

CONCESSIONE ABUSIVA DI CREDITO: LE RIFLESSIONI DI UN AZIENDALISTA

FRANCO BAIGUERA

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Il quesito fondamentale; 3. La normativa, la prassi ed alcuni cenni giurisprudenziali; 3.1 L'attività della banca e la concessione del credito alle imprese; 3.2 Le banche al bivio tra revoca degli affidamenti e concessione abusiva di credito; 3.3 La normativa di riferimento e le circolari di Banca d'Italia; 3.3.1 La circolare della Banca d'Italia n. 139/1991 (aggiornata nel 2004 e in fine al 2017); 3.3.2 La circolare n. 263/06; 3.3.3 La vigilanza. In particolare, i finanziamenti garantiti da immobili: procedure e documentazione; 3.3.4 Basilea 1 e Basilea 2; 4. La valutazione e la concessione del credito nella prassi; 4.1 L'analisi del Cliente; 4.2 L'analisi dell'operazione; 4.3 L'analisi delle garanzie; 4.4 Il mutuo fondiario tra dottrina e giurisprudenza; 4.5 La concessione abusiva di credito tra dottrina e giurisprudenza; 4.5.1 La sentenza 13 gennaio 1993, n. 343 della Corte di Cassazione; 4.6 Crisi di liquidità e insolvenza: alcuni spunti dottrinali; 4.7 La richiesta di affidamento, il suo mantenimento ed il recesso; 5. L'applicazione degli accordi di Basilea; 5.1 Il ruolo delle garanzie; 5.2 Oltre la PD: alcune considerazioni su LGD, EAD e M; 6. La probabile evoluzione.

1. Premessa

Correva l'anno 1893 e, il giorno 19 gennaio, scoppiava - come ben noto - il primo scandalo dell'Italia unita: falliva la Banca Romana, istituto che concedeva credito senza la minima valutazione del beneficiario, dell'operazione e senza garanzie: in altri termini, crediti inesigibili, concessi a politici, speculatori e a loro amici. Lo scandalo fu così grave da far cadere due governi¹ e mettere in crisi il terzo. Si trattava di un mondo collocabile a circa 130 anni fa, ma in termini di *cultura bancaria* può essere definita come un'epoca giurassica: esistevano sei istituti autorizzati a

¹ Antonio di Starabba di Rudini e Giovanni Giolitti, al quale successe Francesco Crispi.

battere moneta (oggi non ne abbiamo nemmeno uno, essendo la politica monetaria delegata di fatto in esclusiva alla BCE), non esisteva una cultura del rischio del credito e, forse, nemmeno una concezione della funzione sociale della banca.

Il fallimento della Banca Romana e la crisi del 1929 portarono, come si sa, alla prima legge bancaria del 1936 e successivamente al Testo unico Bancario (TUB²). Ma la sensibilità nei confronti dell'attività bancaria si è evoluta enormemente anche in campo giurisprudenziale ove, tralasciando i singoli aspetti tecnici, emerge una consapevolezza della funzione non meramente privatistica e contrattuale.

Tra le molte sentenze di merito e di legittimità, si cita testualmente quella della Suprema Corte di Cassazione, terza sezione civile, n. 1387/2023 del 18 gennaio 2023³, che fa sintesi illuminante sul tema: <... *l'ordinamento ha predisposto una serie di principi, controlli e regole, nell'intento di gestire i rischi specifici del settore, attese le possibili conseguenze negative dell'inadempimento **non solo nella sfera della banca contraente** ma ben oltre di questa; potendo, peraltro, queste coinvolgere in primis il soggetto finanziato nonché, in **una visuale macroeconomica, un numero indefinito di soggetti che siano entrati in affari col finanziato stesso** ...⁴>*

2. Il quesito fondamentale

Il nodo essenziale della concessione abusiva del credito consiste, in via preliminare, nel rispondere al seguente quesito: *la concessione del finanziamento, nelle diverse modalità tecniche con le quali esso viene in concreto erogato, può essere qualificata come abusiva concessione di credito? O, in ogni caso, può essere qualificata come operazione di finanziamento posta in essere in violazione della normativa di settore o della diligenza tipica dell'imprenditore bancario?*

La risposta al quesito necessita di una riflessione sul rapporto tra attività bancaria e impresa, focalizzata in particolare sulla delicata attività di concessione ed erogazione del credito e sull'equilibrio che le banche devono mantenere tra sana e prudente gestione e responsabilità sociale.

Nel presente contributo si offriranno sinteticamente, e senza pretesa alcuna di completezza, il quadro regolamentare, gli orientamenti della

² Emanato, in attuazione della direttiva 1989/646/CE, con il d. lgs. 385/1993, in vigore dal 1° gennaio 1994, ha sostituito la legge bancaria del 1936 e disciplina l'attività delle banche e della vigilanza su di esse.

³ Cass., 18 giugno 2023, n. 1387, in *Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 20 gennaio 2023.

⁴ Enfasi dello scrivente.

Banca d'Italia, dell'A.B.I. e la prassi operativa adottata dalle banche nella valutazione e nella concessione del credito.

3. La normativa, la prassi ed alcuni cenni giurisprudenziali

3.1 L'attività della banca e la concessione del credito alle imprese

Le banche⁵ devono dedicare attenzione alla responsabilità sociale d'impresa come leva di innovazione e di sviluppo per competere al meglio sul mercato nel medio e lungo periodo.

Intraprendere un percorso di Csr⁶ è, per la banca, un'opportunità finalizzata:

- a migliorare il governo proattivo dei rischi integrando variabili sociali, ambientali e di *governance* nel business;
- ad ascoltare le esigenze dei propri interlocutori e innovare lo sviluppo di prodotti, servizi e modelli commerciali;
- a rendere esplicite le implicazioni che il ruolo di intermediazione di denaro ha sulla società e aumentare al massimo la creazione di un valore condiviso.

Tale responsabilità sociale deve operare quotidianamente nel rapporto banca-impresa e non in circostanze eccezionali e non ricorrenti, quali interventi di ristrutturazione del debito, interventi di moratoria, interventi su pressioni del Governo o altre istituzioni.

La responsabilità della banca, lungi da interpretarsi come bene pubblico, deve concretizzarsi nella capacità della stessa di:

- valutare adeguatamente la necessità di credito dell'impresa, attuale e prospettica, nella sua entità e nella sua natura;
- definire un'offerta di credito idonea al suo soddisfacimento;
- individuare le condizioni di finanziamento coerenti con le dimensioni e le caratteristiche dell'impresa;

⁵ <https://www.abi.it/Pagine/Societa/Csr/Banche-e-Csr.aspx>

⁶ La Responsabilità sociale d'impresa (Corporate social responsibility - Csr) è una modalità di gestione strategica dell'impresa che si realizza attraverso una logica multistakeholder di attenzione sia agli azionisti che agli altri interlocutori dell'impresa: clienti, dipendenti, investitori, comunità locale, ambiente, fornitori (definiti stakeholder, ovvero ciascuno dei soggetti direttamente o indirettamente coinvolti in un progetto o nell'attività di un'azienda).

La Csr promuove una concezione dell'impresa orientata al profitto e all'economicità della gestione e, allo stesso tempo, consapevole degli effetti che la propria attività può generare sui diversi interlocutori e di come questi ultimi possano a loro volta influenzare la performance globale dell'impresa, il suo successo e la sua sostenibilità nel tempo.

➤ nell'ipotesi di inadeguatezza dell'impresa, del suo *management*, del suo *business plan*, della capacità di creare ricchezza tramite una formula imprenditoriale⁷ valida e flussi finanziari idonei, rifiutare la concessione di credito.

Per le banche, inoltre, la frammentazione dei rapporti di credito rappresenta una modalità di suddivisione del rischio tra più enti creditizi (banche, ma non solo: anche leasing, factoring). La situazione non è diversa per i finanziamenti a lungo termine sebbene il venir meno della specializzazione operativa bancaria, tipica del precedente ordinamento normativo, possano spingere le banche ad acquisire clienti “non ben conosciuti” e ad assumersi di conseguenza maggiori rischi e responsabilità.

3.2 Le banche al bivio tra revoca degli affidamenti e concessione abusiva di credito

In ipotesi di “crisi” dell'impresa⁸ la banca si trova potenzialmente di fronte a un bivio che conduce in due direzioni ugualmente rischiose sotto il profilo della responsabilità: la revoca del finanziamento, da una parte; la concessione abusiva del credito, dall'altra. Parte bancaria sostiene a viva voce che mai possa ricadere sull'istituto erogante la responsabilità della crisi dell'impresa (fatta eccezione per casi limite), in quanto non appare possibile che la scelta implichi sempre una responsabilità.

La dottrina e la giurisprudenza hanno indagato più a fondo il tema, giungendo a conclusioni mai univoche, ma che lasciano aperti molti scenari comunque da interpretarsi caso per caso. Laddove si configurasse una responsabilità della banca, questa sarebbe di natura extracontrattuale, e discenderebbe dalla fiducia che i terzi ripongono nella professionalità specializzata e dalle fonti informative di cui la banca dispone: nell'erogare il credito, la banca deve atteggiarsi in modo assolutamente prudente, tenendo anche conto del fatto che le sue scelte avranno conseguenze sulle decisioni di terzi⁹.

⁷ CODA, *La valutazione della formula imprenditoriale* in Sviluppo e Organizzazione, 1984, 82.

