

CAPITOLO IV

LA RESPONSABILITÀ DELLA BANCA NELL'ESERCIZIO DEL CREDITO: ABUSO NELLA CONCESSIONE E ROTTURA DEL CREDITO (BUONO INIZIARI)

SOMMARIO: 1. L'esercizio del credito quale attività funzionale all'attività di raccolta: il criterio di serietà e prudente gestione. — 2. Le irregolarità nella attività di esercizio del credito quali violazione del comportamento professionale della banca. — 3. La rinnovata professionalità del banchiere. — 4. La valutazione del merito creditizio quale criterio dell'erogazione di credito. — 5. La interruzione della erogazione di servizi bancari. — 6. L'interruzione nella erogazione del credito. — 7. La responsabilità per abusiva concessione del credito. — 8. Le profonde radici di diritto comune della responsabilità per abusiva concessione del credito: il deterioramento delle condizioni patrimoniali del debitore quale principio cardine di tutela dell'equilibrio causale nel diritto comune delle obbligazioni; la liberazione del garante in seguito all'ingiustificato finanziamento del debitore insolvente. — 9. Le operazioni non adeguate alla situazione patrimoniale della clientela, quale categoria generale suscettibile di comprendere l'abusiva concessione del credito. Il danno alla società e ai creditori sociali, la legittimazione dei creditori e del curatore.

1. *L'esercizio del credito quale attività funzionale all'attività di raccolta: il criterio di serietà e prudente gestione.* - La specificità dell'attività bancaria consiste, come è noto, in quella funzione di interposizione tra risparmiatori che chiedono danaro e coloro che, all'opposto, domandano danaro: da qui le due funzioni fisionomiche e tipiche dell'attività bancaria, quella passiva della raccolta di danaro e quella attiva di esercizio del credito. E con riferimento a tali attività e funzioni che il testo unico bancario (t.u.b.) n. 385/1993 definisce l'attività bancaria: *la raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituiscono l'attività bancaria*. Risulta, pertanto, evidente la peculiare specificità della funzione di esercizio del credito. Questa costituisce, infatti, la modalità attraverso la quale nell'attività della banca si giustifica e si rende funzionale la raccolta del risparmio, con la quale l'attività di esercizio del credito è, appunto, teleologicamente collegata.

I risparmiatori che partecipano alla raccolta, oltre a poter godere di

una più o meno significativa remuneratività del deposito effettuato, si giova direttamente e indirettamente (sarebbe meglio dire sul piano macroeconomico), del fatto che la banca, proprio attraverso l'attività di esercizio del credito, viene a mettersi nella condizione di poter sempre restituire le somme raccolte. L'esercizio del credito, infatti, da un lato fa sì che le somme erogate in prestiti, immediatamente o dopo essere passate attraverso diversi investimenti, vengano, comunque, di nuovo depositate presso il sistema bancario, e dall'altro lato fa sì che la banca percepisca corrispettivi adeguati alla remunerazione del finanziamento effettuato. Il corretto esercizio del credito assicura, pertanto, contemporaneamente, sia la funzionalità, l'efficienza e la sicurezza dell'attività di raccolta, sia la funzionalità e remuneratività dell'attività bancaria in generale.

Una specifica peculiarità dell'attività di esercizio del credito risiede nel fatto che, allorché la banca viene ad assumere verso il risparmiatore il rischio dell'investimento. In tal modo, consente al risparmiatore stesso di trarre in parte i vantaggi di un investimento, vantaggi che, altrimenti, quegli autonomamente mai avrebbe potuto realizzare, mancandogli la professionalità, l'organizzazione, le informazioni e la propensione al rischio d'impresa. È stato osservato che, in questo modo, la banca realizza una funzione assicurativa⁽¹⁾.

È per la rilevanza e delicatezza di questi compiti che, secondo quanto previsto dall'art. 47 cost., sull'attività bancaria viene svolta dalla Banca d'Italia la *vigilanza strutturale e prudenziale*. La prima finalizzata ad assicurare la stabilità dell'intermediario (sufficienza di mezzi liquidi e mezzi patrimoniali rispetto alla restituibilità dei fondi ricevuti dai terzi e degli impegni assunti verso la clientela, la seconda volta ad assicurare un livello adeguato di organizzazione aziendale rispetto alla vastità e complessità dell'attività bancaria, vista nella serie sempre più ampia e articolata di servizi che la caratterizzano. Di qui la formazione di una serie altrettanto vasta ed articolata di principi e di criteri di vigilanza e di controllo dell'attività bancaria. Tali principi e criteri comportano l'imposizione di veri e propri obblighi di comportamento direttamente operativi e incidenti sulla valutazione della meritevolezza delle attività bancarie.

È il caso dell'obiettivo, della *sana e prudente gestione* che, secondo quanto previsto all'art. 14 t.u.b., costituisce il criterio di valutazione conclusiva sulla base del quale la Banca d'Italia nega o concede l'autorizzazio-

ne all'attività bancaria, come pure, autorizza o meno le modificazioni statutarie, (artt. 56 e 57 t.u.b.), in ordine alle fusioni e scissioni. È interessante e soprattutto significativo osservare che si tratta di un criterio astratto e generale assunto dalla legge quale strumento ulteriore di valutazione e controllo della meritevolezza dell'attività bancaria, e che, quindi, rileva al di là dell'osservanza delle condizioni di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) dell'art. 14. Il parametro della *sana e prudente gestione* costituisce, pertanto, una clausola generale fonte diretta di doveri di comportamento che si affianca alla clausola generale di buona fede la quale governa ogni rapporto obbligatorio e naturalmente anche bancario.

Questo parametro della *sana e prudente gestione*, unito a quello generale della buona fede, consente l'emersione e la assunzione di specifici piani di valutazione e organizzazione, quali regole extragiuridiche di comportamento che divengono obbligatorie per la banca. Esse possono consistere in regole di carattere tecnico, come pure di comune esperienza o di specifica maturazione in particolari ambienti economici, nei quali la banca opera, tali da poter fornire a loro volta criteri di valutazione della correttezza e conformità dell'attività della banca, non solo all'autorità di vigilanza nella attività di controllo ma anche al giudice chiamato a decidere in ordine ad eventuali doglianze e pregiudizi lamentati da terzi in relazione ai loro rapporti con la banca. Tale parametro è poi assunto a criterio generale della attività di vigilanza delle autorità creditizie dall'art. 5 t.u.b., il quale, come primo criterio che deve informare l'attività di vigilanza pone espressamente la *sana e prudente gestione dei soggetti vigilanti*, oltre naturalmente alla *competitività del sistema finanziario* ed all'*osservanza delle disposizioni in materia creditizia*.

La *sana e prudente gestione* viene a costituire lo specifico criterio attraverso il quale verificare la correttezza del comportamento della banca. Siffatto criterio enunciato attraverso un sapiente equilibrio di aggettivi, se da un lato indica la necessità che l'attività del banchiere sia rivolta verso la ricerca della redditività e della profittabilità, indica anche che questa non debba andare a pregiudicare la razionalità, la plausibilità logica e la coerenza con valori di protezione del mercato e dei terzi. Allo stesso modo la prudenza nella gestione non può certo significare eliminazione del rischio che inevitabilmente si accompagna ad ogni attività imprenditoriale, ma sicuramente vuole escludere la ammissibilità di quei comportamenti che antepongono a regole di prudenza diffusamente riconosciute, iniziative di rischio che possono essere pregiudizievoli per la banca e/o per i terzi.

2. Le irregolarità nella attività di esercizio del credito quali violazione del comportamento professionale della banca. - L'esercizio del credito è, dun-

⁽¹⁾ MOLLE-DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Milano; 2000, sesta ed., p. 9 ss.

que, lo strumento cardine attraverso il quale si realizza l'attività bancaria. Esso costituisce una attività riservata della banca, sottoposta a specifici controlli da parte dell'autorità di vigilanza che verifica le modalità di svolgimento e l'osservanza di criteri di comportamento. L'attività della banca è contrassegnata non soltanto dalle caratteristiche di professionalità, che sempre si accompagnano a qualsiasi attività specialistica, ma anche da una professionalità di secondo, e comunque più elevato, livello. Essa deriva dal fatto che la stessa attività di erogazione del credito è una attività riservata e funzionale sul piano operativo a quella di raccolta e quindi, *in re ipsa*, destinata ad essere svolta solamente da soggetti in grado in ogni momento dello svolgimento dell'attività non soltanto di rispettare i criteri di cautela, quali quelli della sana e prudente gestione, ma anche dotati di una specifica professionalità, la quale deve perdurare nell'esercizio dell'attività, pena l'adozione da parte dell'autorità di vigilanza di provvedimenti addirittura rivolti ad escludere o perlomeno sospendere dal mercato la stessa banca.

Considerata la profonda rilevanza economica dell'attività di esercizio del credito e considerato altresì il livello altamente professionale di tale funzione peraltro di esclusiva prerogativa della banca, particolarmente nel suo stretto legame all'attività di raccolta, la valutazione delle modalità attraverso le quali si svolge tra i privati tale attività ha stimolato la dottrina e la giurisprudenza ad analizzare una serie di situazioni nelle quali dal comportamento tenuto dalla banca nell'erogare o meno il credito, possono essere derivati pregiudizi al soggetto finanziario, come pure a terzi. Le tematiche cui si fa riferimento sono quelle della cosiddetta improvvisa e ingiustificata rottura del credito, come pure quelle dell'abuso nella concessione del credito.

Il tema della responsabilità della banca per il finanziamento ad imprenditore insolvente è stato messo in luce da una attenta dottrina alla fine degli anni settanta ed, ormai, è da tempo ricorrente nella nostra letteratura giuridica, come pure non manca di ricevere attenzione da parte della giurisprudenza. Si tratta di una fatuaspecie tema estremamente peculiare al cospetto della quale può apparire spiegabile, almeno per coloro che si avvicinano a tali tematiche, quella relazione che vorrebbe mettere in luce la contraddittorietà del tema all'interno della più ampia tematica della responsabilità della banca in occasione dell'esercizio del credito.

È in questa particolare situazione caratterizzata da una non sufficiente compiuta analisi ricostruttiva che si manifestano apprezzamenti tendenti a mettere in luce profili di una presunta contraddittorietà. È stato avanzato il rilievo, ad esempio, che il comportamento della banca, da un lato, potrebbe essere censurato per non aver concesso credito o meglio per avere, al contrario, concesso credito. Si tratta di osservazioni in realtà poco signifi-

cative, fragilmente basate sulla evocazione più retorica che reale di una contraddittorietà nella valutazione del comportamento richiesto alla banca. Pur essendo evidente il carattere non approfondito di siffatti schemi di ragionamento, può anche riuscire utile che ad essi possa essere dedicata una qualche attenzione, particolarmente in considerazione della necessità di delineare esattamente i contorni di una siffatta responsabilità della banca.

Risulta, pertanto, assolutamente non espressivo di alcuna reale contraddizione l'evocare una pretesa inconciliabilità tra responsabilità per interruzione del credito e responsabilità per erogazione del credito. Al contrario, si deve osservare che la più rilevante professionalità della banca si esprime tutta nell'esercizio certamente non meccanico, ma professionalmente consapevole e tecnicamente preparato dell'esercizio del credito e che, pertanto, le irregolarità che possono contraddistinguere tale condotta, comunque esse si manifestino, sia con la interruzione nell'erogazione del credito, che nella ingiustificata erogazione, risultano condotte suscettibili di arrecare pregiudizio giuridicamente rilevante con conseguente risarcibilità del danno causato.

