trib. Roma, 2 febbraio 1989, in *Temi Romana*, 1989, p. 80.
- Trib. Milano, decr. 16 ottobre 1995, in *Il Fall.*, 1996, p. 485.
- Trib. Roma, 18 giugno 1997, in *Dir. Informazione e informatica*, 1998, p. 282.
- App. Bologna, 13 aprile 2000, in *Il Diritto Fallimentare*, 2000, 2, p.782.
- Trib. Foggia, 12 dicembre 2000, in *Dir. Banca e mercato fin.*, 2002, 1, p. 260.
- Trib. Monza, 14 febbraio 2002, in *Giur. Comm.*, 2004, 2, p. 335.
- Trib. Saluzzo ordinanza 27 febbraio 2001, in www.iusimpresa.com.
- Trib. Foggia, 7 maggio 2002, in *Dir. Comm. Int.*, 2003, p. 593.
- Trib. Milano, 9 maggio 2001, in *Corriere Giur.*, 2001, p. 1643.
- Trib. Milano, 21 maggio 2001, in *Dir. Banca e Mercato Fin.*, 2002, 1, p. 259.
- App. Bari, 17 giugno 2002, in *B.B.T.C.*, 2003, 2, p. 582.
- App. Bari, 2 luglio 2002, in *Fallimento*, 2002, p. 1164.
- App. Bari, 18 febbraio 2003, in *Fallimento*, 2004, p. 427.
- Trib. Mantova, 13 marzo 2003, in www.ilcaso.it.
- App. Milano, 11 maggio 2004, in *B.B.T.C.*, 2004, 2, p. 643.
- Trib. Treviso, decr. 21 luglio 2005.
- Trib. Monza, 31 luglio 2007, in *B.B.T.C.*, 2009, 3, p. 378.
- Trib. Piacenza, 7 ottobre 2008, in www.ilcaso.it.
- App. Trento, 5 marzo 2009, in www.ilcaso.it.
- Trib. Roma, 5 novembre 2009, in *Dir. Fall.*, 2010, 2, p. 526.
- Trib. Bologna, 14 dicembre 2009, in www.ilcaso.it.
- Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 2011, 1, p. 92.
- Trib. Bari, 15 luglio 2010, in *B.B.T.C.*, 2012, 3, p. 368.
- Trib. Monza 8 febbraio 2011 n. 317, in *Riv. dott. comm.*, 2011, p. 440.
- Trib. Udine, 16 marzo 2012, in www.dirittobancario.it.
- Trib. Orvieto, 12 aprile 2012, in www.ilcaso.it.
- Trib. Milano, 20 aprile 2012, in *Guida al diritto* 2012, 26, p. 65.
- Trib. Rovereto, 6 agosto 2012 in *Contratti*, 2012, 11, p. 932.
- Trib. Monza, 9 ottobre 2012, in www.ilprocessocivile.it.
- Trib. Lecce, 1 febbraio 2013, in *Vita Notarile* 2013, 1, p. 19.
- Trib. Santa Maria Capua Vetere, 29 ottobre 2013, in www.iusexplorer.it/Dejure.
- Trib. Taranto, 4 marzo 2014, in www.altalex.com.
- Trib. Milano, 4 aprile 2014, in www.dirittobancario.it.

App. Brescia, 21 aprile 2004, in www.ilcaso.it.

Trib. Pescara, 31 luglio 2014, in www.giustiziacivile.com.

Arbitro Bancario Finanziario

A.B.F., Collegio di Roma, 20 agosto 2013 n. 4440 in www.arbitrobancariofinanziario.it

A.B.F., Collegio di Roma, 26 maggio 2014, in www.ilcaso.it.

Corte Costituzionale

Corte Costituzionale ordinanza 2 aprile 2014 n. 77, in www.gazzettaufficiale.it

Corte di Giustizia U.E.

Corte di Giustizia U.E. 27 marzo 2014, relativa alla causa C-565/2012, in curia.europa.eu.

Giurisprudenza Francese

Ch. Com. 15 giugno 1993, in *JCP*, 1993, p. 253.

App. Paris, 15 dicembre 1995, in *D.*, 1996, *inf. rap.*, p. 65.

Ch. Comm. Cass. 24 settembre 2002, in *Banque et droit*, 2003, p. 60.

Ch. Comm. Cass. 25 marzo 2003, in *JD*, 2003, 018505.

Ch. Comm. Cass. 24 settembre 2003, in *Bull. Civ.*, IV, 136, 155.