⁸ Intesa qui in senso del tutto generale, senza entrare nel merito delle distinzioni tra crisi, inadempimento e insolvenza o similari.

⁹ Si evidenzia che, nei casi concreti e nella fase di gestazione del rapporto, non è sempre possibile parlare di “revoca” ma piuttosto - a volte - di “diniego del finanziamento” (che non causerebbe responsabilità alcuna, rispetto alla “revoca”).

3.3 La normativa di riferimento e le circolari di Banca d'Italia

Il quadro normativo che concerne l'operatività bancaria con riguardo alla concessione del credito è essenzialmente riferibile alle circolari della Banca d'Italia e alle Istruzioni di Vigilanza. Questo perimetro di riferimento definisce le **regole generali** di condotta all'interno delle quali si riconosce alle singole banche assoluta **autonomia valutativa** circa i criteri specifici da adottare nella fase di istruttoria di fido.

I riferimenti della Banca d'Italia sul tema possono essere sostanzialmente ricondotti ai seguenti documenti/circolari, dove possono essere reperite precise indicazioni circa:

- ❖ la definizione di rischio di credito;
- ❖ le modalità di controllo prudenziale;
- ❖ la tassonomia del passaggio a sofferenza e della crisi irreversibile.

3.3.1 La circolare di Banca d'Italia n. 139/1991 (aggiornata nel 2004 e in fine al 2017)

Il documento si occupa essenzialmente della Centrale dei Rischi, disponendo che *<gli intermediari partecipanti sono tenuti a comunicare alla Centrale dei Rischi, [...], i cambiamenti di stato nella situazione debitoria della clientela nel momento in cui questi si verificano>* (capitolo III Sezione 4, punto 1.). Gli intermediari sono tenuti a segnalare il passaggio a sofferenza, nonché il suo rientro (capitolo II, 5, 2); le inadempienze probabili, quali il concordato preventivo (II, 20); procedimenti di crisi da sovraindebitamento (dal 2012, data di entrata in vigore della L. 3/2012 e ss. mm. - II, 21).

Nella categoria di censimento delle sofferenze (sez. II, 1.5) *<va ricondotta l'intera esposizione per cassa nei confronti di soggetti in stato di insolvenza, anche non accertato giudizialmente, o in situazioni sostanzialmente equiparabili, indipendentemente dalle eventuali previsioni di perdita formulate dall'intermediario. Si prescinde, pertanto, dalla eventuale presenza di garanzie (reali o personali) poste a presidio dei crediti. [...]*

L'appostazione a sofferenza implica una valutazione da parte dell'intermediario della complessiva situazione finanziaria del cliente e non può originare automaticamente al verificarsi di singoli specifici eventi quali [...] uno o più ritardi nel pagamento del debito o la contestazione del credito da parte del debitore>.

3.3.2 La circolare n. 263/06

In questo documento viene previsto che le banche effettuino in autonomia¹⁰ l'accurata identificazione dei rischi ai quali sono esposte, tenuto conto della propria operatività e ai mercati di riferimento.

Con riguardo al **rischio di credito** la circolare chiarisce che l'analisi ha lo scopo di valutare la "capacità allocativa" della banca, ovvero sia l'attitudine della banca medesima a selezionare la clientela meritevole di affidamento e le iniziative economicamente valide, sia l'efficacia del processo di erogazione e gestione dei crediti. Per mezzo di questa analisi viene determinata la *Probability of Default (PD)* che misura la probabilità di insolvenza del cliente, tramite l'ausilio di informazioni qualitative e quantitative, anche considerate le eventuali garanzie idonee a circoscrivere il rischio di perdita effettiva.

Viene altresì precisato che l'analisi del rischio tenga conto e utilizzi le informazioni che possono essere attinte dalla C.R. (Centrale dei Rischi).

La circolare n. 263 del 27 dicembre 2006 che accoglie le <Nuove disposizioni di vigilanza prudenziale per le banche> ha sostanzialmente recepito gli accordi noti come "Basilea II". La corposa circolare (783 pagine) è difficilmente riassumibile.

Elemento essenziale è la nozione di *default* nella quale rientrano le sofferenze, gli incagli, i crediti ristrutturati e i crediti scaduti o sconfinanti.

Per ciò che attiene a quanto analizzato in questa sede, si riporta il passaggio che si occupa del concetto di *rischio di credito*, proponendo le seguenti componenti:

- la **probabilità di default** (*Probability of Default*), ossia la probabilità che una controparte passi allo stato di *default* entro un orizzonte temporale di un anno;
- il **tasso di perdita** in caso di *default* (*Loss Given Default, LGD*) ossia il valore atteso (eventualmente condizionato a scenari avversi) del rapporto, espresso in termini percentuali, tra la perdita a causa del *default* e l'esposizione al momento del *default* (*Exposure At Default, EAD*);
- l'**esposizione** al momento del *default* (*EAD*), ossia il valore delle attività a rischio, per cassa e fuori bilancio.
- la **scadenza** (*Maturity, M*) ossia la media, per una data esposizione, delle durate residue contrattuali dei pagamenti, ciascuna ponderata per il relativo importo.

¹⁰ In realtà, la valutazione del cliente e dell'operazione avvengono oggi con metodologie del tutto simili.

3.3.3 La vigilanza. In particolare, i finanziamenti garantiti da immobili: procedure e documentazione

La legge bancaria del 1936 non disponeva nulla in merito all'assetto organizzativo delle banche e lo scenario delle "responsabilità" era, per le banche, molto più sfumato. Il TUB del 1993 ha innovato sensibilmente la legge precedente (art. 53) disponendo che Banca d'Italia disciplinasse l'organizzazione amministrativa e contabile, i controlli interni ed il contenimento del rischio in tutte le sue configurazioni, conformemente alle deliberazioni del C.I.C.R.

Dalle disposizioni esaminate, emerge che le banche devono:

- dotarsi di un'unità di *auditing*;
- definire la metodologia per la selezione ed il monitoraggio connesso all'erogazione del credito;
- (di conseguenza) selezionare la clientela;
- frazionare gli impegni;
- finanziare le iniziative meritevoli.

Per quanto concerne il collegio sindacale, le istruzioni di vigilanza impongono che il collegio non si attenga a controlli meramente formali, ma svolga un'attività improntata alla verifica concreta e sostanziale, soprattutto per quanto riguarda l'erogazione del credito.

Prima dell'entrata in vigore di Basilea II¹¹ le Istruzioni di vigilanza prevedevano che *"in relazione alla particolare importanza che lo scrutinio del merito del credito¹² riveste ai fini di una corretta gestione aziendale"*, fosse dedicata particolare cura allo svolgimento dell'istruttoria per la concessione degli affidamenti e alla revisione successiva delle informazioni acquisite.

Inoltre, *<considerata [...] la necessità che tutti gli affidamenti [...] vengano concessi su espressa richiesta, si dispone che tale circostanza risulti da formale documentazione, debitamente sottoscritta dagli interessati>* che indichi:

- l'importo richiesto;
- la durata;
- le garanzie offerte.

La banca dovrà acquisire la documentazione necessaria alla valutazione, che quanto meno dovrà essere costituita dall'ultimo bilancio approvato e da ogni ulteriore elemento atto *"a rendere il livello di approfondimento*

¹¹ BONELLI, *Crisi di imprese: casi materiali* (a cura di), Milano, 2011, 205

¹² Sul tema vedi il contributo di E. ANDREANI, *Verifica del merito creditizio ed abusiva concessione di credito*, in *Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 2 gennaio 2023

dell'istruttoria dei fidi adeguato all'entità e al grado di rischio dei finanziamenti da concedere".

Per quanto attiene ai finanziamenti garantiti da immobili, è prevista una procedura molto severa (2.2) tra cui una politica che definisca gli standard di valutazione, le metodologie in essi contenuti, i requisiti di indipendenza e professionalità e di indipendenza dei **periti**, l'eventuale possibilità di ricorrere a periti esterni e i criteri di loro selezione. I periti che **devono possedere una comprovata esperienza nella valutazione degli immobili** di almeno tre anni precedenti all'attribuzione dell'incarico o, nell'ipotesi in cui i periti siano soggetti costituiti in forma societaria o associativa, anche l'adeguatezza della struttura organizzativa. Il punto 2.2.2 sottolinea che *le banche che incaricano soggetti terzi per la valutazione degli immobili mantengono la capacità di controllo e la responsabilità dell'attività di valutazione degli immobili.*

In ogni caso una verifica del valore degli immobili è effettuata ogni qual volta si verificano variazioni delle condizioni di mercato che possano comportare una diminuzione significativa del valore degli immobili. Gli accordi con periti esterni **devono** essere stipulati per iscritto.

Il punto 2.2.3 stabilisce che *l'immobile deve essere stimato a un valore non superiore a quello di mercato. La valutazione dell'immobile è documentata attraverso un'apposita relazione corredata da tutti i documenti utilizzati per effettuarla.*

3.3.4 Basilea 1 e Basilea 2

Il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria è un'organizzazione internazionale istituita dai governatori delle Banche centrali dei dieci paesi più industrializzati (G10) alla fine del 1974, la quale opera sotto il patrocinio della Banca dei Regolamenti Internazionali. Le sue proposte sono accettate come normativa vincolante in oltre 100 paesi¹³. Scopo principale del comitato è promuovere standard e prassi operative per ottenere una sempre maggiore solidità patrimoniale degli istituti di credito: in tal senso diviene priorità dell'ente regolatore concentrarsi sul rischio. Questo approccio introduce alle principali innovazioni del settore creditizio di questi ultimi vent'anni: sviluppo di una nuova cultura sui rischi, standardizzazione delle tecniche ed individuazione delle *best practices*, appostamenti nei bilanci bancari in funzione dell'esposizione corretta per il rischio.