Altrettanto ingiustificata per altri motivi risulta la talora ricorrente nozione secondo cui le banche si troverebbero in Italia ad operare in un mercato profondamente contrassegnato da distorsioni strutturali, che consisterebbe in uno squilibrio patologico tra capitale di rischio e capitale di credito su cui le aziende vivono⁽²⁾. Una siffatta descrizione vorrebbe probabilmente tendere a fornire una indiretta giustificazione al comportamento talora eventualmente irregolare ed arbitrario della banca, la quale sarebbe chiamata, tra l'altro solo nel nostro paese, ad operare in un contesto economicamente anomalo. La banca sarebbe costretta ad operare nelle angustie di una funzione di supplenza economica, dovuta ad un'ananistica carenza di capitali privati. Secondo questa tesi, tali condizioni finirebbero per imporre alla banca modalità di comportamento, che si pretenderebbe di descrivere come «necessitate», al fine di respingere le diverse critiche mosse al comportamento delle banche. Tale impostazione non appare condivisibile, in quanto l'impresa contemporanea, particolarmente nella società postindustriale, è contrassegnata dal fatto che l'imprenditore piuttosto che immobilizzare ampi capitali propri, richiama le più diverse risorse e tra questi anche il capitale bancario. Questo è messo a disposizione delle banche con le più variegiate forme di operazioni di credito, in relazione alle più diverse iniziative economiche apprestate dall'imprenditore.

⁽²⁾ Così Rorpo, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa*, in *Fallimentarismo*, 1997, p. 869.

Complessivamente si può dire che il buon esito dell'iniziativa imprenditoriale nell'odierno contesto economico si verifica (e cioè proprio nel senso che si determina e può essere verificato), non certo soltanto sulla base dell'intensità della capitalizzazione, quanto della sapienza e perizia con cui sono stati organizzati i fattori produttivi forniti anche da altri soggetti, attraverso una articolata serie aperta di contratti che consentono all'imprenditore di godere ed utilizzare strumenti di produzione, senza necessariamente acquisirli a titolo di proprietà ed evitando di immobilizzare preziosi capitali altrimenti utilizzabili nell'impresa.

3. *La rinnovata professionalità del banchiere.* - Le modificazioni della professione del banchiere corrispondono, del resto, al cambiamento epocale che ha ribaltato nella società postindustriale lo stesso modo di produzione.

L'efficiente livello di organizzazione imprenditoriale si determina e, nello stesso tempo, può essere verificata, non tanto in relazione all'entità dei capitali immobilizzati nell'impresa con la mera funzione di garanzia patrimoniale, quanto piuttosto in relazione al livello della complessiva organizzazione dei fattori della produzione, verificabile in particolare nella perizia attraverso la quale sono assicurate con efficienza e continuità risorse produttive umane e materiali all'impresa. Ne discende quale necessaria conseguenza che la sufficienza o meno del capitale investito non viene verificato valutando la sua adeguatezza rispetto alle dimensioni della possibile responsabilità patrimoniale, bensì il capitale investito viene preso in considerazione quasi unicamente quale criterio di valutazione di sufficienza rispetto al fabbisogno del funzionamento organizzativo complessivo. Risultato, pertanto, assolutamente riduttivo, anacronistico e ormai lontano, dalla realtà presentare argomenti tesi e descrivere la banca quale protagonista di una «missione economica» audace e forse aleatoria nell'esercizio del credito, come pure nello svolgimento delle altre funzioni bancarie. L'esercizio del credito si fonda necessariamente oggi nella quotidiana collaborazione della banca in una serie vasta ed aperta di funzioni che nell'ambito dell'ampio rapporto di mandato — che trova il suo cuore nel conto corrente bancario —, vengono svolte per l'impresa.

La stessa operazione di credito si interseca con l'esecuzione delle più diverse forme di collaborazione con l'impresa, nella forma di esazione dei crediti, le quali si manifestano nelle articolate prassi di mandato all'incasso, di «sconto improprio» di cosiddetto «foglio», si cessioni in garanzia, di *forfeiting* riconducibili, come abbiamo da ultimo dimostrato al grande tronco del mandato, i cui multiformi nomi con sempre maggiore rigoglio-

sià, informano in modo prevalente l'attività della moderna impresa della società postindustriale⁽²⁾.

Anche l'evoluzione delle modalità delle forme di finanziamento bancario conferma l'accentuarsi dei caratteri di specifica professionalità dell'esercizio del credito. In un ormai remoto passato, secondo il comune sentire, l'esercizio del credito di realizzava in forme di vera e propria dazione di una somma di denaro, secondo l'archetipo del mutuo e particolarmente del mutuo ipotecario. Successivamente esso si è venuto a realizzare nelle forme del mero finanziamento particolarmente all'impresa, inteso nella prassi quale contratto di mutuo effettuato attraverso modalità più snelle e dirette, talora non appesantite dalla scansione temporale delle restituzioni rateali, come pure non scandite dalle formalità delle garanzie reali, sovente non compatibili con le esigenze dell'impresa finanziaria e sostituite da altre forme di garanzia personale o di altre cautele. Il passaggio ulteriore è costituito dalla diffusione (prima nella prassi e poi codificata), della apertura di credito, ove le modalità di realizzazione della concessione di credito, vengono attuate tutte all'interno del rapporto di conto corrente, realizzando quindi, nel modo più diretto ed efficiente, il finanziamento, scevro di formalità, e al tempo stesso ricco della massima duttilità e flessibilità nella utilizzazione e gestione da parte del soggetto finanziato. La successiva evoluzione si è mossa da queste feconde radici: il cosiddetto «castelletto bancario», nel quale l'apertura di credito viene dimensionata a seconda del volume, della qualità del cosiddetto foglio presentato per l'incasso alla banca, come pure le diverse forme di sconto improprio o di cessioni in garanzia di credito, rappresentano le modalità attraverso cui si dimensiona, adattandola alle specifiche esigenze operative dell'impresa, l'apertura di credito. Il quadro si è, infine, da ultimo completato con la serie, ormai neanche censibile, di servizi e prodotti che la banca mette a disposizione del cliente nelle varie forme di collocamento e raccolta di ordini legislativamente previsto dal testo unico sulla finanza.

Il fenomeno che si sta, quindi, verificando è quello di un graduale ridimensionamento della concessione del credito sotto forma di finanziamenti, concessi all'imprenditore e che questi ha la facoltà di utilizzare nelle direzioni e con gli scopi più diversi. Le prassi bancarie di finanziamento tendono a caratterizzarsi per affermarsi di forme di finanziamento stretta-

⁽²⁾ Cfr. su questi temi INZITARI, *Le New Properties nella società postindustriale*, nel volume collettaneo, *Dalle Res alla New Properties*, Milano, 1991; INZITARI, *Il Mandato*, in *Profili del diritto delle obbligazioni*, Padova, 2000, p. 541 ss.

mentierazionalità specifiche esigenze e programmi dell'impresa. È per questo che la banca ha acquisito nuove competenze: colloca contratti di *leasing*; *disfactoring*, di *forfaiting*, come pure collabora nella cartolarizzazione dei crediti, presta talora assistenza in processi di fusione o di acquisizione, fornendo anche servizi ampiamente riconducibili all'attività di consulenza, che possono realizzarsi addirittura in attività di intermediazione di affari svolte dalle cosiddette *merchant bank*. Tali servizi, comunque, sono finalizzati a fornire all'impresa non solo mezzi finanziari, ma mezzi finanziari arricchiti da una sapiente collaborazione tecnica per realizzare le varie iniziative imprenditoriali man mano decise nella strategia aziendale e che, senza una tale complessa collaborazione della banca, non riuscirebbero neanche possibili. E poco rileva se nella realizzazione di tali finalità la banca, piuttosto che fornire essa stessa i diversi servizi e prodotti finanziari, li fornisce tramite altre società del gruppo o collegate, in quanto l'articolazione in diverse società del gruppo corrisponde ad una esigenza di specializzazione spesso imposta dalle stesse esigenze di vigilanza e, comunque, necessaria per la più opportuna e prudente offerta dei servizi.

Resta, comunque, certo che dell'intera attività dell'impresa postindustriale il coordinatore e il demiurgo è la banca che, sia pure tardivamente nell'esperienza italiana rispetto a quelle di altri paesi quali la Germania, tende a divenire la *Hausbank* dell'impresa, appunto di tradizione germanica, vale a dire l'istituto di credito che segue costantemente, con la fornitura dei suoi diversi servizi, le esigenze dell'impresa. Del resto il progressivo ed intenso processo di accorpamento e fusione tra i vari istituti di credito, ha fatto sì che le dimensioni della banca siano assai più ampie e articolate di quelle che un tempo consentivano la mera attività di raccolta e di esercizio del credito. L'ampliarsi delle dimensioni ha fatto sì che all'interno della stessa struttura bancaria oppure all'interno dell'organizzazione del gruppo bancario, si sia venuta a creare una ulteriore professionalità del banchiere. Questa risulta non solo quantitativamente molto ampliata, ma anche qualitativamente e sensibilmente accresciuta nel livello di specializzazione, nella conoscenza delle tecniche e del mercato.

Questo quadro, qui sinteticamente delineato, è gravido di importanti conseguenze, che già possono essere prospetticamente accennate. Non solo sembra man mano perdere di centralità l'originaria funzione di raccolta e custodia della liquidità monetaria, considerata l'accentuarsi della propensione del pubblico verso l'investimento fruttifero della liquidità in strumenti finanziari, ma anche la funzione di intermediario dei pagamenti bancari — che, nella gestione della circolazione degli assegni e nella esecuzione degli ordini di bonifico, ha caratterizzato buona parte dell'attività

bancaria del secondo dopoguerra — appare oggi suscettibile di essere fortemente ridimensionata dall'imporsi di sistemi di pagamento profondamente innovativi quali la gestione di carte di credito e di debito e da ultimo di carte di pagamento, per evidente diffusione di quelle che nel *jargon* bancario viene definita *plastic money*, come pure dai bonifici per via telematica, oggi offerti a costi contenuti anche da banche cosiddette virtuali o dallo stesso sistema postale anch'esso profondamente rinnovato, particolarmente grazie alla ampia utilizzazione degli strumenti informatici in una attività di esercizio del credito ampiamente dimensionata e finalizzata in attività latamente definibili di intermediazione e consulenza, continuamente adattate alle sempre nuove esigenze dell'impresa.

La conseguenza di tutto questo è la profonda riqualificazione della banca quale professionista altamente specializzato. Il risultato è, quindi, di un esercizio del credito da parte del banchiere al quale sono richiesti livelli di consapevolezza professionale enormemente più elevata rispetto al passato.

4. *La valutazione del merito creditizio quale criterio dell'erogazione di credito.* - Deve essere nello stesso tempo rilevato che l'interesse della banca ad intraprendere la variegata serie di funzioni che abbiamo brevemente descritto, è collegata all'interesse, che rimane centrale e costituisce pur sempre il cuore della funzione bancaria, di esercitare il credito per trarre la principale remunerazione della sua attività. Ne consegue che il non corretto esercizio della funzione creditizia contrasta con una serie molto più ampia di doveri di comportamento rispetto a quelli inizialmente individuati dalla dottrina, che si occupò della responsabilità della banca per abusiva concessione del credito. Non a caso anche la normativa di vigilanza in materia di valutazione del merito creditizio è divenuta ancor più specifica. L'operazione di concessione di credito si accompagna ad una articolata serie di *standards* di diligenza e istruttori, che spesso discendono dalla disciplina di vigilanza in materia di affidamento.