La presentazione di un primo accordo-quadro del Comitato di Basilea avviene nel 1988, con la proposta di un sistema di misurazione

¹³ DITTMIEIER FUSI *La governance dei rischi*, Milano, 2015, 54.

dell'adeguatezza patrimoniale, noto come l'Accordo di Basilea (*Basel Capital Accord*). Il presupposto cardine dell'accordo verteva sulla considerazione che ogni attività posta in essere da un'impresa finanziaria comporta sempre l'assunzione di un certo grado di rischio (oggi convenzionalmente distinto tra rischio di mercato e rischio di credito¹⁴): in relazione allo stesso deve far fronte un determinato grado di adeguatezza patrimoniale della banca.

L'accordo sul capitale viene comunemente denominato "Basilea 1" e prevede l'imposizione di coefficienti patrimoniali ponderati per promuovere condizioni di solvibilità delle banche e limitare l'assunzione di rischio da parte delle stesse. Viene in seguito proposto lo schema di "coefficiente patrimoniale" proposto da Basilea 1

$$\frac{PV}{\sum A_i P_i} \geq 8\%$$

dove

PV= patrimonio di vigilanza

A_i= attività i-esima

P_i= ponderazione per il rischio dell'attività i-esima

Nel patrimonio di vigilanza viene inserito il Patrimonio Base (Tier 1 capital, che comprende a titolo d'esempio il capitale azionario e le riserve c.d. palesi) ed il Patrimonio supplementare (Tier 2 capital, che comprende le riserve di rivalutazione e le riserve c.d. occulte ovvero connesse a plusvalenze non ancora realizzate e a strumenti ibridi di capitale). Fondamentale è il ruolo svolto dai "Fattori di ponderazione (P_i)", in ordine ai quali sono distinte quattro categorie:

- Rischio nullo (ponderazione 0)
- Rischio basso (ponderazione 20%)
- Rischio medio (ponderazione 50%)
- Rischio pieno (ponderazione 100%)

¹⁴ Il rischio di mercato può essere definito come il rischio di perdita sulle posizioni del portafoglio di negoziazione per effetto di movimenti avversi dei prezzi di mercato.

Il rischio di credito può essere definito come il rischio di perdite per effetto dell'incapacità della controparte di far fronte alle obbligazioni assunte nei confronti della banca, sia con riferimento al pagamento degli interessi che della quota capitale

Pond. 0%	Pond. 20%	Pond. 50%	Pond. 100%
cassa	Crediti vs banche multilaterali	Mutui assistiti da garanzie reali	Crediti vs imprese private
Crediti vs BC Ocse	Crediti vs banche OCSE		Partecipazioni in imprese private
Debito Sovr. OCSE	Crediti vs enti pubblici		Crediti vs banche e governi non OCSE

Il rischio di credito si basa sul calcolo del cosiddetto “coefficiente di solvibilità”. L’attivo ponderato complessivo per il rischio di credito è dato dalla somma dei singoli elementi dell’attivo ponderato. Per meglio comprendere il meccanismo viene proposto un esempio: un finanziamento ad un’impresa privata, privo di garanzie, per un valore nominale pari a 1.000 euro. Basilea 1 impone di determinare il c.d. “attivo ponderato” che risulta dal prodotto del valore dell’attività (ovvero il finanziamento, che per la banca è un impiego, quindi un’attività) per un coefficiente stabilito che, nel caso in esame è del 100% (vedasi tabella sopra esposta). L’attivo ponderato è uguale a 1.000 euro ($1.000 * 100\%$). Viene quindi presa a riferimento una percentuale fissa: Basilea 1 stabilisce che il rischio deve ammontare all’8% del valore ponderato. Nell’esempio considerato, quindi, ad 80 euro. Questo è il valore del patrimonio la cui disponibilità deve essere certa. Tecnicamente, l’attività in questione richiede l’allocazione di patrimonio per 80 euro. Come dire che un portafoglio impieghi per cassa non garantiti a imprese private, avente un valore nominale di 1.000 euro, comporta un valore a rischio pari a 80 euro. La norma impone che tale importo sia “coperto” da patrimonio. Il vincolo che incombe sul patrimonio (risorsa scarsa e costosa) si traduce in un limite all’espansione dell’attivo rischioso.

* * * * *

Nel 1996¹⁵ l’accordo di Basilea 1 rileva l’introduzione della stima dei c.d. “rischi di mercato”. Il trattamento dei rischi di mercato, nella versione del 1996, si basa su due metodi alternativi: il metodo standard ed il metodo interno. Nel caso del metodo standard, le posizioni a rischio vengono suddivise in due categorie: le posizioni in merci e su cambi e le posizioni in strumenti finanziari diversi. I rischi di mercato relativi alle posizioni in strumenti finanziari riguardano il portafoglio titoli non immobilizzato: si prevedono requisiti patrimoniali minimi a seconda del fatto che si tratti di rischi di posizione (possibilità di un andamento sfavorevole dei prezzi), di rischi di regolamento (possibilità che la controparte adempia all’obbligazione in un momento successivo alla scadenza del contratto) e di rischi di concentrazione (possibilità di eccesso nel collegamento tra

¹⁵ Emendamento dell’Accordo per incorporarvi i rischi di mercato (1996).

banca e industria). In alternativa, le banche possono utilizzare modelli interni basati sul controllo quotidiano dell'esposizione a rischio, calcolata ad esempio attraverso l'approccio del "Valore a Rischio" (VaR).

Con l'avvento dell'euro e, più in generale, con l'affermarsi di nuove tecniche bancarie di gestione del rischio di credito (derivati e cartolarizzazione su tutti) con cui vengono di fatto traslati tra gli operatori gli effetti economici delle erogazioni creditizie¹⁶, i paradigmi proposti da Basilea 1 iniziarono a mostrarsi deficitari e comunque statici in ordine alle diverse fasi congiunturali. In particolare, correlare la determinazione del coefficiente minimo di solvibilità ai soli rischi di mercato e di credito diventa un limite del sistema. Il coefficiente così calcolato non considerava, infatti, altre tipologie di rischio, quale quello derivante dall'operatività della banca, quello di liquidità, quello legale e quello reputazionale.¹⁷

Non venivano, peraltro, prese in considerazione dall'accordo alcune variabili che diventeranno determinanti per il successivo Basilea 2, ovvero la durata dei crediti, nonché la composizione qualitativa delle garanzie per le esposizioni così come i benefici dal punto di vista della minor rischiosità derivanti della diversificazione del portafoglio clienti.

Già nel 1999, pertanto, il Comitato predispose una nuova proposta affinché il requisito patrimoniale rispecchi effettivamente la rischiosità del "portafoglio prestiti" di una banca. Così, primarie banche centrali hanno formulato una proposta che va sotto il nome di "Basilea 2". Le principali novità presentate nella proposta di revisione normativa riguardano la suddivisione in tre punti (i cosiddetti pilastri).

Primo pilastro: requisiti patrimoniali minimi. Riguarda il sistema di misurazione del rischio, che è interessato da due cambiamenti di ampia portata. 1) Ampliamento delle categorie di rischi da calcolare. Si deve infatti determinare l'impatto dei rischi operativi, oltre a quelli di mercato e di credito. Il rischio operativo può essere definito come il rischio di perdite dirette o indirette derivanti da errori o da inadeguatezze dei processi interni, dovuti sia a risorse umane, sia a sistemi tecnologici oppure a eventi esterni. 2) Cambiamento del metodo per le misurazioni dei rischi di credito.

¹⁶ In tal senso, il coefficiente patrimoniale risulta incapace di quantificare l'assorbimento di capitale economico determinato dall'attività di finanziamento.

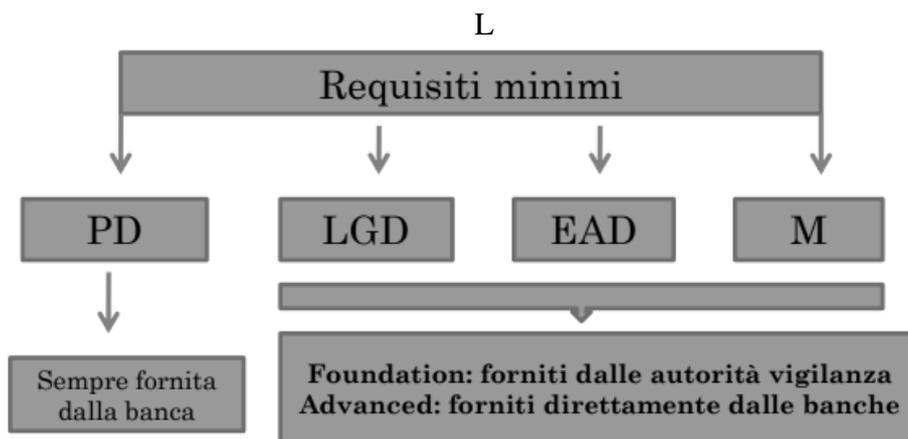
¹⁷ Entrando nel merito dell'aspetto tecnico, le ponderazioni che approssimano la rischiosità delle varie poste per quanto concerne la determinazione del rischio di credito, vengono effettuate -stando all'accordo di Basilea 1- in base ad un'articolazione di coefficienti estremamente ridotta, non adatta a differenziare sufficientemente i profili di solvibilità dei debitori che per esteso rappresentava un incentivo alla cessione delle attività meno rischiose - in quanto assorbono più capitale regolamentare rispetto a quello economico che sarebbe necessario per fronteggiare le perdite inattese secondo le valutazioni interne alla banca -.