Il compito professionale del banchiere concerne, in particolare, la valutazione del merito creditizio dell'impresa richiedente. A tale riguardo è significativo che ormai le uniche ipotesi in cui la concessione del credito sembra non dover necessitare di una diretta valutazione del merito creditizio del sovrvenuto sono quelle della isolata concessione di credito su pegno, nella quali la valutazione appare totalmente affidata alla « stima » in senso tecnico del bene dato in pegno, il cui valore di mercato deve ragionevolmente assicurare il rimborso del finanziamento, indipendentemente dalla valutazione del personale del merito creditizio del soggetto finanziato.

L'esame della meritevolezza del credito viene specificamente affrontato da direttive del CICR, deliberazione del 26 marzo 1987 (in BANCA D'ITALIA, *Bollettino di vigilanza sulle aziende di credito*, n. 89, p. 14), poi dalla stessa BANCA D'ITALIA, *Istruzioni di vigilanza per gli enti creditizi*, XXXIX, par. 4 (ed. ottobre 1989), che indicano alle banche le modalità di istruttoria preliminare nel momento della concessione dell'affidamento, come pure la necessità di procedere a revisione degli originari elementi conoscitivi acquisiti al momento del sorgere del rapporto, analisi e accertamenti da rinnovare in tutti i momenti di rinnovo del rapporto, come pure in sede di revisione delle diverse posizioni di rischio.

Tanto dalle *Istruzioni di vigilanza*, quanto dalle prassi normalmente eseguite emergono, quali elementi costanti nella istruttoria di fido, la necessità di elaborare le informazioni relative all'importo del credito richiesto, alla sua durata, alle garanzie disponibili, all'ultimo bilancio d'esercizio e ad una situazione contabile aggiornata. La valutazione di tali elementi deve essere poi ulteriormente elaborata, secondo le *Istruzioni della Banca d'Italia sulla Centrale dei rischi* (novembre 1996, I, p. 3) dall'indicazione fornita alle banche di dotarsi di strutture organizzative in grado di attivare procedure idonee a garantire efficaci istruttorie, come pure a creare strumenti informativi idonei ad accrescere le capacità di valutazione e di controllo della clientela. Di qui la necessità di acquisire e valutare, oltre alle tradizioni di «misure» immobiliari e del bollettino dei protesti, bilanci consolidati, bilanci prospettici di cassa, certificazioni, servizi informativi e metodologie di analisi finanziarie offerte dalla centrale dei bilanci, e tutto questo proprio al fine di dar luogo ad una diagnosi precoce dei rischi dell'insolvenza delle imprese con adeguata simulazione degli scenari economico-aziendali che possono scaturire rispetto alla complessiva situazione del fatturato, dell'indebitamento e dei costi di produzione si sono così consolidate una serie di regole di comportamento strettamente collegate alla gestione delle elaborazioni in possesso delle banche. Ricordiamo la valutazione degli indici di normalità tra saldo liquido e fido accordato, l'indice di rotazione dell'utilizzo medio ponderato, il rapporto tra l'entità degli effetti insoluti e richiamati rispetto al «foglio» scontato e presentato, gli scostamenti di tali indici rispetto ad altri parametri standard. Si perviene in questo modo ad una adeguata classificazione dei crediti secondo il loro diverso grado di anomalia, classificandoli come «partite incagliate», relative a debitori in temporanea situazione di obiettiva difficoltà ma che si ritiene possano tornare alla normalità in un breve o, comunque, prevedibile periodo e le situazioni difficilmente reversibili di solito definite «sofferenze».

Talora l'attività di valutazione della meritevolezza del fido si interseca

con una disciplina prudenziale che investe la stessa banca. È particolarmente importante, in relazione ai grandi gruppi imprenditoriali, che si manifestino criteri diretti a coordinare e valutare la compatibilità tra finanziamenti di rilevante importo e tutela del patrimonio di vigilanza. È così che — anche in attuazione del Decreto del Ministro del Tesoro del 22 giugno 1993, n. 242633 e in accoglimento dei principi della direttiva 92/121/CEE, la Banca d'Italia, con le *Istruzioni di vigilanza per gli enti creditizi*, XXIV, sez. VI (ed. ottobre 1993) —, sono stati previsti limiti all'erogazione dei «grandi fidi» e cioè quei fidi concessi ad un cliente, o anche separatamente ad un gruppo di clienti tra loro collegati in un gruppo, il cui valore sia pari o superiore a una percentuale dei fondi propri e questo al fine di evitare che l'insolvenza di uno dei maggiori clienti possa incrinare l'equilibrio patrimoniale della banca. Di qui la valutazione dei clienti tra loro connessi da legami societari e contrattuali e questo, al fine di procedere ad una valutazione unitaria del gruppo.

La diffusione nella prassi e la consapevolezza della importanza di siffatti criteri di comportamento ha del resto indotto l'associazione di categoria A.B.I. ad indicare in apposito Codice di comportamento del settore bancario e finanziario emanato dall'A.B.I. (*Circolare A.B.I.*, Serie legale n. 6/1996 del 22 gennaio 1996, p. 27 ss.) diverse direttive in materia di concessione del credito. In particolare in esso si precisa che: «nell'interesse generale dei clienti, le banche devono impegnarsi ad acquisire e valutare una serie di informazioni riguardanti il richiedente, l'attività svolta e le finalità del finanziamento. In relazione, poi, alla valutazione delle domande di concessione del credito e dell'eventuale successiva disponibilità, oltre alla situazione patrimoniale e reddituale, la banca deve tenere conto di informazioni desunte dai rapporti commerciali intrattenuti in passato ottenute da agenzie specializzate oppure fornite dal cliente stesso; informare il cliente circa i documenti da produrre per l'apertura dell'istruttoria, farne salve le integrazioni che si rendessero necessarie nel corso dell'istruttoria riedesimata; comunicare al cliente i tempi medi di risposta alla richiesta di credito, decorrenti dal completamento della documentazione e determinati in relazione alla tipologia e complessità del finanziamento stesso; adottare procedure interne di valutazione, gestione e controllo dei crediti che tutelino la riservatezza delle informazioni⁽⁴⁾».

(4) Del resto, più di recente, nel *Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare la crisi di impresa*, emanato dall'A.B.I. nel giugno del 2000, vengono riprese come linee guida del comportamento della banca per la solu-

5. *La interruzione della erogazione di servizi bancari.* - Le vicende relative alla concessione, mantenimento o venir meno della concessione del credito, non solo risultano determinanti per l'impresa finanziata, ma hanno diretti effetti rispetto al pubblico degli operatori economici e soprattutto ai terzi contraenti che instaurano rapporti contrattuali con l'impresa.

Considerata la rilevanza (anzi sulla base delle analisi svoltesi, si potrebbero dire ormai la essenzialità strutturale), dei rapporti contrattuali che l'impresa instaura con la banca per la realizzazione dei suoi piani economici, appare evidente che le vicende interruttrive o confermatrici dei rapporti di collaborazione tra impresa e banca e soprattutto l'insieme dei rapporti di credito che in tali rapporti si realizzano, risultano influenzare, in modo talora determinante, il comportamento dei soggetti che man mano instaurano rapporti contrattuali con l'impresa. L'affievolirsi o l'interruzione dei rapporti bancari comporta, infatti, inevitabilmente il manifestarsi all'esterno della fragilità dell'impresa e della sua difficoltà a continuare la gestione economica. Costituisce un dato assolutamente consolidato nel comune sentire che il manifestarsi di una forma di disimpegno della banca nell'ambito delle varie forme di collaborazione con l'impresa, rappresenta il primo significativo indice di una sopravvenuta valutazione di non meritevolezza dell'imprenditore da parte della banca.

Nell'operare le sue scelte in ordine alla continuazione, all'instaurarsi o all'interruzione di rapporti negoziali con l'impresa, la banca è, e non può non essere consapevole che oltre che sul piano della funzionalità, anche su quello del generale apprezzamento del pubblico, tali scelte si diffondono nelle valutazioni dell'impresa, determinando apprezzamenti positivi o negativi o, comunque, incertezze di non breve momento. Per la banca non si tratterà soltanto di una normale scelta di autonomia negoziale, espressione, come una volta si diceva, dell'assoluta autonomia della volontà privata. Al contrario tali scelte potranno essere determinanti per la continuazione dell'impresa, esiziali per la sua tenuta o addirittura uscita dal mercato. Talora la interruzione nella presentazione di servizi fondamentali prestati all'impresa può comportare la cessazione di operatività dell'impresa stessa: basti pensare al recente esempio delle imprese che svolgono le loro attività attraverso il commercio elettronico via *internet*, per le quali la stessa opera-

zione delle crisi di impresa, i principi e i criteri volti « alla trasparenza e alla correttezza nei rapporti reciproci e nei confronti delle imprese clienti », a « comportamenti informati a principi di cooperazione e di equità sostanziale nei rapporti tra il ceto creditizio », a « porre in essere comportamenti che, nel rispetto della *par condicio*, valorizzino le imprese anche nelle loro prospettive reddituali » (art. 1).

tività è totalmente affidata all'efficiente e spedito funzionamento del sistema di pagamenti bancari e attualmente, in particolare attraverso il ricorso al pagamento attraverso la carta di credito o strumenti analoghi. In questo caso l'interruzione del servizio di carta di credito starebbe a significare la stessa impossibilità per l'impresa di concludere contratti, essendo l'intero sistema di collocamento e vendita dei beni e servizi in via telematica affidato all'efficienza di tali forme di pagamento, che sono, appunto, (almeno allo stato), le uniche suscettibili di essere disposte attraverso digitazione telematica.

Analogamente, in tutti quei casi in cui la banca provvede a funzioni essenziali che contraddistinguono la gestione tipica dell'impresa. Sono questi i casi in cui la banca svolge il servizio di custodia o di depositario delle liquidità e degli strumenti finanziari. È noto quanto questa funzione sia indispensabile, ad esempio, per la operatività della stessa società di investimento mobiliare, al punto che l'inadeguato o irregolare espletamento da parte della banca di tale servizio può comportare situazioni di confusione patrimoniale per la SIM, suscettibili di dar luogo a gravi crisi ed eventualmente (in relazione alle varie reazioni che si possono verificare nella clientela o, insieme, negli organi di vigilanza), anche lo stesso dissesto della società finanziaria.

6. *L'interruzione nella erogazione del credito.* - Molto più nota e risalente è la fattispecie della rottura ingiustificata del credito, in seguito alla quale la banca senza giustificato motivo recede dalle aperture di credito concesse ed utilizzate o, comunque, chiede al cliente il rientro immediato della esposizione debitoria.

È noto che la disciplina del codice in materia di apertura di credito a tempo determinato, pur consentendo alla banca di recedere dal contratto, scande tale facoltà richiedendo la presenza di una giusta causa. Inoltre, il legislatore, consapevole della difficoltà e del pregiudizio che può arrecare al sovente la restituzione *ex abrupto* delle somme utilizzate, stabilisce al secondo comma dell'art. 1845 c.c., che il recesso certamente sospende immediatamente l'utilizzazione del credito, ma la banca deve concedere un termine di almeno quindici giorni per la restituzione delle somme utilizzate e degli interessi. Nell'apertura di credito a tempo indeterminato le modalità di recesso sono affidate alla autonomia delle parti o agli usi, prevedendo pur sempre un termine di preavviso di quindici giorni.

È altrettanto noto che nella applicazione pratica, in virtù della riserva di diversa disposizione dell'autonomia privata, di cui alle parole *salvo patto*

contrario, con le quali esordisce il citato art. 1845 c.c., la banca nelle condizioni di contratto consente modalità di recesso dall'apertura di credito *in qualsiasi momento, anche con comunicazione verbale, ancorché concessa a tempo determinato* e con l'obbligo del correntista di restituire immediatamente le somme con un preavviso di un giorno. Si tratta di una delle più severe (forse in assoluto la più severa), modalità di adempimento dell'obbligo, ove la pericolosità per il soggetto finanziato consiste nell'obbligo di restituzione immediata di somme che nel suo ciclo economico sta ancora utilizzando e che non sono liquide nel suo patrimonio.

La creazione in via patrizia, da parte delle banche, di siffatte regole, rese possibili dalla flessibilità delle ampie maglie della disciplina codicistica, oltre, naturalmente dalla supremazia negoziale delle banche stesse, tradisce una intenzione che in realtà ha poco a che fare con l'esigenza e la finalità di realizzare un pronto, anzi istantaneo, adempimento da parte debitore, al fine di realizzare l'estinzione della obbligazione pecuniaria. La creazione di una siffatta regola risponde, piuttosto, all'esigenza di consentire al creditore nel modo più agile e standardizzato, la creazione di un titolo esecutivo che consenta di eseguire atti esecutivi sul patrimonio del debitore.

L'esigenza di rapidità sottesa alla imposizione della immediatezza del pagamento, è, inoltre, unicamente dettata dalla finalità perseguita da qualsiasi creditore bancario di acquisire una priorità nell'esecuzione rispetto agli altri creditori, priorità che, nel caso di iscrizione di ipoteche giudiziali, può addirittura comportare l'acquisizione di una priorità di grado, appunto, ipotecario, dal quale può o meno dipendere la soddisfazione integrale del creditore tempestivo e la totale insoddisfazione degli altri creditori risultati intempestivi, cui spetterà un grado successivo, priorità questa che si mantiene anche in caso di concorso fallimentare (fatta salva la diversa possibilità di una revoca dell'ipoteca da parte del curatore del fallimento).

In conclusione, l'estrema esasperazione delle regole sull'adempimento dell'obbligazione di restituzione nella apertura di credito, regola poi applicata a qualsiasi rapporto di credito bancario regolato in conto corrente, nulla ha a che fare con una esigenza di arginare o limitare il ritardo nell'adempimento. Infatti, l'automatica produzione degli interessi moratori, l'applicazione della commissione di massimo scoperto, il ricorso alla capitalizzazione degli interessi, risultano per la banca ampiamente sufficienti per evitare il pregiudizio del ritardo; anzi, come è noto, la produzione degli interessi di mora e la loro capitalizzazione sono (se così si può dire), le operazioni in assoluto più remunerative per la banca. Tali regole, apparentemente di squisito diritto civile, costituiscono un efficace strumento per il conseguimento di obiettivi processuali, tesi a realizzare la supremazia della

banca nel concorso dei creditori, al diretto fine di escludere gli altri creditori dalla soddisfazione nell'esecuzione.

È evidente come la creazione di regole così esasperate possano essere gravide del pericolo di abusività del comportamento e di contrarietà alla buona fede nell'esercizio del diritto da parte della banca. Del resto è sulla base di questa disciplina che, particolarmente in un recente passato, gli uffici legali delle diverse banche si cimentavano, sfidandosi a volte tra di loro in una sorta di sortitessa gara tesa a vedere vincitore chi riusciva nel corso di un sol giorno ad ottenere, dopo la comunicazione di recesso dall'apertura di credito e la comunicazione di chiusura del conto, il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo e l'iscrizione ipotecaria con priorità rispetto alle altre banche concorrenti.

Un recesso troppo brusco e immotivato, che apre «la competizione» delle banche alla iscrizione ipotecaria si potrebbe dire che è denso di elementi di rischio per la stessa banca. L'esercizio intempestivo o inappropriato può generare nel soggetto finanziato pregiudizi di enormi dimensioni. Di qui la necessità di calibrare tali decisioni non certo su elementi formali e meccanici ma su valutazioni, che tengono conto della complessiva situazione dell'impresa. Il recesso intempestivo della banca può, infatti, costituire brutale rottura del credito, causando direttamente l'illiquidità dell'impresa, comportando la aggressione del patrimonio da parte di altri creditori, la risoluzione dei contratti in corso sotto vari profili e, comunque, la sospensione dell'esecuzione ex art. 1461 c.c. con pregiudizio irreparabile per il soggetto finanziato.

Conseguenze immediate o comunque causalmente collegate possono essere la crisi o il dissesto dell'impresa. Nel caso in cui ricorrano i presupposti per dimostrare un adeguato rapporto di causalità e il carattere abusivo (perché ingiustificato o esasperato ed eccessivo) del comportamento della banca, può derivare la responsabilità della medesima per i danni conseguenti. A sua volta, le dimensioni del danno possono sicuramente superare le dimensioni del credito vantato dalla banca, abbracciare gli stessi valori patrimoniali di avviamento dell'impresa, come pure estendersi, quale responsabilità extracontrattuale, al pregiudizio dei terzi contraenti o investitori, i quali sicuramente hanno perso i capitali investiti nei più diversi rapporti contrattuali con l'impresa, come pure hanno visto compromesse definitivamente operazioni economiche che, altrimenti, avrebbero portato a termine o, comunque, non sarebbero state travolte in modo così pregiudizievole: la risarcibilità di tale danno dipende strettamente dal tenore della prova che il finanziato danneggiato o i terzi danneggiati potranno fornire. In parte si tratterà di allegare elementi concreti, quali l'esistenza o meno

di rapporti contrattuali in corso, dall'altro di fare ricorso a prove presuntive sulla base delle quali dimostrare, anche secondo la tecnica di recente fornita dalla Corte di Cassazione⁽⁷⁾ il mantenimento del finanziamento avrebbe consentito il buon fine della operazione in corso secondo un ragionevole giudizio di normale prevedibilità.

7. *La responsabilità per abusiva concessione del credito.* - Più articolato e complesso è l'altro ormai ben noto profilo di responsabilità della banca nel dissesto della impresa con riguardo alla responsabilità per abusiva concessione del credito. Il nucleo centrale di tale responsabilità viene indicato nella omissione della già accennata regola di comportamento che è propria ed esigibile, come un tempo diceva, dal *bonus argentarius*, il quale deve astenersi dal concedere sistematicamente credito ad un imprenditore privo di qualsiasi meritevolezza e giustificazione per la corretta concessione del credito. La Cassazione⁽⁸⁾ ha individuato tale responsabilità nella deviazio-

⁽⁷⁾ L'intera giurisprudenza contemporanea è caratterizzata dalla sempre più diffusa applicazione di strumenti di prova costruiti attraverso argomentazioni di carattere presuntivo (o come li ha definiti da ultimo Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 300, pubblicata in tutte le riviste di giurisprudenza e che indico in *Corr. giur.*, 1999, p. 1369), da accertare secondo il *calcolo delle probabilità di tali criteri*. A questo proposito, nella citata sentenza sulla risarcibilità del danno per lesione degli interessi legittimi vi è, un ampio richiamo alla giurisprudenza di legittimità. Per una ulteriore recentissima applicazione sull'ormai storico tema della risarcibilità del maggior danno da inflazione nella mora delle obbligazioni pecuniarie, tema che è stato particolarmente fecondo nella costruzione delle prove presuntive, v. Cass., 16 maggio 2000, n. 6527, in *Danno e Responsabilità*, 2000, p. 1112 ss.; cfr. pure INZITARI, *Profilo del diritto delle obbligazioni*, cit., pp. 141 e 73 ss. Da ultimo la Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. giur.*, nel valutare il recesso della banca dalla apertura di credito ha stabilito il seguente principio in applicazione della buona fede nell'esecuzione del contratto: «Alla stregua del principio secondo cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 c.c.), il giudice deve accertare che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito a tempo determinato, in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, non sia esercitato con modalità del tutto impreviste ed arbitrarie, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate».

⁽⁸⁾ Il primo e più significativo lavoro è stato l'importante saggio di A. Nigro, *La responsabilità della banca per concessione «abusiva» di credito*, in Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, 1, Milano, 1978, p. 301 ss.; Id., *Revocatoria delle rimesse in conto corrente e posizione della banca nei rapporti di concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 1980, I, 290 ss.; v., successivamente, INZITARI, *Concessione del credito: irregolarità del fido, false informazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1993, II, p. 412, nel quale ampie indicazioni bibliografiche anche

ne sia dai principi che sovrintendono la regolare erogazione del credito nel sistema bancario italiano, e cioè «violazione nei doveri gravanti sul soggetto banca a causa del proprio status, sia nella violazione dei principi di correttezza, che disciplinano l'adempimento dell'obbligazione (artt. 1175, 1374, 1375 c.c.), sia dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 cost., i quali, appunto, comportano «che diritti e obblighi se pure specificamente regolati dalle norme che li prevedano, non possono mai prescindere dall'osservanza del principio di buona fede operante all'interno delle posizioni soggettive, non potendo l'autore di un comportamento trarre da esse utilità con altrui danno».

Dalla dottrina e dalla giurisprudenza vengono messi in luce altri elementi in relazione al comportamento che deve tenere la banca: l'imprenditore bancario, ancorché eserciti un'attività privata è soggetto ai poteri previsti dalla legge bancaria, tale attività privata presenta degli aspetti pubblicistici, che implicano una regolamentazione funzionale dell'attività tesa non solo a garantire la solvibilità e la liquidità degli istituti di credito, ma anche la corretta erogazione del credito nel rispetto delle ragioni del risparmiatore e delle altre imprese bancarie, con conseguente privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche⁽⁹⁾. Vengono, pertanto, individuate concordanze nella disciplina del ricorso abusivo al credito come pure nella disciplina bancaria relativa alla tenuta dei libri specificamente previsti per l'attività bancaria, quale il libro fidi sempre aggiornato, di cui all'art. 37 della abrogata legge bancaria (1936-38), come pure della disciplina, sempre prevista dalla legge bancaria, in ordine alla concessione del credito e al cumulo dei fidi di cui all'art. 32, lett. b). Allo stesso modo viene ripreso il riferimento anche all'art. 218 l. fall., che considera reato e punisce il ricorso abusivo al credito, sanzionando il comportamento dell'imprenditore che ricorre o continua a ricorrere al credito dissimulando il proprio dissesto.

I contorni di tale responsabilità possono essere così individuati. Si tratta di una responsabilità conseguente ad un condizionamento determinante

in relazione alla elaborazione della dottrina francese (adde: BRUNET, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit*, in questa *Rivista*, 1998, I, p. 778 ss. Più di recente, DI SABATO, *Rapporti intragruppo e rapporti creditizi di gruppo*, in AA.VV., *Gruppi di società*, II, Milano, 1996, p. 1165, che si segnala anche per l'analisi della responsabilità della banca conseguente all'erogazione di credito nell'ambito dei gruppi di società. In giurisprudenza: Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Rivista della banca e del mercato finanziario*, 1993, I, p. 399; v. anche Cass., 9 gennaio 1997, n. 72, in questa *Rivista*, 1997, II, p. 653.