In ambedue i casi il Comitato propone uno schema in grado di differenziare le posizioni in base al reale rischio, al fine di superare le eccessive semplificazioni dell'impostazione corrente. Ciò consiste nell'introduzione di tre distinte opzioni di calcolo per il rischio di credito e di altre tre opzioni per il rischio operativo. I tre metodi hanno crescente sensibilità al rischio, proprio per consentire a banche e autorità di vigilanza di scegliere quello o quelli ritenuti più appropriati allo stadio di sviluppo dell'operatività bancaria e dell'infrastruttura di mercato.

I metodi disponibili per tipologia di rischio sono i seguenti:

1. Metodo standard
2. Metodo IRB di base
3. Metodo IRB avanzato.

Lo schema che segue, invece, illustra i requisiti minimi considerati nei metodi 2. e 3.:



Gli input richiesti dai sistemi IRB, sia nella versione “foundation” che “advanced”, sono:

1. PD: probability of default (ad un anno)
2. LGD: perdita in caso di default
3. EAD: esposizione debitoria al momento del default
4. M: durata residua

Il secondo pilastro fa riferimento al controllo prudenziale. Le banche devono porre in essere una strategia e un processo di controllo dell'adeguatezza patrimoniale e prospettica. L'autorità di vigilanza deve verificare l'affidabilità e la coerenza dei relativi risultati e adottare, se del caso, le opportune misure correttive.

Il *terzo pilastro* riguarda gli obblighi di informativa al pubblico in riferimento all'adeguatezza patrimoniale, all'esposizione ai rischi e le caratteristiche generali dei sistemi di gestione e controllo della banca stessa.

4. La valutazione e la concessione del credito nella prassi

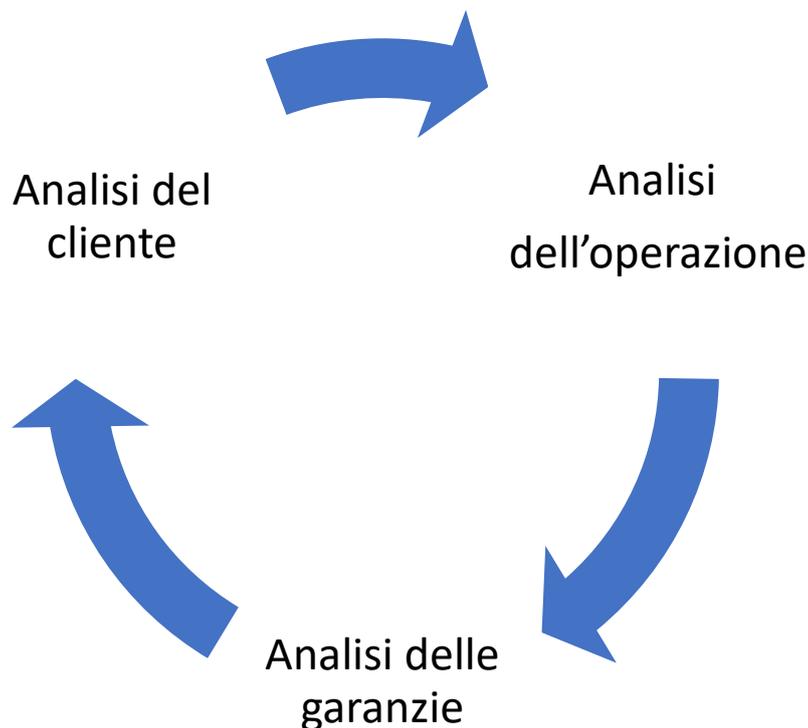
Si osserva preliminarmente che non esiste un quadro normativo o regolamentare attinente all'"istruttoria fido". Tuttavia, la prassi bancaria si è progressivamente uniformata e indirizzata verso criteri omogenei, ovvero standard operativi generali indicati dalla Banca d'Italia e dalla vigilanza in genere, da Basilea II e dall'A.B.I.

Sono state così identificate le principali fasi dell'attività di valutazione del credito.

L'ABI già nel 1996¹⁸ si occupò del tema con lo scopo, da un lato, di diffondere alcune regole generali di condotta da parte delle banche nella fase istruttoria; dall'altro, di accelerare e rendere trasparente la concessione del credito nell'ambito di un rapporto collaborativo tra la banca e il cliente.

Le fasi dalle quali ogni singola istruttoria fido non dovrebbe prescindere sono schematizzabili come segue.

¹⁸ *Codice di comportamento del settore bancario e finanziario* ABI - 22 Gennaio 1996.



Le tre fasi sono strettamente correlate tra loro e inscindibili e rispondono ad una logica di gestione bancaria sana e prudente.

In questa sede, se ne riassumono sinteticamente i principali contenuti.

4.1 L'analisi del Cliente

L'analisi del Cliente¹⁹ si suddivide in tre parti:

L'**analisi quantitativa**²⁰ ha lo scopo di valutare la capacità dell'impresa di generare flussi finanziari positivi, con adeguate strutture patrimoniali e finanziarie ed un livello di redditività soddisfacente. Si fonda essenzialmente sull'analisi di bilancio (budget, bilanci infrannuali e consuntivi di fine esercizio). L'analisi si fonda attraverso il processo di lettura, determinazione degli indici e margini (patrimoniali, economici,

¹⁹ Nel caso di specie, Cliente è sinonimo d'impresa. Si utilizza questo sostantivo in quanto analisi genericamente valide.

²⁰ *Ex multis* TEODORI, *Analisi di Bilancio*, Torino, 2022.

finanziari e di sviluppo, prelieve attività di rielaborazione delle tavole di bilancio) e analisi dei flussi (rendiconti finanziari).

L'**analisi qualitativa** “legge” alcuni parametri aziendali non strettamente numerici e spesso personalizzati: ad esempio, il settore di attività; la composizione societaria; la qualità del management e l'organizzazione; il mix dei prodotti e servizi offerti; il posizionamento relativo sul mercato e la strategia evolutiva; non ultimo, la qualità e tempestività della comunicazione adottata dall'impresa, sia verso i terzi che verso la banca.

La finalità essenziale dell'analisi qualitativa è comprendere il posizionamento strategico dell'impresa nell'ambito in cui opera.

L'**analisi andamentale** si focalizza sul “comportamento” che l'azienda tiene nei confronti del sistema finanziario nel suo complesso, per mezzo di informazioni ricavabili dalla centrale rischi, nonché su alcuni comportamenti di base nel rapporto diretto (rispetto dei termini di incasso e pagamento, numero di insoluti, valore assoluto dei movimenti finanziari, modalità di utilizzo delle linee di credito).

4.2 L'analisi dell'operazione

L'analisi dell'operazione è particolarmente rilevante nel caso di specie, in quanto è fondamentale nel rapporto tra banca e “nuovo” cliente ed è finalizzata a valutare le forme (o le forme) che meglio si adattano alla concessione del credito secondo la natura e lo sviluppo del progetto imprenditoriale. Pone lo sguardo sulla capacità dell'impresa, tenuto conto dello strumento di erogazione prescelto, di rispettare gli impegni assunti, a prescindere da altre garanzie (rischio primario).

4.3 L'analisi delle garanzie

Il punto focale del rapporto banca - impresa nell'istruttoria di fido è l'analisi quantitativa e la struttura dell'operazione nella sua più ampia accezione. Sovente la banca richiede garanzie ulteriori (soci, amministratori, terzi), che restano però uno “strumento” gerarchicamente subordinato o sussidiario rispetto all'affidabilità del cliente. Peraltro, la banca dovrebbe ulteriormente apprezzare concretamente la qualità delle garanzie e non solo in astratto²¹, e dovrebbe valutare cioè se siano effettivamente idonee a ridurre il rischio di perdita effettiva.

Invero, questo scenario è stato modificato da Basilea II, come meglio si dirà oltre, laddove la garanzia sostituisce, nel rating, il soggetto garantito.

²¹ A che serve la fidejussione di un soggetto nullatenente?

4.4 Il mutuo fondiario tra dottrina e giurisprudenza

Il *mutuo fondiario* trova la sua origine nel R.D. n. 646/1905 (Testo Unico delle leggi sul credito fondiario), modificato dal T.U.B. dagli articoli 38 e ss.

Il mutuo fondiario rappresenta una forma di credito speciale che ha quale oggetto la concessione di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili da parte delle banche.

La somma oggetto del finanziamento non può eccedere l'80% del valore dell'immobile ovvero il 100% dello stesso nel caso siano presenti anche ulteriori garanzie.

Quanto alla definizione ed all'oggetto, è il T.U.B. la fonte primaria a fornire una prima descrizione (art. 38); quanto invece agli aspetti tecnici delle singole operazioni, il T.U.B. rinvia a fonti secondarie la precisazione e definizione di ulteriori aspetti tecnici, quali la percentuale massima di finanziamento.