⁽⁹⁾ Cfr. Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, cit.

subito; in questo caso, dal terzo danneggiato, nella decisione delle sue determinazioni negoziali: il terzo ha continuato un rapporto contrattuale o ha instaurato un rapporto di conto corrente con un soggetto insolvente, dal quale, al contrario, sarebbe receduto, se fosse stato correttamente informato, dell'insolvenza dell'imprenditore. La fatispecie della abusiva concessione del credito finisce per acquistare, dunque, anche rispetto alla originaria enunciazione, una maggior articolazione ed un più completo spessor nella individuazione della tipologia della fatispecie che la pratica (o la riflessione sulla pratica), in questi anni, ci ha consentito di elaborare. All'ipotesi enunciata in termini molto generali dalla dottrina francese — secondo la quale «non vi è dubbio che il credito in generale, e particolarmente il credito destinato al finanziamento di attività economica, presenti dei pericoli se è accordato senza discernimento e senza precauzioni sufficienti [...] un banchiere imprudente può con i suoi crediti sostenere un'impresa non efficiente, favorire investimenti eccessivi manifestamente non redditizi e causare, in questo modo, un danno reale per i creditori del sovrvenuto ingannati dalla prosperità artificiale»⁽⁸⁾, così enunciata circa venticinque anni fa, la successiva riflessione, sviluppata nella stessa pratica, ha finito per fornire maggiori approfondimenti e soprattutto maggiore concretezza di articolazione delle fatispecie in cui questo comportamento può riuscire rilevante.

Una prima ipotesi che ritengo debba essere presa in considerazione, anche per la sua ricorrente frequenza e gravità, è quella che si verifica allorché la banca, pur consapevole dell'insolvenza o della potenziale insolvenza del soggetto finanziato concede o continua nella concessione del credito, nella consapevolezza di non correre alcun rischio per l'insolvenza del sovrvenuto, in quanto uno o più garanzie personali o immobiliari fornite da terzi o comunque acquisite sul patrimonio del debitore nelle forme più diverse, consentono, in ogni caso, alla banca di poter altrimenti soddisfare in modo adeguato le proprie pretese creditorie, anche nell'ipotesi di conclamata irreversibile insolvenza del sovrvenuto. Questo fenomeno è stato messo in luce più volte dalla dottrina, tanto con riferimento alle garanzie poste in essere da terzi, quanto talora delle garanzie poste in essere dallo stesso debitore.

Frequentemente l'impresa sovrvenuta 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 concre-

tamente 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 nella garanzie personali o reali fornite da terzi per lo più dai soci della società sottocapitalizzata sovrvenuta, in quanto la società sovrvenuta non è comunque in grado di fornire garanzie reali.

Le ragioni di credito dei terzi verso la società, come ebbero modo di osservare in altra occasione, vengono, in questo modo, a conoscere nella pratica una nuova diversificazione di grado e di efficienza, non iscritte nella solenne talvolta delle cause a legittime di prelazione di cui all'art. 2741 c.c. In caso di insolvenza e di conseguente dichiarazione di fallimento della società, i creditori non garantiti da garanzie personali o reali di terzi garantiti, potranno far valere le loro pretese solo sul patrimonio sociale, subendo, di conseguenza, il danno della «strutturale» incapienza della società, mentre gli altri creditori personalmente garantiti, quali appunto le banche, potranno trovare soddisfazione sul patrimonio, appunto, personale dei soci e/o amministratori che garantiscono la stessa società. Il *Durchgriff*, «consistente nello squarciare il velo» nella persona giuridica, è realizzato attraverso l'accorto utilizzo di strumenti di diritto comune, vale a dire mediante le garanzie concesse dai soci ai finanziatori della società, che sole consentono l'attività, se non addirittura la astratta giustificazione economica dell'esistenza della società.

Si tratta di tecniche che, nell'ampia sperimentazione degli ultimi anni, hanno subito un graduale affinamento attraverso l'utilizzazione di altri concomitanti strumenti. Ad esempio, in caso di insolvenza della società verso la banca finanziatrice — insolvenza che, è bene ricordarlo, il più delle volte si manifesta nella accentuata o grave sofferenza a debito del conto corrente bancario sul quale, nella sostanza, transitano tutte le operazioni della società —, è tutt'altro che infrequente il ricorso alla concessione di un mutuo ipotecario a favore del socio garante affinché questi, con la somma ottenuta, paghi debiti della società. In tal modo la banca riesce a trasformare un debito della società non assistito da garanzie reali, in un debito del socio che a sua volta è garantito da ipoteche sui beni personali. Questo può, ad esempio, avvenire attraverso la concessione da parte di un ulteriore istituto bancario, estraneo all'attività di finanziamento della banca finanziatrice la società, di un mutuo ipotecario o alla stessa società insolvente oppure ad una società, di un mutuo ipotecario o alla stessa società insolvente oppure ad una società del gruppo, il più delle volte la capogruppo, la quale tra l'altro, risulta spesso suscettibile di essere anch'essa dichiarata fallita.

⁽⁸⁾ Cfr. INZITARI, *op. ult. cit.*, p. 414.

Questa operazione può subire, nell'insolvenza dei gruppi di società, ulteriori aspetti ed evoluzioni: l'indebitamento di una o più società del gruppo viene coperto attraverso la concessione da parte di un istituto bancario di un mutuo ipotecario alla controllante. Nel caso in cui anche questa risultasse coinvolta nel probabile fallimento della controllata, vale a dire anche la controllante fosse dichiarata successivamente fallita, la banca potrebbe aver conseguito il non indifferente vantaggio dell'avvenuto ripianamento, attraverso semplici trasferimenti (con i più diversi titoli), della somma mutuata sul conto corrente scoperto della società insolvente e nello stesso tempo, aver acquisito una garanzia reale suscettibile di resistere più agevolmente all'azione revocatoria del curatore della controllata. Tale garanzia, se fosse stata concessa dalla società debitrice, sarebbe revocabile nel successivo fallimento ex art. 67, comma 1°, n. 3 o n. 4, l. fall., sulla base della più agevole condizione per il curatore dell'onere a carico della banca di dimostrare la non conoscenza dello stato di insolvenza, mentre, attuata l'operazione in questo modo, la revocatoria, oltre ad essere limitata all'anno anteriore al fallimento, dovrà essere accompagnata dalla prova, fornita in questo caso dal curatore, della conoscenza dello stato di insolvenza.

La astratta ammissibilità di tali operazioni di «ingegneria giuridica», al fine del recupero dei crediti «in sofferenza», dovrà, dunque, svolgersi ed essere realizzata nel rispetto di un più generale dovere enucleato dalla dottrina ricordata, e applicato anche dalla Cassazione, secondo il quale l'attività di concessione ed erogazione del credito da parte della banca, anche quando assistita da garanzie personali e/o reali fornite da terzi, deve comunque informarsi e attuarsi secondo quei caratteri di prudenza e valutazione patrimoniale del sovrvenuto, proprio dello status professionale dell'azienda bancaria nell'esercizio dell'erogazione del credito, in modo tale da evitare che, a causa dell'eventuale copertura (in qualsiasi forma essa sia realizzata), del rischio da insolvenza da parte di terzi garanti, la banca faccia sì o concorra nell'occultare (mediante appunto la continuazione nell'attività di erogazione del credito all'impresa insolvente), alla generalità dei terzi, la conoscenza della insolvenza del sovrvenuto o, comunque, della gravità della sua situazione patrimoniale.

Gli elementi che, dunque, emergono quali qualificanti la fattispecie della concessione abusiva del credito sono le *irregolarità dell'affidamento o del finanziamento concesso, rispetto alle condizioni patrimoniali del sovrvenuto*, in quanto, appunto, ad un corretto esame della situazione patrimoniale di questo, la banca avrebbe dovuto astenersi dal concedere credito. E questo indipendentemente dalle garanzie anche solidissime prestate da terzi. Infatti, la generalità dei terzi contraenti e creditori in essere o potenziali

del sovrvenuto — ignorando che la ragione che determina la banca a sostenere l'impresa affidata non risiede nella capacità produttive reddituali o patrimoniali dell'impresa, bensì in un fatto estraneo costruito ad esclusivo vantaggio della banca —, è ragionevolmente indotta in un prevedibile e grave errore sulle condizioni patrimoniale del sovrvenuto, con il quale intraprende o continua nello svolgimento dei rapporti obbligatori. Al contrario, se fosse stato correttamente informato dal ragionevole comportamento della banca che ha proceduto alla revoca dell'affidamento o alla limitazione, oppure (se necessaria) chiusura, del conto e quindi della sopravvenuta impossibilità dell'imprenditore di operare attraverso la banca, si sarebbe certamente astenuto dall'intraprendere nuove operazioni o sarebbe receduto dai rapporti in corso, evitando il prodursi di danni da insolvenza o da aggravamento dell'insolvenza di cui potrà essere chiamata a rispondere la banca.

L'altro aspetto che è stato messo in luce dalla dottrina è quello caratterizzato dal fatto che la concessione del fido è, in tutti questi casi, il risultato di una tecnica definita *tout à fait non orthodoxe*, in quanto si tratta di fido che non è stato regolarmente autorizzato o più genericamente si tratta di fido irregolare e, cioè, carente dei necessari presupposti per la corretta concessione del credito. Ricorrono ipotesi quanto mai articolate e, mi sia consentito, pressoché illimitate nella gamma di ipotesi in cui la temerarietà del ricorso al credito è caratterizzato. Esse si manifestano in finanziamenti non corretti, frutto di attività fraudolente, quali ad es. lo sconto di «effetti di comodo» di titoli fittizi emessi da soggetti inesistenti o economicamente privi di capacità patrimoniale o di negoziazione di titoli incrociati. Da tali fattispecie si deduce la diretta violazione di norma di comportamento legalmente sanzionate (come quella in materia di assegni o di ricorso abusivo al credito) e, comunque, più in generale si deduce che, se il debitore è dovuto o ha voluto ricorrere a tali espedienti, non aveva altra possibilità di procurarsi denaro in maniera corretta.

È nell'ambito del così detto fido irregolare o finanziamento non ortodosso che, in ogni caso, debbono essere ricondotte anche quelle ipotesi, di finanziamenti o affidamenti concessi dalla banca con il concorso fraudolento e/o infedele di funzionari o di organi direttivi delle banche. Si tratta del resto di un tema tra l'altro sempre attuale in relazione alle commissioni che troppo spesso si verificano tra l'erogazione del credito e i condizionamenti di varia natura, anche politica, sino a presentarsi, in taluni casi, addirittura quale espressione di inquietanti connessioni con la stessa criminalità organizzata, tutti episodi che del resto la cronaca giuridica non ha mancato di mettere talora in particolare evidenza.

Il credito concesso all'imprenditore insolvente o, comunque all'imprenditore, le cui condizioni patrimoniali e produttive siano tali da non garantire alcun presupposto per la restituzione del credito — (particolarmente allorché si presenta con reiterazione di comportamenti) anche se causata o agevolata dalla condotta di dipendenti di funzionari o di organi direttivi della banca che hanno agito negligenemente o addirittura, consapevolmente contro gli interessi della banca e sino ad arrivare a far prevalere gli interessi propri e comunque di parte, su quelli della banca —, comporta l'irregolarità del funzionamento concesso, del quale la banca stessa risulta responsabile per gli effetti che esso può avere causato sui terzi, che hanno incolpevolmente fatto affidamento sul comportamento irregolare della stessa banca.