Di conseguenza, il *credito fondiario* è caratterizzato da una disciplina complessiva articolata in molte fonti quali:

- le delibere del CICR,
- le circolari, le istruzioni e le comunicazioni della Banca d'Italia adottate in conformità delle delibere del CICR,
- i decreti del Ministero dell'Economia,
- le circolari dell'ABI.

Il mutuo fondiario è uno strumento particolarmente gradito alle banche in quanto contratto che, grazie alle numerose deroghe al diritto comune, le tutela sensibilmente sotto numerosi profili quali:

- la non assoggettabilità a revocatoria fallimentare delle ipoteche iscritte almeno 10 giorni prima la pubblicazione della sentenza dichiarativa del fallimento;
- la non obbligatorietà della notifica del titolo contrattuale esecutivo unitamente al precetto;
- la possibilità di essere soddisfatti anticipatamente in sede di distribuzione del ricavato derivante dalla vendita dell'immobile;
- il diritto di proseguire l'azione esecutiva anche dopo la dichiarazione di fallimento del debitore (non, però, della crisi da sovraindebitamento ex L. 3/2012);
- il diritto di beneficiare delle rendite dell'immobile, al netto delle spese.

La giurisprudenza si esprime circa la necessità o meno della compresenza dell'esclusivo scopo acquisitivo di un immobile: e si rilevano numerose sentenze riguardanti il mutuo fondiario. Il sottoscritto ha selezionato la seguente: Corte di Cassazione civile, sez. I, 28/11/2013, n. 26672 (in <https://www.nuovefrontierediritto.it/problematiche-ed-elementi-essenziali-del-credito-fondiario/>) che ha affermato:

“Del resto, che il limite di finanziabilità di cui all’art. 38 non rientri in una delle ipotesi indeterminate di cui all’art. 117 Tub è dimostrato dal fatto che in questo caso il legislatore ha espressamente previsto quale fosse il contratto su cui la Banca d’Italia dovesse intervenire e quale fosse la disposizione secondaria da introdurre, senza lasciare a quest’ultima ogni valutazione circa la scelta del tipo di contratto su cui operare un intervento tipizzatorio e la scelta di quale clausola inserire” e che: “Sotto un ulteriore profilo non può non rilevarsi che il rispetto del limite del finanziamento non risulta essere una circostanza rilevabile dal contratto in quanto l’accertamento in proposito può avvenire solo tramite valutazioni estimatorie dell’immobile oggetto di finanziamento suscettibili di opinabilità e soggette a margini di incertezza valutativa e come tali non rilevabili dal testo del contratto. A tale proposito va osservato che la Banca d’Italia, nel determinare il limite di finanziamento, non ha prescritto che nel contratto venissero indicati degli elementi di riferimento quali il valore dell’immobile o il costo delle opere, il che fa ulteriormente escludere che la previsione della circolare del 1995 abbia introdotto una clausola determinativa del contenuto del contratto”.

È stato anche osservato che l’istruttoria per la concessione del finanziamento *deve escludere che la natura fondiaria del credito sia subordinata all’esclusivo scopo acquisitivo di un immobile, assistito da garanzia ipotecaria necessariamente di primo grado. Invero, l’art. 38 T.U.B non pone tali due elementi come condizioni essenziali per configurare un credito come fondiario: è questo il principio affermato dalla sesta sezione della Corte di Cassazione con ordinanza n. 24038 del 12 novembre 2014.*

La suddetta ordinanza, emanata a seguito di deposito in cancelleria della relazione ex art. 380-bis c.p.c., ha assunto posizione rispetto al provvedimento di esclusione dallo stato passivo del privilegio ipotecario di un credito avente origine da un contratto di mutuo fondiario.

Il Tribunale di Macerata, infatti, chiamato a pronunciarsi sull’opposizione proposta dalla Banca ai sensi dell’art. 98 Legge Fallimentare, aveva rigettato la domanda e confermato la decisione del

giudice delegato di esclusione dallo stato passivo del privilegio ipotecario, sotto un duplice profilo: assenza dello scopo proprio del contratto di mutuo fondiario ed assenza del carattere primario dell'ipoteca.

Il decreto del Tribunale veniva, allora, impugnato da Banca e cassato dalla Suprema Corte, mediante accoglimento di due dei tre motivi dedotti in ricorso.

L'iter logico-argomentativo seguito nella relazione, e condiviso dalla Corte, prende le mosse dalla definizione di mutuo fondiario contenuta nell'art. 38 del D.Lgs. n. 385/1993 per il quale *“il credito fondiario ha per oggetto la concessione, da parte di banche, di finanziamenti a medio e lungo termine garantiti da ipoteca di primo grado su immobili. La Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, determina l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti”*.

Prosegue richiamando, ad integrazione della norma definitoria, la pronuncia n. 175 del 22 giugno 2004 della Corte Costituzionale che, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto gli artt. 38 T.U.B. e 67 L.F. in relazione all'art. 3 Cost., ha ribadito il venir meno della distinzione tra credito fondiario e credito edilizio. Discrimine, per l'appunto, già negato dalla Banca d'Italia in due comunicazioni del 1994 nelle quali si precisa che, essendo stata sciolta la distinzione tra credito edilizio e credito fondiario, quest'ultimo possa riassumere in sé finanziamenti di diversa natura e, cosa più importante, non sussiste alcun vincolo di destinazione delle somme erogate, mancando nella norma di riferimento la previsione di uno specifico scopo.

Sulla base di queste premesse, la Corte di Cassazione, nel caso specifico, ha ritenuto di condividere il sopracitato orientamento, negando che la natura fondiaria del credito debba essere subordinata alla compresenza dell'esclusivo scopo acquisitivo di un immobile e della garanzia ipotecaria di primo grado, affermandone la piena applicabilità anche alle ipotesi in cui il finanziamento sia stato concesso al fallito per la ristrutturazione di un debito residuo.

* * * * *

Un'isolata giurisprudenza ritiene ancora che il mutuo fondiario debba considerarsi un mutuo di scopo sia perché originariamente sorto al fine di rigenerare e smobilizzare la proprietà terriera, sia perché affiancato, quanto alla disciplina, al mutuo edilizio, da sempre considerato un mutuo di scopo.

A bene vedere, mai né le precedenti, né le attuali disposizioni normative hanno espressamente definito il contratto di mutuo fondiario in suddetti termini, venendo meno anche solo per questo l'indirizzo minoritario citato.

A seguito di queste premesse, è evidente che l'ordinanza in commento rappresenti l'ennesima conferma di quell'orientamento maggioritario per il quale *“il mutuo fondiario non costituisce un mutuo di scopo, dal momento che non ne è elemento essenziale il patto di destinazione della somma mutuata a fini di miglioramento di fondi sui quali è costituita l'ipoteca, che il mutuatario sia tenuto a perseguire, né l'istituto mutuante deve controllare l'utilizzazione che viene fatta della somma erogata”* (vedi per tutte, Cass. 22 marzo 2012, n. 4792)²².

4.5 La concessione abusiva di credito tra dottrina²³ e giurisprudenza

Concedendo finanziamenti ad un'impresa non meritevole, la banca può incentivare investimenti non redditizi o squilibrati, determinando o incrementando lo stato di dissesto e, conseguentemente, compromettendo le ragioni dei creditori: tanto di quelli anteriori alla concessione del credito i quali, confidando nell'apparente affidabilità dell'impresa, rinviando l'attivazione di procedure di recupero del credito oppure non riducono il proprio rischio; quanto di quelli posteriori che, rassicurati dalla concessione di credito da parte della banca e dalla sua analisi sulla solvibilità del beneficiario del credito, possono determinare la propria scelta di entrare in rapporti d'affari con l'impresa.

Tuttavia, non è ipotizzabile che alla banca possa essere attribuita una “responsabilità oggettiva” tutte le volte che, erogato il credito, l'impresa entri in crisi irreversibile non adempiendo regolarmente alle proprie obbligazioni. Di questi si è occupata frequentemente la giurisprudenza di legittimità e di cassazione.

4.5.1 La sentenza 13 gennaio 1993, n. 343 della Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione si è occupata del tema più volte. Nel 1993 (sentenza 13/1/1993, n. 343 reperibile in *Banca, borsa e titoli di credito* 1994; parte II, pag. 258) esprime delle considerazioni notevoli in merito al comportamento della banca che può risultare rilevante sotto il profilo della responsabilità civile. In vero, la sentenza si occupa nella fattispecie di casi diversi da quello in esame, ovvero di un “giro fraudolento” di assegni, esprimendo però concetti tuttora validi e confermati poi dalla giurisprudenza successiva: **concedere credito a soggetti non in grado di assicurarne la restituzione configura una concessione abusiva di credito** da parte della banca che lo ha erogato ed è fonte di responsabilità

²² <https://www.expartecreditoris.it/>

²³ Tra gli altri vedi DEL PORTO, *Brevi note in tema di concessione abusiva di credito*, in *Ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 3 ottobre 2022.

extracontrattuale per il danno ai creditori dell'impresa derivante dalla dissimulazione dell'insolvenza del soggetto finanziato.

In altre occasioni (tra le altre, con le sentenze n. 4571 del 15.04.1992, n. 72 del 8.01.1997 e n. 12093 del 27.09.2001), la Corte di Cassazione ha ritenuto di dover giudicare il **comportamento della banca in modo più rigoroso e specifico richiedendo un grado elevato di diligenza necessario per evitare il verificarsi di eventi dannosi per la clientela.** Tale principio trae la sua origine dal generale dovere, a carico di ciascun consociato, di attivarsi al fine di impedire eventi dannosi dal quale la giurisprudenza ha tratto doveri e regole d'azione la cui violazione può integrare ipotesi di responsabilità civile²⁴.

In questo quadro, la Corte afferma che *“l'abusiva concessione di credito ad imprenditore **potenzialmente** insolvente può integrare una probabile lesione e dell'equilibrio del sistema e dei terzi”* quando viene meno alla diligenza professionale del *bonus argentarius*, diligenza alla quale deve attenersi nel proprio operare: *l'imprenditore bancario che, omettendo di porre in essere la gamma di cautele imposte a tutela della corretta erogazione del credito, violi i doveri propri dello "status" dei soggetti facenti parte del sistema bancario, incorre in una responsabilità di natura extracontrattuale; ove poi lo stesso comportamento, risalente al medesimo autore, appaia lesivo pure di clausole contrattuali, l'imprenditore bancario è anche contrattualmente responsabile*". In altri termini è stato ritenuto che per il carattere dell'attività svolta dalle banche è dovuto un **maggior grado di attenzione e prudenza** nonché l'adozione di ogni cautela utile o necessaria richiesta dal comportamento diligente dell'accorto banchiere. *La c.d. diligenza del bonus argentarius qualifica il maggior grado di prudenza ed attenzione che la connotazione professionale dell'agente richiede. Essa deve trovare applicazione non solo in riferimento ai contratti bancari in senso stretto ma anche ad ogni tipo di atto o di operazione posta in essere, nell'esercizio della sua attività, dalla banca la quale deve predisporre qualsiasi mezzo idoneo onde evitare il verificarsi di eventi pregiudizievoli comunque prevedibili*²⁵.

Su richiesta del Ctp Prof. Polato, si cita anche la pronuncia della Corte di Appello di Milano 20.3.2015 n. 1229 ribadita da Cass. N. 11798 del 2017, che esprimono la difficoltà di configurare una responsabilità per la conclusione di un contratto lecito a cui ha liberamente partecipato il finanziato (il ctu non ha reperito il testo integrale delle sentenze).

²⁴ <https://www.studiocataldi.it/articoli/27159-la-responsabilita-della-banca.asp>

²⁵ Cass. 7.05.1992 n. 5421; CARATTOZZOLO, *La responsabilità delle banche per la violazione degli obblighi contrattuali*, Milano, nota 12.

Sulla base delle considerazioni illustrate, è possibile definire in via generale il corretto profilo delle banche nella concessione di credito: esse sono i soggetti massimamente specializzati nella valutazione del merito creditizio, assistono le imprese attraverso l'affiancamento del cliente nella scelte delle strategie finanziarie e devono attenersi alla diligenza professionale nell'erogazione, anche alla luce dei precetti della Costituzione della Repubblica (osservanza, delle leggi, buona fede, tutela del risparmio)²⁶.

La concessione diventa abusiva se è caratterizzata da irregolarità nelle procedure di affidamento della clientela, sotto diversi profili:

1. l'incoerenza del finanziamento rispetto alle **condizioni patrimoniali** del soggetto affidato che sussiste in tutti i casi in cui il credito non sarebbe stato concesso se la banca, previa un'attività di adeguata istruttoria del fido, avesse adeguatamente valutato la situazione aziendale, a prescindere dalle ulteriori garanzie che assistono l'operazione. Per quanto riguarda questo ultimo passaggio con riferimento alle *garanzie*, è doveroso segnalare che l'informazione circa la situazione economica complessiva dell'impresa risulta ingannevole anche se la banca, grazie alle garanzie ottenute, risulti totalmente garantita²⁷: i "terzi" non possono infatti conoscere le motivazioni che hanno indotto la banca a concedere l'affidamento e pertanto sono indotti in errore sulla valutazione dell'affidabilità dell'impresa, basandosi sul presupposto che la banca avesse adeguatamente ed in modo veritiero valutato la sua capacità di credito.²⁸

2. il secondo profilo di irregolare concessione del credito si materializza nelle irregolarità tecniche col quale viene erogato (giri di assegni, sconto o anticipazioni di effetti di comodo), casi non attinenti al caso in esame.

4.6 Crisi di liquidità e insolvenza: alcuni spunti dottrinali

È doveroso, pertanto, introdurre il tema classico, molto approfondito in dottrina e giurisprudenza, del rapporto tra crisi irreversibile e crisi temporanea, concetto che è maturato invero recentemente ma che non poteva non essere conosciuto, nei suoi profili essenziali, da decenni. Invero, la distinzione è maturata a seguito dei numerosi "ritocchi" della legge fallimentare, dal 2005: in effetti, i vari riferimenti normativi allo stato di

²⁶ <https://www.giappichelli.it/stralci/3484662.pdf>, NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito*, in Giur. Comm., 1978, 249.

²⁷ INZITARI, *Concessione abusiva del credito: irregolarità del fido, false comunicazioni e danni conseguenti alla lesione dell'autonomia contrattuale*, *Diritto bancario* 1993, 418

²⁸ NIGRO, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" del credito*, Milano, 2004.

crisi introdotti con la riforma (ex artt. 160, 182-bis, 67, comma 3, lett. e ed altri l.f.) hanno in comune la distinzione dalla situazione di insolvenza (articolo 5 l.f.), identificando situazioni di squilibrio economico - finanziario reversibile, ove l'impresa, godendo di credito, sia in grado di generare (in prospettiva) valore e, di conseguenza, possa restare sul mercato²⁹. Il confine è posto nell'insolvenza irreversibile, intesa come “condizione di impotenza economica nella quale l'imprenditore non è in grado di adempiere regolarmente con normali mezzi solutori le proprie obbligazioni per il venir meno della liquidità finanziaria e della disponibilità di credito necessari per lo svolgimento della sua attività”³⁰.

Tra le evidenze cui spesso si ricorre vi sono, tra le altre³¹, le informazioni presenti nell'archivio della Centrale Rischi (CR) disponibile presso Banca d'Italia.

* * * * *

In ambito aziendalistico, la teoria più diffusa si sofferma sui concetti di solvibilità e liquidità, facendo riferimento essenzialmente all'orizzonte temporale delle obbligazioni contrattualmente assunte: la **liquidità** è intesa come la capacità di far fronte agli impegni assunti nel breve periodo (entro l'anno); la **solvibilità** è la capacità di far fronte alle obbligazioni assunte nel medio-lungo periodo (oltre l'anno).

Liquidità e solvibilità appartengono a dimensioni della finanza aziendale tra loro strettamente avvinte da vicoli di interdipendenza, cosicché la tassonomia dottrinale deve essere adattata alle singole fattispecie, in dipendenza di numerosi elementi specifici (settore di appartenenza e flussi di riferimento, andamento dei mercati finanziari). Esistono peraltro strumenti unanimemente accettati per lo studio di queste dimensioni che possono essere utilizzati nel caso in esame: l'analisi per indici e l'analisi dei flussi tramite rendiconto finanziario. Le analisi di bilancio, che possono essere effettuate sia in ottica prospettica che a consuntivo, sono idonee a prevenire (ex ante) o a interpretare (ex post) le crisi e i default aziendali. Sono soprattutto idonee a comprendere la bontà delle proiezioni economiche, purché validamente formulate: costituiscono infatti una fase prevista dell'analisi del cliente.

La prassi bancaria è allineata ai migliori standard procedurali da molti anni: sebbene non sia possibile identificare una data precisa, certamente ciò

²⁹ *Ex multis* FRASCAROLI SANTI, *Insolvenza e crisi d'impresa*, Padova, 1999.

³⁰ La definizione è ormai consolidata in numerose sentenze della Corte di Cassazione: già quella del 27/4/1999, e più recentemente 27/5/2015 n. 10952.

³¹ Ad esempio, il CRIF o Centrale Rischi di Intermediazione Finanziaria, è una società privata che gestisce un sistema di informazioni creditizie, in particolare quelle riguardanti le posizioni debitorie dei soggetti censiti.

è avvenuto nei primi anni del 2000 in considerazione delle modifiche regolamentari intervenute con gli accordi di Basilea e recepite dalla Banca d'Italia nelle proprie circolari.

4.7 La richiesta di affidamento, il suo mantenimento ed il recesso

In via generale, la banca deve valutare in modo sistematico la situazione patrimoniale, reddituale e finanziaria dell'impresa e la fattibilità dell'iniziativa imprenditoriale sottostante, all'atto della richiesta di affidamento e durante il suo mantenimento, anche in caso di crisi ai fini della valutazione del recesso.

In base a tale processo (concessione, monitoraggio costante, recesso) la banca è esente da responsabilità se ha operato correttamente ed in aderenza agli standard qualitativi nella fase di (1) istruttoria del fido e (2) mantenimento degli affidamenti (o loro ampliamento, anche per mezzo di successive erogazioni).