È bene, a questo proposito, chiarire che la banca, comunque, deve ritenersi chiamata a rispondere dei fatti di dipendenti e tanto più dei suoi organi decisionali, allorché il comportamento di questi nel commettere l'illecito sia in rapporto almeno di occasionalità necessaria e, cioè, l'evento dannoso sia stato reso possibile dell'adempimento dell'incarico da parte del dipendente, ancorché questi abbia disatteso o derogato le istruzioni in via generale e in via particolare impartitegli.

8. *Le profonde radici di diritto comune della responsabilità per abusiva concessione del credito: il deterioramento delle condizioni patrimoniali del debitore quale principio cardine di tutela dell'equilibrio causale nel diritto comune delle obbligazioni; la liberazione del garante in seguito all'ingiustificato finanziamento del debitore insolvente.* — La fattispecie della responsabilità della banca per abusiva concessione del credito trova, inoltre, profonde e rilevanti radici in principi cardine del nostro diritto delle obbligazioni.

Il riferimento non è soltanto alle clausole generali più volte citate ma anche a fattispecie di portata generale ed articolata, in relazione all'obbligo di garanzia, quale il principio di cui all'art. 1956 c.c. in tema di garanzia fideiussoria. Già il codice civile del 1942 prevede la liberazione del garante nel caso in cui il creditore abbia fatto credito al terzo, pur conoscendo che le condizioni patrimoniali del debitore erano divenute tali da rendere notevolmente più difficile il soddisfacimento del creditore. Secondo tale principio, il garante può rispondere delle obbligazioni del debitore principale solo allorché la concessione del credito sia stata effettuata sulla base di un criterio di meritevolezza del sovvenuto.

Tale meritevolezza — secondo il linguaggio, moderno e attuale, del-

l'art. 1956, comma 1°, c.c. —, risiede nelle idoneità delle condizioni patrimoniali del debitore a consentire la restituzione della somma. In altre parole, anche in presenza di una obbligazione di garanzia che dovrebbe assicurare, comunque, la soddisfazione del creditore, la concessione di credito ad un soggetto per il quale vi è consapevolezza della potenziale incapacità patrimoniale, contrasta a tal punto con la correttezza di comportamento, da comportare la estinzione della garanzia fideiussoria. La *ratio* è anche qui nell'abusività del comportamento. Infatti anche in relazione ai doveri di solidarietà sociale previsti dalla Costituzione, non è concepibile che attraverso una decisione assolutamente unilaterale il creditore, consapevole della incapacità patrimoniale del debitore, venga ad accrescere l'onere che incombe sulla responsabilità patrimoniale del garante. La concessione di credito al debitore immeritevole (perché patrimonialmente incapace a restituire il credito), equivale ad una unilaterale decisione di rendere il garante debitore per la somma concessa a credito, travolgendo in questo modo ogni corretto meccanismo di formazione delle obbligazioni, tanto sul piano della determinazione della volontà negoziale, quanto della valutazione di prevedibilità del peso della responsabilità, che incombe sul garante, violando in questo modo un principio che è immanente nella disciplina della responsabilità contrattuale (art. 1225 c.c.).

Nella concessione abusiva di credito all'imprenditore immeritevole, si riscontra la stessa situazione di consapevolezza da parte della banca ma in una dimensione più ampia e, per certi versi, ancora più grave, in relazione alla somma di denaro concesso quale finanziamento all'imprenditore immeritevole, secondo quanto abbiamo visto, la banca ha il più delle volte efficaci strumenti per effettuare il recupero, ma allo stesso modo la banca è altrettanto consapevole che, in seguito all'abusiva concessione di credito, l'insolvenza dell'imprenditore resterà celata ad altri contraenti, i quali — al pari del garante che subisce l'abusiva concessione del credito al debitore incapiente —, sono destinati a sopportare il danno dell'insolvenza dell'imprenditore.

La *ratio* che accompagna le due fattispecie è la medesima. Nel caso della liberazione del garante inconsapevolmente onerato dall'aumento dell'esposizione del debitore incapiente, il principio — che qui assume un significato e una portata microeconomica —, investe un'ipotesi contrattuale ben definita e circoscritta. Nel caso del pregiudizio subito dai contraenti e creditori che hanno continuato i loro rapporti con l'imprenditore insolvente, ingiustificatamente finanziato dalla banca, il principio si muove in una dimensione di massa e macroeconomica, investendo la sfera di determinazione negoziale del pubblico dei contraenti. Questi ultimi hanno subito il peso determinante del comportamento abusivo della banca la quale,

creando un falso affidamento, ha deviato in modo determinante le normali e ragionevoli scelte dei terzi che, piuttosto che sfuggire all'insolvenza sono stati indirettamente, ma in modo determinante, spinti ad andargli rovinosamente incontro.

Deve, inoltre, essere rilevato che quanto messo in luce con riguardo alla fideiussione, costituisce un principio di portata assolutamente generale e talmente connaturato al sistema, da assumere un carattere fisionomico dell'intero diritto delle obbligazioni. La liberazione del fideiussore non può certo verificarsi, allorché, una volta obbligatosi a garantire una obbligazione già attuale e non futura, si verifica un aggravamento delle condizioni patrimoniali del debitore principale. Corrisponde in pieno alla causa e alla funzione della fideiussione, infatti, che il garante risponda del debito che ha garantito. Rientra, anzi realizza, la stessa causa della garanzia, che il fideiussore venga a rispondere di tale debito proprio quando il debitore principale, per i più diversi motivi, è divenuto insolvente: in altre parole, rispondere del debito garantito quando il debitore non è in grado di adempiere: costituisce l'attuazione della causa di garanzia. L'assunzione della obbligazione fideiussoria comporta, infatti, la sostituzione della responsabilità patrimoniale del fideiussore a quella di un debitore. E questo proprio perché il debitore principale avrebbe potuto non adempiere o per sua decisione o perché divenuto insolvente. In conclusione, il verificarsi nel corso del rapporto fideiussorio (che è sorto a garanzia di una obbligazione che a sua volta è già sorta o comunque, si è instaurata in concomitanza con l'obbligazione fideiussoria), del deterioramento delle condizioni patrimoniali del debitore, non incide certo sulla funzionalità della garanzia, la quale anzi si realizza nel mettere a disposizione del creditore, il patrimonio del fideiussore nei limiti dell'obbligazione garantita. Questo si verifica perché la prestazione del fideiussore è stata volontariamente e tipicamente assunta al fine di offrire al creditore garantito un patrimonio alternativo a quello del debitore, che per i motivi più diversi non adempie al debito. In conclusione, la responsabilità del fideiussore, in questi casi, dipende la volontà di obbligarsi del fideiussore stesso, che ha assunto un debito, il cui pagamento era condizionato dal verificarsi o meno dell'insolvenza del debitore.

Diverso è il caso in cui il creditore eroga al debitore nuovo credito, conoscendo che le condizioni patrimoniali del debitore sono peggiorate o sono caratterizzate da insolvenza. Sono queste le ipotesi in cui il fideiussore ha garantito il debitore principale, illimitatamente e cioè senza fissare il limite massimo garantito (e ciò era possibile sino alla novella di cui all'art. 10 l. 17 febbraio 1992, n. 154, che ha modificato l'art. 1938 c.c.), oppure anche fissando un limite quantitativo della garanzia: ad esempio una obbli-

gazione che ancora deve sorgere, l'utilizzo di finanziamenti ancora da erogare oppure l'utilizzo di aperture di credito o già concesse ma ancora non utilizzate oppure ancora da concedere. In questo caso il fideiussore non si trova nella precedente situazione in cui risponde per un debito del quale aveva valutato le condizioni patrimoniali e, quindi, aveva anche considerato la possibilità che queste avrebbero potuto peggiorare, ma si trova a rispondere per un debito che si è formato quando le condizioni patrimoniali escludevano che il debitore potesse adempierlo. In altre parole, mentre è giustificato che il fideiussore risponda del debito già formato nel momento dell'obbligazione fideiussoria, come pure è giusto che risponda del debito formatosi sino a che il debitore era solvente, risulta inconciliabile con l'autodeterminazione del fideiussore che questo risponda di debito formatosi quando il debitore era già solvente. In quest'ultimo caso, il fideiussore non si autodetermina a garantire e non è responsabile per un debito da lui preso in considerazione, ma subisce l'iniziativa del creditore che, nella sostanza, nello stesso momento in cui fa credito, attribuisce in forma pressoché potestativa, la responsabilità esclusiva al fideiussore.

La regola che si può dedurre è, dunque, quella secondo cui il garante risponde o dei debiti già assunti dal debitore nel momento del sorgere della garanzia (in questo caso il fideiussore garantisce un debito già esistente sulla base di una sua piena e consapevole autodeterminazione), oppure il garante risponde del debito che si è formato in costanza di fideiussione solo se il debito si è formato in condizioni di normalità e, cioè, in costanza di condizioni patrimoniali del debitore che, da una analisi presuntiva che compie il creditore garantito che eroga il credito, si possano valutare come sufficienti a consentire l'adempimento del debito da parte del debitore principale stesso. Si tratta di una regola che si coordina strettamente a quella più generale secondo cui il fideiussore può recedere dall'obbligazione fideiussoria in qualsiasi momento restando obbligato per il debito sorto sino a quel momento. Il fideiussore è dunque obbligato sino a quando e anche sino a quanto ritiene di rispondere del debito formato dal debitore. Ma non basta, il creditore può verificare la capienza del debitore facendo valere il rilievo del fideiussore, proprio nel caso in cui il debitore principale sia divenuto insolvente (art. 1953, n. 2, c.c.). Attraverso il rilievo, il fideiussore tende ad ottenere la liberazione dell'obbligazione di garanzia, proprio per la sopravvenuta insolvenza del debitore principale, oppure, comunque, l'ottenimento di garanzie tali da poter esercitare con profitto il regresso.

Emerge, dunque, che, nella obbligazione di garanzia, la messa a disposizione del creditore della propria responsabilità patrimoniale da parte del fideiussore è possibile solo ed in quanto in ogni momento il creditore pos-

sa autodeterminarsi in ordine alla continuazione della sua responsabilità e, soprattutto, al volume concreto ed incidenza di essa. È per questo che al creditore è preclusa la possibilità di allargare il debito del quale verrebbe a rispondere il fideiussore, quando il debitore principale è insolvente. Tale principio, previsto oltre che nella fideiussione (art. 1956, comma 1°, c.c.), nel mandato di credito dall'art. 1959 c.c., è coerente con la più generale regola dell'art. 1461 c.c., secondo la quale ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione e non sia data garanzia. Nell'art. 1461 vengono prese in considerazione le condizioni patrimoniali della controparte, negli artt. 1956 e 1959 le condizioni patrimoniali del terzo. E questo conferma il principio. Infatti è proprio e solo sul patrimonio del terzo che il fideiussore può soddisfare le proprie ragioni creditorie.

Emerge, pertanto, una regola generale, cui è del resto ispirato l'intero diritto delle obbligazioni e dei contratti: quella secondo la quale il mutamento delle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti comporta la insigibilità temporanea e definitiva della prestazione dovuta. Tale principio esprime una regola basilare, una regola che si deve ritenere ordinante l'intero diritto privato. In particolare, essa è espressione della più ampia disciplina relativa alla giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali.