Ad evidenza, come più volte ribadito, la valutazione va effettuata ponendosi in un'ottica *ex ante* e di buona fede nell'esercizio dell'attività bancaria: come anticipato, la *“concessione di credito può essere definita abusiva solo se caratterizzata dall'irregolarità dell'affidamento, sia sotto il profilo delle condizioni patrimoniali del sovvenuto, che avrebbero dovuto indurre la banca a non accogliere la richiesta di fido, sia sotto il profilo delle stesse modalità di concessione dell'affidamento, anomale ed in quanto tali sintomatiche della consapevolezza della situazione di difficoltà dell'impresa finanziata: per le loro caratteristiche, queste concessioni di credito espongono la banca a rischi ingiustificati sotto il profilo di un corretto esercizio dell'attività imprenditoriale”*³².

* * * * *

I concetti sopra esposti potrebbero ingenerare un'errata interpretazione, per la quale la concessione abusiva sussisterebbe solo in abbinamento alla crisi irreversibile. Non è così. Indipendentemente dall'insolvenza, sono sicuramente censurabili e possono configurare abusiva concessione di credito comportamenti di altro tipo, quali la falsa o reticente istruttoria della pratica di fido³³, la presenza dell'elemento soggettivo della banca che conosceva o avrebbe dovuto conoscere all'atto del finanziamento, lo stato di non finanziabilità dell'impresa o dell'operazione.

³² CAPOLINO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, Studi in materia bancaria e finanziaria, 1996, 47.

³³ CAPOLINO, *Responsabilità delle banche nell'insolvenza dell'impresa: revoca degli affidamenti e ricorso abusivo al credito*, Studi in materia bancaria e finanziaria, 1996, 57.

5. L'applicazione degli accordi di Basilea ³⁴

Con il presente capitolo si analizza concretamente il *rating* la diligenza tipica che dovrebbe applicare l'imprenditore bancario. È utile ricordare, in prima battuta, che le spinte prodotte dall'accordo di Basilea 2 sul sistema bancario italiano del tempo, ed indirettamente su tutto il sistema economico verso sistemi gestionali e di rendicontazione sempre più avanzati e precisi, erano dovute non già ad obblighi normativi diretti, ma a regole che assicuravano la convenienza dei comportamenti virtuosi. È questo un passaggio fondamentale. Il *rating*, infatti, assume rilevanza assoluta nei rapporti banca-impresa: dall'entrata in vigore di Basilea 2, le aziende in possesso di caratteristiche riconosciute e riconoscibili di una buona gestione, avrebbero ottenuto una buona valutazione di merito creditizio (ovvero un rating positivo), e in relazione allo stesso una maggiore possibilità di ottenere credito e/o migliori condizioni per il credito accordato. Questa possibilità di accesso al credito - altrimenti negata per aziende con cattive valutazioni -, e/o di condizioni finanziarie favorevoli, dipendeva dal meccanismo che regolava gli obblighi imposti alle banche relativi ai requisiti minimi di capitale. Tale meccanismo ha come conseguenza che, per la banca, il denaro impiegato in ciascun finanziamento assume un costo diverso secondo la ponderazione di rischio assegnata al finanziamento stesso. In sostanza, all'imprenditore bancario costa maggiormente il denaro utilizzato per i finanziamenti più rischiosi concessi ed il costo era - ed è - tanto rilevante che la stessa banca può trovarsi, in alcuni casi, di fronte alla necessità di dover negare il credito.

La ponderazione di rischio è, quindi, un elemento critico per la valutazione dell'impresa ai fini della concessione del credito.

Le variabili che intervengono a dimensionare la ponderazione del rischio sono quattro:

1. la probabilità di inadempienza (default);
2. la percentuale di perdita in caso di inadempienza;
3. la esposizione in caso di inadempienza;
4. la scadenza.

Non tutte le variabili, tuttavia, hanno il medesimo peso; quelle che hanno il maggiore impatto sono infatti le prime due:

³⁴ Basilea II è la denominazione breve con cui è conosciuto il documento *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards* contenente il nuovo schema di regolamentazione dei rapporti banca impresa pubblicato il 26.4.2004 dal Comitato di Basilea e da questi trasmesso alle Autorità di vigilanza nazionali.

- la probabilità di inadempienza ($PD = Probability\ of\ default$), che dipende direttamente dalla valutazione di affidabilità assegnata al cliente finanziato per mezzo dei sistemi di *rating*;
- la percentuale di perdita in caso di inadempienza ($LGD = Loss\ given\ default$), che dipende da vari fattori, alcuni indipendenti dalle caratteristiche dell'operazione e magari addirittura esterni alla banca, altri connessi alle specifiche caratteristiche dell'operazione.

5.1 Il ruolo delle garanzie

Tra questi fattori è importante l'eventuale presenza di garanzie che possono intervenire a ridurre tale percentuale di perdita in maniera determinante. Il ruolo delle garanzie in seguito agli accordi di Basilea 2, però, è molto differente da quello tradizionalmente ricoperto nel contesto italiano dei rapporti banca-impresa fino al momento della pubblicazione dei patti suddetti. Affinché le garanzie possano espletare appieno tali proprie potenzialità, devono possedere precise caratteristiche descritte puntualmente nel nuovo accordo. Da un punto di vista strettamente formale, le banche non sono obbligate a recepire tutte le caratteristiche oggettive e soggettive delle garanzie fissate da Basilea 2. Tuttavia, le garanzie che non rispettano tali caratteristiche non sono idonee ai fini del calcolo dei requisiti minimi di capitale. Da questo punto di vista, garanzie prive delle caratteristiche richieste si considerano come *non rilasciate*. Esporre il trattamento delle garanzie reali in maniera rigorosa sarebbe eccessivamente articolato e complesso. Ci si limiterà qui ad una esposizione di carattere generale.

In estrema sintesi è possibile osservare che:

1. le garanzie reali conservano la loro capacità di favorire l'accesso al credito a condizioni particolarmente favorevoli, a patto che siano verificate le condizioni (legali, organizzative, ecc.) per la loro ammissibilità ai fini del calcolo dei requisiti di capitale;

2. la gamma delle garanzie ammesse (oltre al tipo di trattamento ai fini della riduzione dei requisiti minimi di capitale) dipende anche dall'opzione scelta dalle banche:

- nel metodo IRB sono ammesse alcune forme di garanzia non considerate nel metodo standard;
- nel metodo IRB avanzato sono previste forme di calcolo più sofisticate (e potenzialmente più convenienti per la banca) di quelle statuite per il metodo IRB base.

Con riferimento alle garanzie personali, il metodo di calcolo dell'incidenza delle stesse in considerazione degli accordi di Basilea 2 prevede che se un finanziamento è assistito da garanzia personale di un

terzo e se sono rispettate le condizioni di ammissibilità³⁵, **il rating del garante si sostituisce al rating del garantito. Per poter fornire una garanzia, inoltre si richiede al fornitore della copertura di possedere un rating pari ad almeno A-** (paragrafo 195 del documento contenente il nuovo accordo di Basilea: “*Convergenza Internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali*”).

Inoltre:

a) i documenti di costituzione del bene in garanzia devono essere di piena ed indiscussa validità dal punto di vista giuridico e giurisprudenziale;

b) la banca deve possedere sistemi e procedure in grado di assicurare il mantenimento della validità delle garanzie nel tempo, l’attivazione tempestiva delle azioni di recupero ed il corretto e puntuale seguito delle procedure legali di recupero, fino al completamento della pratica;

c) nel caso in cui le garanzie siano conservate presso un terzo depositario, deve essere assicurata la netta ed oggettiva separazione dei beni in garanzia da quelli del patrimonio del depositario;

d) non devono sussistere elementi di correlazione tra l’evoluzione della capacità di restituzione da parte del debitore originario ed il valore del bene posto a garanzia (per esempio non sono ammessi alla funzione di garanzia reale titoli di partecipazione o di credito emessi a carico dallo stesso debitore principale);

e) la durata residua della garanzia deve essere allineata con la scadenza del debito garantito;

f) devono essere tenuti presenti i rischi connessi alla possibile perdita della garanzia, così come possibili imputazioni per danni a terzi con riferimento ai beni avuti in garanzia;

g) le garanzie, di regola, devono essere di primo grado. Garanzie di grado superiore al primo, cioè postergate rispetto a precedenti garanzie, sono ammesse solo nella misura in cui esse conservano chiaramente una capacità di copertura del rischio.