La generale disciplina della causa detta le regole affinché venga osservata e rispettata la giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali, stabilendo principi che consentano di verificare in primo luogo l'esistenza e poi il corretto funzionamento della causa stessa. La disciplina dell'art. 1461 stabilisce, nella disciplina generale del contratto, una regola che costituisce la proiezione funzionale del più generale principio della giustificazione causale delle attribuzioni patrimoniali. L'obbligo dell'esecuzione della prestazione non è coercibile e, quindi, non è esigibile, allorché le condizioni patrimoniali dell'altro contraente sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione. Non soltanto l'ordinamento protegge il contraente che non ha ottenuto la controprestazione, attraverso la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno (art. 1453), ma, all'art. 1460 c.c., riconosce l'autotutela della eccezione di inadempimento e all'art. 1461 dà rilievo al mutamento delle condizioni patrimoniali delle parti, al fine di rendere inesigibile l'obbligazione dovuta. Il mutamento delle condizioni patrimoniali è, dunque, un evento che viene considerato dal legislatore prodromico alla mancata realizzazione della causa del contratto. Vale a dire, costituisce un evento tale da far ragione-

volmente ritenere che la controprestazione non potrà essere attuata dal soggetto le cui condizioni patrimoniali si sono negativamente modificate.

Il contraente trova, quindi, in questi principi protezione contro la possibilità che la attribuzione patrimoniale, che si realizza con l'adempimento della obbligazione, non venga assistita da adeguata controprestazione, proprio per l'aggravamento delle condizioni patrimoniali della controparte. Il principio viene ribadito, come abbiamo accennato, nell'altro contratto di garanzia (all'art. 1959 c.c.): nel mandato di credito. Anche in questo caso il conferimento dell'incarico a fare credito, comporta, nel soggetto conferente l'incarico, un'obbligazione di garanzia, regolata dalla disciplina della fideiussione. Ed anche in questo caso la prestazione di colui che ha accettato l'incarico di fare credito consiste in una attribuzione patrimoniale. Essa può essere giustificata solo ed in quanto il conferente l'incarico o il terzo, al cui vantaggio deve essere rivolto il credito, mantengano condizioni patrimoniali tali da consentire il soddisfacimento del credito a colui che ha accettato l'incarico di fare credito. Il mutamento delle condizioni patrimoniali del terzo o del mandante comportano il reale pericolo che il mandatario del credito esegua la sua prestazione di fare credito, ma trovi ormai preclusa ogni possibilità di soddisfare il proprio credito. Di qui deriva il principio della inesigibilità della prestazione di fare credito, che pur il mandatario di credito aveva originariamente assunto. La regola è stabilita dal legislatore con un linguaggio estremamente incisivo: *colui che ha accettato l'incarico non può essere costretto ad eseguirlo*: è difficile trovare parole più chiare per definire l'inesigibilità della prestazione.

Il principio dell'autodeterminazione della libera attività negoziale è certamente il motore attraverso il quale avviare in ogni libero mercato l'asunzione degli obblighi contrattuali: i contraenti perseguono una finalità economica e corrono il rischio giuridico della sua realizzazione o mancata realizzazione e il rischio economico del percepimento o meno della sua utilità. La considerazione dello stato delle condizioni economico-patrimoniali del contraente o più in generale del *partner* contrattuale, nella fase in cui sorge l'obbligo, costituisce parte integrante del principio di autodeterminazione che governa l'autonomia dei privati. Il mantenimento della vincolatività degli obblighi assunti, la loro esigibilità richiede che il contraente obbligato mantenga per tutta la durata del rapporto obbligatorio, se non la psicologica consapevolezza, certamente la concretezza in senso tecnico, dello stato delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente dalla cui persistenza della capacità di eseguire la controprestazione, dipende la stessa efficacia del rapporto obbligatorio e la esigibilità della prestazione.

È facile ipotizzare che in un utopico mercato contrassegnato dalla con-

correnza perfetta e dalla assoluta trasparenza e leggibilità di tutte le situazioni economico-patrimoniali, il contraente potrebbe immediatamente «aggiornare» il proprio comportamento alle condizioni economico patrimoniali delle sue controparti, evitando di stabilire rapporti contrattuali o stabilendoli a condizioni diverse, magari accompagnandola da garanzie e, soprattutto, procedendo a sospendere rapporti in corso, o addirittura di interpretarli. Una tale trasparenza ed un tale livello di concorrenzialità non sono certamente possibili nella attuale società, che anzi premia e sanziona tra gli operatori economici coloro che sono in grado di comprendere con maggiore penetrazione, intuito o scaltrezza proprio questi profili che, in fondo, altro non sono che l'aspetto più importante dei fenomeni economici, in quanto è proprio l'aspetto che consente di realizzare rilevanti vantaggi, come pure redistribuire ricchezza. Può, quindi, essere rilevato un effettivo pregiudizio in quei casi in cui il comportamento di un soggetto quale la banca, il cui raggio d'azione è così vasto e penetrante, si rileva determinante per alterare il normale e libero gioco del manifestarsi dello stato di insolvenza o delle difficoltà economico patrimoniali di un operatore economico.

La banca con il suo comportamento, consistente nella concessione di credito ad un soggetto insolvente ed immeritevole, viene nella sostanza ad alterare il mercato, influenzando volontariamente o involontariamente nelle scelte degli altri operatori economici, che nel mercato realizzano e difendono i propri interessi. Le alterazioni provocate dalla banca comportano una sostanziale mutazione del livello di affidabilità del contraente. La conseguenza è che gli altri contraenti, se avessero potuto percepire il manifestarsi dell'insolvenza o del deperimento economico del contraente, avrebbero fatto valere tutti quei rimedi con i quali la legge viene a difesa dei soggetti obbligati.

Nella sostanza, per effetto dell'azione della banca, è la reputazione economica del contraente che risulta alterata. La banca, con il suo comportamento, frapponendo uno schermo o una lente distorsiva che impedisce di leggere adeguatamente la realtà. Di qui la influenza sulla libera determinazione negoziale dei terzi che, privati della possibilità di leggere efficacemente la realtà oppure addirittura indotti a valutare affidabile un patrimonio che non lo è più, a loro volta si obbligano, fanno credito, in sostanza attribuiscono all'imprenditore che appare per opera della banca solvente, prestazioni patrimoniali che non avrebbero attribuito se fosse stata percepibile la sua insolvenza. Il risultato è che la banca, volontariamente o comunque con quella consapevolezza della portata tecnica che ha sul pubblico il suo comportamento di erogazione e/o mantenimento della fiducia di

credito, inevitabilmente interagisce ed influenza le dinamiche e i meccanismi in realtà semplici e lineari che, nelle decisioni del pubblico, sovrintendono l'instaurazione, il mantenimento, la sospensione o l'interruzione dei vincoli contrattuali.

Certamente non si può sostenere che il pubblico dei contraenti abbia un diritto soggettivo a conoscere le modificazioni patrimoniali dell'imprenditore con cui ha contrattato o sta contraendo, né tantomeno sarebbe ipotizzabile un obbligo positivo della banca di informare il pubblico degli esiti delle rilevazioni che può aver effettuato presso la clientela, in quanto, non soltanto tale attività non è in alcun modo richiesta ma potrebbe risultare lesiva di diritti alla riservatezza e alla reputazione economica dell'imprenditore. La responsabilità della banca discende, piuttosto, dal verificarsi di una fattispecie assolutamente lineare nei contenuti: il non seguire, nell'esercizio o nello svolgimento del credito, i criteri che la legge o le disposizioni dell'autorità di vigilanza o, comunque, le regole tecniche d'esperienza proprie del diligente banchiere gli imporrebbero di seguire. Per effetto della violazione di tali regole di comportamento, un soggetto insolvente o immeritevole di avere credito viene finanziato e, per effetto di tale finanziamento, quest'ultimo riesce ad occultare le sue reali precarie condizioni patrimoniali alla generalità dei contraenti. Da questo deriva un falso affidamento sulle condizioni economiche dell'imprenditore, affidamento che questi è riuscito a mantenere vivo, solo ed in quanto la banca gli ha fornito mezzi (economici e di reputazione economica), per poter spendere all'esterno una affidabilità patrimoniale che in realtà, l'imprenditore non aveva o ha perso *in itinere*.

Il comportamento della banca deve essere, quindi, ricollegato all'ampio filone della lesione del credito ad opera di terzi. Infatti, tale comportamento, che ha neutralizzato e bloccato l'operatività di quel diritto, già ampiamente descritto, di ciascun contraente di sospendere o sciogliere il vincolo obbligatorio e contrattuale in caso di deterioramento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente, diviene pregiudizievole perché comporta il danno della mancata soddisfazione dei crediti sorti sulla base della giustificata aspettativa di una adeguata soddisfazione. Il pregiudizio che la banca arreca è quello di privare gli altri contraenti della possibilità di mettere in moto tutti i rimedi — che abbiamo visto essere fisionomici del sistema dell'autonomia patrimoniale —, offerti dall'ordinamento per reagire all'insolvenza del proprio *partner* contrattuale o addirittura per evitarla. Ma vi è di più. La particolare posizione della banca, e, soprattutto la particolare estensione e penetrazione dell'iniziativa della concessione di credito da parte della banca sulle generalità dei contraenti, fa sì di poter

direttamente imputare alla banca il pregiudizio del ritardo nella dichiarazione di fallimento.

Per questa via si giunge ad individuare le fattispecie risarcitorie in forma più piana e lineare. I presupposti risiedono nei principi della non vincolatività dell'obbligazione in presenza di un mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore, nei principi di comportamento che il diritto bancario e la prassi bancaria impongono alla banca, nella generale fattispecie della risarcibilità della lesione del credito ad opera di terzi, quale oggettiva induzione a contrarre o continuare in vincoli contrattuali che sarebbero divenuti pregiudizievoli per l'insolvenza prima occultata e poi manifestata dal debitore.

Pur tenendo conto di tali principi, che verranno comunque sempre richiamati quali *rationes decidendi*, la responsabilità della banca risiederà tutta nel pregiudizio da ritardo nella dichiarazione di fallimento o nella emersione dell'insolvenza, dove il ritardo dovrà essere inteso quale fattore che ha causato la perdita della garanzia patrimoniale ed il nesso di causalità dovrà essere individuato nell'avere fatto credito immeritatamente al debitore insolvente.

I presupposti di tale responsabilità si collocano, in ogni caso, pienamente nell'alveo di quella ormai consolidata analisi della dottrina e della giurisprudenza che identificano nella non regolarità del comportamento sul piano della buona fede oppure (anche o alternativamente) della normalità professionale, quale elemento da cui trarre la attribuzione della responsabilità e la risarcibilità del danno. A tale riguardo appaiono significativi i recenti relevantissimi sviluppi sulla risarcibilità del danno per lesione degli interessi legittimi⁽⁹⁾ e della elaborazione della dottrina che tra i diversi principi ha identificato quello della mancata osservanza del criterio di correttezza⁽¹⁰⁾. La categoria della buona fede o correttezza assolve, pertanto, ad una funzione « valutativa » dei profili di « relazionalità », sottesi al comportamento del danneggiante in rapporto con le aspettative di comportamento nei vari settori di mercato e professionali⁽¹¹⁾.

Anche il panorama di diritto comparato conferma una particolare attenzione alla valutazione dei comportamenti non conformi alle aspettative

(9) Cass., sez. un., n. 500/1999, cit.

(10) A tale riguardo è stato anche sottolineato come la recente legislazione sul trattamento dei dati personali, l. n. 675/1996, richiami la correttezza all'art. 9, lett. a), nel suo raccordo con il successivo art. 29, comma 9°, in ordine alla risarcibilità dei danni patrimoniali derivanti dal trattamento scorretto dei dati.

(11) V. il rilevante contributo di BUSNELL, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi*, in Riv. dir. civ., 2000, I, 335 ss.

sociali. A tale riguardo il recente nuovo codice civile olandese in relazione alla ingiustizia del danno *Onrechtmatigheid*, oltre alla violazione del dovere legale, stabilisce quale fonte di responsabilità, la trasgressione di una regola non scritta che stabilisce la corretta condotta sociale⁽¹²⁾.

9. Le operazioni non adeguate alla situazione patrimoniale della clientela, quale categoria generale suscettibile di ricomprendere l'abusiva concessione del credito. Il danno alla società e ai creditori sociali, la legittimazione dei creditori e del curatore. - Legittimati all'azione nei confronti della banca sono i creditori danneggiati nei limiti e secondo i presupposti della responsabilità extracontrattuale. L'onere della prova investirà, particolarmente, sotto il profilo della « perdita subita » ex art. 1223 c.c., la perdita patrimoniale appunto subita per effetto dell'insolvenza, da valutare, in questo caso, nella misura della mancata soddisfazione del credito. Sotto il profilo del nesso di causalità, la prova dovrà investire quello che sarebbe stato il comportamento del terzo contraente, che ha subito il pregiudizio dell'insolvenza, se tale insolvenza fosse a lui stata tempestivamente conoscibile. Come pure potrà investire la circostanza che un diverso comportamento della banca sarebbe stato idoneo a far emergere l'insolvenza. Per quest'ultimo profilo del nesso di causalità, si tratta di prova che deve essere fornita attraverso strumenti argomentativi, che si basano su criteri di ricostruzione presuntiva di quelle che ragionevolmente sarebbero potute essere le conseguenze di un diverso comportamento della banca come pure del terzo danneggiato. Si tratta, del resto, di criteri ormai consolidati e che nella realtà pratica consentono di impostare ipotesi ricostruttive degli elementi formativi della fattispecie senz'altro affidabili, in quanto basati sulla osservazione di dinamiche di comportamento prevedibili sul piano professionale.

Nel caso di fallimento dell'impresa alla quale la banca ha concesso abusivamente credito, il danno si manifesta anche direttamente nel patrimonio della stessa impresa fallita, quale danno alla integrità patrimoniale della impresa. Tale danno consiste nel fatto che l'attivo fallimentare dell'impresa risulterà gravato da quei crediti che sono stati insinuati al passivo stesso e sono sorti quale conseguenza della continuazione di attività del de-

(12) Cfr. sul punto BUSNELL, *op. cit.*, p. 342, il quale alla nota 29, riporta il seguente testo dell'art. 2:162, comma 2°, della traduzione in inglese del codice olandese « *except where there is a ground of justification, the following acts are deemed to be unlawful: the violation of a right, an act or omission violating a statutory duty or a rule of unwritten law pertaining to proper social conduct.* ».

bitore insolvente, per effetto del finanziamento ottenuto dalla banca. Con un criterio analogo a quello stabilito dall'art. 2449, comma 1° c.c., a carico degli amministratori che rispondono delle nuove operazioni compiute dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, alla banca può essere attribuito il danno dei crediti sorti e rimasti insoddisfatti nel periodo in cui, se non si fosse verificata la abusiva concessione di credito, per l'impresa sarebbe stato impossibile compiere alcun atto negoziale. Si tratta, nello stesso tempo, di un danno che può risultare coincidente con quello subito dai creditori fallimentari e che è relativo alla misura della loro insoddisfazione per ritardato arresto nell'attività dell'impresa.

Siffatta tipologia di danno, che nel nostro caso incide direttamente e contemporaneamente sul patrimonio della impresa poi fallita e sui creditori fallimentari, è omogeneo a quella fattispecie di pregiudizio cui la disciplina di vigilanza, trasparenza e controllo dedica rilevante attenzione nell'ambito delle attività di prestazione dei servizi di investimento. All'intermediario autorizzato, è, infatti, fatto esplicito divieto di compiere operazioni non adeguate alla situazione finanziaria e patrimoniale dell'investitore. L'art. 29 del regolamento CONSOB 1° luglio 1998, n. 11522, da leggere in strettissimo collegamento con l'art. 28 del medesimo regolamento, stabilisce l'obbligo per l'intermediario di astenersi dall'effettuare per conto dell'investitore operazioni inadeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione.

Tale obbligo di comportamento, i cui presupposti e contorni sono articolatamente definiti nel citato art. 28, che costituisce il decalogo degli obblighi di informazione, ha fatto tramontare, nel nostro ordinamento, l'antica concezione secondo cui nell'accordo contrattuale spettava a ciascuno dei contraenti verificare la convenienza dell'affare rispetto alle proprie esigenze e necessità. L'inserimento della *valutazione di adeguatezza*, comporta una profonda modificazione di prospettiva in quanto definisce la correttezza e la praticabilità dell'affare sulla base di una valutazione di compatibilità con le caratteristiche soggettive patrimoniali dell'investitore. Il passaggio è di grande rilevanza: l'operazione negoziale non deve trovare giustificazione solo nella compiutezza della volontà negoziale, ma deve altresì trovare giustificazione nella compatibilità patrimoniale con il complessivo profilo — dell'investitore. La violazione di tale regola dell'adeguatezza comporta conseguenze sul piano sanzionatorio, ed è gravido di conseguenze risarcitorie sul piano privatistico. La regola ha, nell'ambito della disciplina dei mercati finanziari, una dimensione protesa ad assicurare la correttezza e la trasparenza della contrattazione degli intermediari con il pubblico dei risparmiatori (ritengo ormai anacronisticamente, con metodo di formale ossequio al dogma della volontà), può essere rimossa solo sulla ba-

se di una unilaterale dichiarazione di accettazione del rischio da parte dell'investitore, art. 29, comma 3°, del regolamento citato.

La responsabilità della banca che finanzia l'imprenditore immeritevole e cagiona con questo danni alla società e ai terzi, esprime sul piano ben più ampio della contrattazione con soggetti, che per la loro qualità di imprenditori hanno contatto con una serie indefinita e generale di soggetti, la stessa esigenza di adeguatezza in questo caso dell'operazione di credito, rispetto alle condizioni patrimoniali del finanziato. L'inserimento di tali principi nella legislazione del mercato finanziario rende l'intera tematica della responsabilità della banca per concessione abusiva del credito gravida di sviluppi ulteriori particolarmente sul piano della ricostruzione della fattispecie. È possibile prevedere che l'attuale ricorso alla categoria della correttezza e buona fede, mediata già ora dal criterio della sana e prudente gestione, venga ad essere costruito nell'ambito di una più ampia e duratura categoria della adeguatezza del finanziamento, categoria suscettibile di contenere la valutazione di meritevolezza, sulla base delle dimensioni, della tipologia, della portata, rispetto al finanziato e ai terzi, del finanziamento stesso.

La legittimazione a far valere tale danno spetta al curatore, in quanto si tratta di un'azione volta sia a ripristinare, almeno in parte, l'integrità del patrimonio sociale o comunque del fallito, sia a consentire una tutela ai creditori danneggiati dal ritardato fallimento. La legittimazione del curatore sembra confermata, oltre che dalla natura e finalità dell'azione, una volta verificatosi il fallimento, anche da quelle ragioni di economia processuale che hanno imposto all'art. 2394 c.c., l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità al curatore, in quanto l'esercizio da parte di ciascun creditore porterebbe ad un insostenibilmente laborioso moltiplicarsi di azioni, senza alcun coordinamento o unità tra di loro. Nello stesso tempo mancando, come è logico, data la novità della fattispecie, una norma di chiusura che escluda la proposizione dell'azione da parte dei singoli creditori sociali, non può che prevedersi anche la legittimazione «solitaria» dei creditori. Una tale soluzione è del resto giustificata dalla possibile diversa portata del pregiudizio patrimoniale, subito rispettivamente dalla società e dai creditori sociali.

La mancata osservanza da parte della banca dei criteri di meritevolezza nella concessione del credito all'impresa finanziata può comportare un pregiudizio patrimoniale consistente nella dispersione o perdita parziale o totale del patrimonio conseguente all'eccessivo e ingiustificato indebitamento ed esposizione verso la banca, che ha concesso abusivamente immeritatamente credito. Ad esempio, si può ipotizzare il caso di un patrimonio azien-

dale, il cui valore risultava significativo per il livello qualitativamente pregevole della ottima composizione dei vari cespiti patrimoniali (immobili, mobili, immateriali, rapporti contrattuali in corso particolarmente rilevanti sul piano produttivo), il quale avrebbe potuto essere convenientemente alienato unitariamente nel corso di una liquidazione volontaria o anche fallimentare dell'impresa, se questa fosse stata attuata tempestivamente, comportando vantaggi ed adeguati valori di liquidazione per la società.

Lo stesso patrimonio aziendale, al contrario, può aver subito lo smembramento e la dispersione di importanti componenti, nel protrarsi di una situazione di insolvenza artificiosamente frenata nel suo manifestarsi, dal credito immeritevolmente ed abusivamente concesso dalla banca, alla quale, in questo caso potrebbe essere addossata la responsabilità degli atti di disposizione del patrimonio aziendale, posti in essere dopo il manifestarsi dell'insolvenza e resi possibili dal fatto che, per effetto del credito ingiustificatamente concesso dalla banca, la società, piuttosto che essere liquidata, ha continuato artificiosamente a restare su quel mercato da cui avrebbe dovuto ritirarsi evitando ulteriori pregiudizi. È plausibile ipotizzare che in questi casi potranno essere chiamati dal curatore, a rispondere anche se per titoli diversi, oltre alla banca, anche gli amministratori della società, soprattutto per la ingiustificata continuazione della attività, per la rovinosa o pregiudizievole alienazione o, comunque, disposizione di cespiti aziendali per il compimento di varie operazioni.

Per i creditori sociali il pregiudizio consiste nel verificarsi della insufficienza della garanzia patrimoniale e, cioè, nella incapacienza patrimoniale della società che compromette la soddisfazione dei loro crediti. Danneggiati possono essere i creditori anteriori alla artificiosa continuazione dell'impresa per effetto della abusiva concessione del credito, vale a dire quei creditori che avrebbero trovato totale o parziale soddisfazione in caso di tempestiva liquidazione volontaria o concorsuale. Danneggiati possono essere, altresì, i creditori successivi che mai avrebbero contrattato con l'impresa, la cui insolvenza si era verificata ma non poteva manifestarsi all'esterno, in quanto l'impresa stessa avrebbe già dovuto essere liquidata o dichiarata fallita.

Spetterà alla banca eccepire nel caso di contemporaneo esercizio dell'azione da parte del curatore o del creditore sociale, la duplicazione della domanda, con conseguente possibile limitazione quantitativa della accogliibilità o della domanda proposta dal curatore o del rigetto della domanda proposta dal creditore, valutazione che in concreto potrà essere compiuta solo sulla base della valutazione di maggiore conclusività delle prove offerte dal curatore o dal creditore.