³⁵ Le garanzie personali sono ammesse esclusivamente se rispettano le seguenti caratteristiche: esse devono essere: 1) dirette: la garanzia deve essere assunta contrattualmente direttamente dal garante; 2) esplicite: la garanzia deve menzionare esplicitamente le posizioni di debito e/o le specifiche operazioni del garantito verso le quali il garante assume obbligo di tutela. Ciò esclude la ammissibilità, per esempio, di “fideiussioni *omnibus*” 3) irrevocabili: non sono ammesse opzioni a favore del garante che consentano la revoca della garanzia né, nel caso di garanzie assunte a titolo oneroso, la possibilità di revisione unilaterale del corrispettivo periodico eventualmente necessario al rinnovo della garanzia; 4) incondizionate: 5) esenti da obbligo di preventiva escussione del debitore principale; 6) estese alla totalità degli obblighi di pagamento a carico del debitore principale, cioè devono coprire, per la documentazione della inadempienza e la eventuale escussione, non solo il debito nozionale, ma anche interessi e costi accessori

Si è infatti accennato al fatto che l'accordo di Basilea 2 tenda a privilegiare gli aspetti sostanziali di un'operazione di concessione di credito: banalmente, un investimento, per essere ritenuto meritevole, deve essere potenzialmente in grado di generare entrate che siano maggiori delle uscite; la misura di quanto le entrate debbano essere più elevate rispetto alle uscite richiede necessariamente l'attualizzazione dei redditi futuri, ad un dato tasso di interesse, per permettere l'immediata confrontabilità degli stessi valori. Il tasso di attualizzazione da utilizzare non è altro che il costo medio ponderato. L'imprenditore bancario che opera con diligenza, pertanto, necessita di comprendere primariamente l'ammontare delle entrate - pur stimato con idonea due diligence -, quello delle uscite e il rapporto di indebitamento poiché in base a tale rapporto si calcola il costo medio del capitale. Il capitale di terzi ha un certo costo per l'impresa, come il ricorso al capitale dei soci ne ha uno differente: gli utili, infatti, rappresentano l'aspettativa di remunerazione dei soci e non sono deducibili dalle imposte (cosa che invece è possibile per gli interessi della banca, sia pur con certi limiti). Di conseguenza le remunerazioni attese dai soci sono più elevate poiché corrono un rischio maggiore rispetto all'intermediario bancario in considerazione del fatto che, primariamente, si deve provvedere a rimborsare i capitali di terzi e, solo in via postergata, si possono remunerare e rimborsare i capitali propri.

La diligenza professionale dell'imprenditore bancario nella valutazione di un affidamento o nella concessione di un finanziamento richiede la conoscenza da parte dello stesso, stando alle statuizioni di Basilea 2, di quattro informazioni base³⁶:

- ammontare del capitale complessivamente investito;
- composizione delle fonti di finanziamento;
- rendimento del capitale investito;
- costo delle fonti di finanziamento.

Volendo sintetizzare il rendimento degli investimenti, il *margine operativo sul capitale investito* (assimilabile al ROI aziendale) deve essere superiore al costo medio ponderato delle fonti di capitale (proprio e di terzi apportato). Il costo del capitale medio ponderato è noto in dottrina come WACC ed è fondamentale per calcolare la validità o meno di un investimento.

La logica finanziaria è in realtà piuttosto semplice: se si effettua un investimento in un macchinario che costa 10.000 euro accendendo un

36 "Convergenza Internazionale della misurazione del capitale e dei coefficienti patrimoniali", documento contenente il nuovo Accordo di Basilea II – Giugno 2004, Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria - Banca dei Regolamenti Internazionali

finanziamento rimborsabile in 5 anni, significa che fra 5 anni si dovrà restituire il capitale iniziale pari a 10.000 euro più gli interessi. Stando all'esempio del macchinario, al termine dell'orizzonte temporale quinquennale poc'anzi ipotizzato, molto probabilmente il valore di mercato che assumerà in tale data sarà irrisorio, comunque basso o addirittura nullo. Per la ratio dell'investimento è pertanto necessario che i margini prodotti dall'impiego dello stesso siano in grado di remunerare il capitale iniziale preso a prestito a cui vanno aggiunti tutti gli interessi, cui va sommato un minimo di guadagno, senza il quale l'operazione sarebbe vanificata. La stessa logica è applicabile, con i dovuti adattamenti, nel caso frequente di "immobili": è chiaro che l'orizzonte temporale sia necessariamente più di lungo periodo e la capacità di remunerare il capitale sia da esaminare in relazione all'andamento presumibile del mercato immobiliare anche dal punto di vista della sostenibilità finanziaria e dei *cash flow* generati, ma l'approccio corretto secondo la diligenza professionale stabilita da Basilea 2 è comunque facilmente desumibile.

5.2 Oltre la PD: alcune considerazioni su LGD, EAD e M

A proposito delle garanzie, variabile che influenza la LGD, va ribadito quanto affermato nei precedenti capitoli, ossia che l'accordo di Basilea 2 consente il loro utilizzo ai fini della riduzione dei requisiti di capitale solo al soddisfacimento di particolari condizioni. Questo aspetto non rende le forme tradizionali di garanzia universalmente idonee per l'utilizzo circa l'attribuzione del rating.

Entrando maggiormente nel dettaglio, secondo l'approccio utilizzato dalla banca per stimare il rischio di credito, la LGD impone per le garanzie le seguenti considerazioni:



Nel metodo IRB Base, la stima di LGD per esposizioni verso “Corporate”, “Sovereign” e “Bank” non assicurate da una garanzia riconosciuta è del 45%³⁷, stando a quanto statuito dall’Autorità di Vigilanza. Tutte le esposizioni subordinate ricomprese in tali categorie sono invece caratterizzate da una LGD pari al 75%. In caso di garanzie reali o personali questi valori possono essere ridotti; le obbligazioni garantite sono invece caratterizzate da una LGD pari a 11,25%.

Diversamente, nell’*Advanced approach*, le Autorità di Vigilanza possono permettere alle banche di utilizzare proprie stime della *Loss Given Default* riconoscendo gli effetti di attenuazione del rischio di credito da *collateral* di tipo personale. In ogni caso il valore delle attività ponderate per il rischio calcolato, considerando gli effetti di attenuazione, non deve mai essere inferiore all’importo che si sarebbe determinato se l’esposizione fosse stata tenuta direttamente nei confronti del fornitore di protezione.

Il metodo IRB Base prevede che la definizione delle esposizioni (*Exposure at Default -EAD -*) avvenga in maniera simile a quanto viene effettuato nel metodo *Standard*, attraverso l’applicazione dei fattori di conversione creditizia determinati, *ex ante*, dall’autorità di vigilanza. Seguendo invece l’approccio IRB Advanced, le esposizioni vengono calcolate dalle banche applicando a ciascuna posta fattori di conversione stimati internamente.

Prodotti con margine

$$EAD = Utilizzo + CCF * (Accordato - Utilizzo)$$

- Il modello prevede il calcolo di un equivalente creditizio (CCF) al fine di stimare l’evoluzione delle esposizioni in funzione del margine stesso

$$CCF = \frac{Uti_{DataDEF} - Uti_{DataRIF}}{Acc_{DataRIF} - Uti_{DataRIF}}$$

Prodotti senza margine (sconfini)

$$EAD = K * Utilizzo$$

- In caso di rapporti sconfinanti il tiraggio delle esposizioni è stimato tramite un indicatore (K) calcolato in funzione dell’utilizzo corrente

$$k = \frac{Uti_{DataDEF}}{Uti_{DataRIF}}$$

³⁷ <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/single-rulebook/interactive-single-rulebook/-/interactive-single-rulebook/article-id/1598>.

Per quanto riguarda EAD si dovrà tenere in considerazione non solo l'erogato, ma anche una quota dei margini disponibili. Nell'approccio base il margine disponibile viene considerato in termini fissi per il 75% del suo importo e sommato all'importo utilizzato.

Per quanto riguarda M la maturità di ogni prestito deve essere calcolata come media ponderata dei tempi previsti di ogni pagamento; per le banche che impiegano l'IRB di base verso esposizioni con corporate, M è 2,5 anni, tranne per le operazioni pronto contro termine e quelle di concessione ed assunzione di titoli la cui *maturity* è pari a 0,5, cioè a sei mesi.

6. La probabile evoluzione

Il 24 gennaio 2023 il Parlamento Europeo ha approvato la direttiva su Basilea 3+ che introduce una disciplina ancor più severa sui requisiti prudenziali che dovranno essere adottati dalle banche con decorrenza dal 1° gennaio 2025. La direttiva, che dovrebbe essere recepita in Italia nell'arco di sei mesi, prevede una regola, fissata dall'EBA, che limita la possibilità di eseguire rinegoziazioni sui prestiti perché ne impone la riclassificazione tra i crediti deteriorati. In particolare, viene stabilito che se il costo della rinegoziazione supera dell'1% il costo del prestito in essere, si dovrà procedere alla riclassificazione. In realtà sono previsti anche alcune regole che prevedono una maggior flessibilità, specialmente per i crediti di lunga durata.

Per altro verso, la composizione negoziata (artt. 12 e ss. del codice della crisi) è decisamente favorevole al salvataggio dell'azienda, ma purtroppo non è prevista una particolare classificazione del credito che vi ricade da parte del mondo bancario.

Questa contraddizione potrà essere risolta soltanto integrando la normativa sulla composizione negoziata, che risulta particolarmente interessante e gradita alle banche. Queste ultime vedono in essa, infatti, una sorta di tutela relativamente al loro operato, con il fine di evitare l'effettivo rischio di concessione abusiva del credito.

ABBREVIAZIONI E DEFINIZIONI

c.c.	Codice Civile
T.U.B.	Testo unico bancario, D.Lgs. 358/1993
C.R.	Visura della centrale rischi presso Banca D'Italia
ABI	Associazione Bancaria Italiana
SAL	Stato Avanzamento Lavori
ANCE	Associazione Nazionale Costruttori Edili
PD	Probabilità di inadempimento (Probability of default)
LGD	Percentuale di perdita in caso di default (<i>Loss given default</i>)
IRB	Internal rated based approach
EAD	Esposizione che la banca si troverà ad avere nei confronti di un determinato cliente nel momento in cui si verificherà il default
Maturity	Possibile perdita per l'evoluzione del merito di credito di una impresa cui sia stato attribuito un certo rating.